

Sygn. akt: KIO 1018/17

WYROK

z dnia 8 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Kaliskiej 23 lok. U4 (02-316 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin** pl. Armii Krajowej 1 (70-456 Szczecin)

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację ogłoszenia o zamówieniu przez usunięcie zapisów sekcji III.1.3 pkt 2 lit. a) dotyczących weryfikacji rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawcy (art. 22d ust. 3 ustawy), oraz dokonanie analogicznej zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Zamawiającego – Gminy Miasta Szczecin na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa kwotę 23.600 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie.**

Przewodniczący:.....

Sygn. Akt: KIO 1018/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasto Szczecin w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksową realizację robót budowlano-montażowych wraz ze spełnieniem warunków niezbędnych dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie na zdaniami inwestycyjnym: *Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego etap III – przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)* (nr referencyjny BZP/13/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2017 r., 2017/S 090-176038, podmiot wpisany na listę uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej – Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej zwany Odwołującym), wniósł w dniu 22 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1018/17).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

Odwołanie wniesione zostało wobec opisanego w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie rzetelności wykonawcy w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w sposób nieproporcjonalny, w sposób niejednoznaczny, jak również sprzeczny z przesłankami odnoszącymi się do wykluczenia wykonawcy, tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz sprzeczny z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), tj. § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w/s dokumentów, poprzez opisanie tego warunku w następujący sposób:

„-zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaze, że:

a) Jest zdolny do należytego wykonania zamówienia poprzez wykazanie swojej rzetelności, efektywności i doświadczenia (art. 22d ust. 3 ustawy).

W celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawcy przedstawi w wykazie robót budowlanych, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2 lit. b) wszystkie realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł.

brutto. W wykazie należy wskazać informację, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane należycie.

Za roboty niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności te roboty, przy których zamawiający rozwiązał umowę albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także gdy wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.

Warunek dotyczy również umów zawartych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

W przypadku składania oferty wspólnej w/w informacje przedstawia każdy z wykonawców składających ofertę wspólną.

W sytuacji gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych i zawodowych) o których mowa w ppkt 2 lit. b2 i b3) podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia zobowiązany jest wskazać także wszystkie roboty budowlane realizowane przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z ppkt 2 lit. a.”

Powyższe stanowi podstawę zarzutów naruszenia:

- 1.art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp – poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. Zdolności technicznych i zawodowych (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a siwz oraz sekcji III.1.3 pkt 2 lit. a ogłoszenia) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy bez uprzedniego stwierdzenia przez niezawisły organ (sąd powszechny lub sąd polubowny) obowiązku zapłaty tej kary
– a zatem w sposób sprzeczny z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, w którym ustawodawca wskazał w sposób wyraźny na zasądzenie odszkodowania, poza tym w przepisie tym ustawodawca wskazał na zamknięty katalog okoliczności, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania, jak również z uwagi na to, że ustawodawca wskazał w tym przepisie na zawinione działanie wykonawcy, a takie zatem zachowanie Zamawiającego należy traktować w kategoriach obejścia przepisów Pzp odnoszących się do wykluczenia wykonawcy poprzez dodanie nowej nieprzewidzianej przez Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania;
- 2.§ 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w/s dokumentów – poprzez żądanie od wykonawców w wykazie robót budowlanych wszystkich robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł. brutto, jak również poprzez obowiązek wskazania informacji, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane należycie – w sytuacji, gdy przepis ten wymaga wskazania tylko i wyłącznie robót, które mają potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a ponadto przepis ten nie pozwala Zamawiającemu na żądanie wskazywania robót, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie;
- 3.Art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w/s dokumentów – poprzez żądanie od wykonawców w wykazie robót budowlanych wszystkich robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł. brutto, jak również poprzez obowiązek wskazania informacji, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane należycie – w sytuacji, gdy przepis § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w/s dokumentów wymaga wskazania tylko i wyłącznie robót, które mają potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a ponadto przepis ten nie pozwala Zamawiającemu na żądanie wskazywania robót, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie – co oznacza, że Zamawiający żąda dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania;
- 4.Art. 22 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych i zawodowych w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy bez uprzedniego stwierdzenia przez niezawisły organ (sąd powszechny lub sąd polubowny) obowiązku zapłaty tej kary, jak również niezależnie od faktu, czy kara ta została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną przez wykonawcę na zasadzie winy czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną na zasadzie ryzyka;
- 5.Art. 22 ust. 1 b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. Zdolności technicznych i zawodowych w sposób niejednoznaczny, tj. poprzez sformułowanie otwartego katalogu okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane, ponadto w

sposób nieproporcjonalny z uwagi na opisany warunek spreczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Pzp, tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, jak również w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji z uwagi na to, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania w sytuacji, gdy kara umowna, która jest zazwyczaj sporna nie będzie zasądzona przez sąd, tylko wystarczające będzie jej naliczenie przez poprzedniego zleceniodawcę (w tym przez Zamawiającego).

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz poprzez usunięcie cytowanego fragmentu.

W uzasadnieniu wskazał, iż opis warunku stoi w sprzeczności z treścią bezwzględnie obowiązujących przepisów w postaci art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, stanowiąc jednocześnie próbę jego obejścia. Ustawodawca wskazując na przesłankę wykluczenia z postępowania, odnośnie kar umownych lub innej formy odszkodowania odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których kara umowna lub inna forma odszkodowania zostały zasądzone. A zatem obowiązek ich zapłaty musi wynikać z prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego lub sądu polubownego. Nie było celem ustawodawcy to, aby poprzez przyzmat naliczonych kar umownych nie uznawać danej roboty za należyście wykonaną i w konsekwencji uznawać także sytuację za brak wykazania się rzetelnością przez wykonawcę, która z kolei daje podstawę zamawiającemu do wykluczenia wykonawcy z postępowania. A zatem podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie może się opierać na jednostronnej decyzji zamawiającego z uwagi na to, że kary umowne, czy inne formy odszkodowania są zazwyczaj sporne między stronami. Ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy nie stworzył katalogu otwartego okoliczności, których zaistnienie może skutkować ewentualnym wykluczeniem z postępowania, a także zaakcentował, że w tym przepisie chodzi wyłącznie o odpowiedzialność na zasadzie winy. Zamawiający odniósł zaś odpowiedzialność wykonawcy tylko do sytuacji rozwiązania albo wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy. Sposób weryfikacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w kontekście ich rzetelności oznacza de facto dodanie przez Zamawiającego kolejnej nowej przesłanki na podstawie, której będzie on mógł wykluczyć wykonawcę. Tymczasem katalog przesłanek na podstawie których można wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, jest katalogiem zamkniętym i opisanym szczegółowo w art. 24 Pzp.

Opisany w ogłoszeniu oraz siwz wymóg przedstawienia w wykazie robót budowlanych wszystkich realizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert robót budowlanych o wartości równej lub wyższej niż 10.000.000 zł. brutto, jak również obowiązek wskazania informacji, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależyście stoi także w sprzeczności z przepisem § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w/s dokumentów. Rozporządzenie nie uprawnia do żądania wskazania wszystkich wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych, ale tylko tych, które mają potwierdzić spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Celem składanych dokumentów jest wykazanie doświadczenia w wykonaniu określonych przez zamawiającego robót. Zamawiający może zatem żądać wskazania tylko tych robót, które mają na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców wskazania, czy roboty budowlane nie zostały wykonane nienależyście lub nie zostały wykonane. Konstrukcja przepisu wymaga tylko wykazania się robotami należyście wykonanymi, potwierdzającymi spełnienie warunku udziału

w postępowaniu. Ustawodawca nie zdecydował się na utrzymanie zapisu obowiązującego w poprzednim stanie prawnym, tj. rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), gdzie w § 1 ust. 4 wskazano na uprawnienie do żądania wskazania przez wykonawcę w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub nienależyście wykonanych w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.

W ocenie Odwołującego żądanie złożenia dodatkowych informacji w zakresie wskazanym powyżej wykracza poza zakres oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 zd. pierwsze Pzp).

Badanie rzetelności wykonawcy musi odbywać się w ramach przyznanych zamawiającemu w ustawie narzędzi. Sposób, w jaki uczyni to Zamawiający jest spreczny z przepisami Ustawy (art. 22d ust. 3 Pzp) oraz aktu wykonawczego do tej ustawy. Wymagany od wykonawcy podwyższony miernik należytej staranności jest związany zazwyczaj z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidarnością działań w ramach wykonywanej profesji. Z uwagi na konsekwencje, jakie dla wykonawcy może mieć ustalenie faktu naliczenia kar umownych, niezależne od faktu, czy roszczenie (materialnoprawne) o zapłatę kar umownych w świetle prawa w ogóle powstało, jedynie samo subiektywne przekonanie danego zamawiającego o zasadności kary umownej, będzie decydować o wykluczeniu wykonawców. Takiego działania nie da się pogodzić ani z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego, ani z zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). W związku z powyższym, jedynie zobiektywizowane (tj. niezależne od

którejkolwiek stron stosunku cywilnoprawnego) stwierdzenie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy może stanowić podstawę oceny rzetelności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też powodu warunek udziału w postępowaniu dot. Zdolności technicznych i zawodowych (w zakresie weryfikacji rzetelności wykonawcy) powinien odnosić się do odszkodowań zasądzonych od wykonawców prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego. Sama kara umowna, z uwagi na możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności za następstwa działań nie zawinione przez stronę umowy, nie może być znamię nierzetelności wykonawcy. Podstawą wykluczenia z postępowania może być na gruncie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zawinione działanie wykonawcy, na co wskazuje treść *który z przyczyn leżących po jego stronie*.

Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji wykonawców powinna być oparta

na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie zamawiający. Określenie

„inne formy odszkodowania” jest użyte na tyle nieprecyzyjnie, iż nie ma możliwości ustalić o jaką dokładnie odpowiedzialność chodzi. Przyjęcie w tym względzie definicji z KC powodowałoby znaczne rozszerzenie katalogu form odszkodowania powołanych w siwz i ogłoszeniu, a tym samym katalog podstaw do wykluczenia wykonawcy w sposób pozostający w sprzeczności z przepisami Pzp. Użycie w opisie zwrotu „w szczególności” powoduje niepewność, jakie jeszcze zdarzenia Zamawiający uzna za tego rodzaju przypadki, co godzi w prawa wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

O braku proporcjonalności w stworzonym przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu świadczy zaś to, że jego weryfikacja ma nastąpić w oparciu o narzędzia, w które ustawodawca nie wyposażył Zamawiającego, a które to narzędzia zostały stworzone w tym postępowaniu w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa Pzp oraz aktu wykonawczego do tej ustawy.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty, uznając za zasadne usunięcie z opisu spornego fragmentu ogłoszenia oraz siwz zwrotu „w szczególności” użytego do zdefiniowania pojęcia robót za niewykonanych lub nienależycie wykonanych.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów, w całości podtrzymanych przez Odwołującego.

Odwołujący korzysta z środka ochrony prawnej, jako podmiot wpisany na listę prowadzoną przez Prezesa UZP organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 154 pkt 5 Ustawy) i na podstawie art. 179 ust. 2 Ustawy jego działanie znajduje umocowanie w przepisach Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający w sekcji III.1.3 Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji wskazał w pkt 2, iż uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- a) Jest zdolny do należytego wykonania zamówienia poprzez wykazanie swojej rzetelności, efektywności i doświadczenia (art. 22d ust. 3 ustawy). W celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawca przedstawi w wykazie robót budowlanych, o którym mowa w III.1.3) 1lit. a) wszystkie realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł. brutto. W wykazie należy wskazać informację, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie.

Za roboty niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności te roboty, przy których zamawiający rozwiązał umowę albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także gdy wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.

Warunek dotyczy również umów zawartych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

W przypadku składania oferty wspólnej ww informacje przedstawia każdy z wykonawców składających ofertę wspólną.

W sytuacji gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych i zawodowych) o których mowa w ppkt 2 lit. b2 i b3) podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia zobowiązany jest wskazać także wszystkie roboty budowlane realizowane przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z ppkt 2 lit. a.”

b)Wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum:

b1) dwie prace polegające na: budowie lub przebudowie drogi, co najmniej klasy „Z” o długości minimum 1000 m; oraz

b2) jedną pracę polegającą na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o długości minimum 1000 m; oraz

b3) jedną pracę polegającą na budowie lub przebudowie drogowego obiektu inżynierskiego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z

dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. Zm.) tj. obiekt mostowy, tunel, przepust, konstrukcja oporowa o wartości robót nie mniejszej niż

2.000.000 zł. brutto.

Wykaz robót budowlanych opisany w sekcji III.1.3.1 lit. a) żądany jest na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a do jego złożenia wezwany zostanie wykonawca najwyższej oceniony. W wykazie należy wskazać rodzaj, wartość, daty, miejsca wykonania i podmioty, na rzecz których roboty zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy roboty zostały wykonane należycie, w szczególności czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Analogiczne zapisy wprowadzone zostały w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) – rozdział V pkt 2 ppkt 2 lit. a.

Izba zważyła

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na podstawie ogłoszenia i siwz (w kształcie istniejącym w momencie wnoszenia odwołania), a także wyjaśnienia samego Zamawiającego dotyczące sposobu rozumienia spornych wymagań wskazanych na potrzeby weryfikacji rzetelności wykonawców.

Zamawiający ustalając dodatkowe zasady weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosił się do doświadczenia wynikającego z realizacji robót budowlanych o wartości ustalonej na kwotę równą lub większą niż 10 mln zł., tj. przekraczającą wartość robót opisanych, jako warunek udziału w postępowaniu w sekcji III.1.3. pkt 2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu, gdzie wskazał na *jedną pracę polegającą na budowie lub przebudowie drogowego obiektu inżynierskiego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 z późn. Zm.) tj. obiekt mostowy, tunel, przepust, konstrukcja oporowa o wartości robót nie mniejszej niż 2.000.000 zł. brutto*. Zamawiający uznał, iż art. 22d ust. 3 Ustawy umożliwia wprowadzenie dodatkowej podstawy weryfikacji rzetelności wykonawcy, niezależnej od wymaganego, jako warunek udziału w postępowaniu, minimalnego poziomu zdolności (art. 22 ust. 1a i art. 22 ust. 1b ustawy). Wyjaśnienia jakie Zamawiający złożył na rozprawie wskazują, iż zamierzał dodatkowo zweryfikować doświadczenie wykonawców, którzy realizowali zamówienia o większym wolumenie, niż wymagany dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 Ustawy). Zdolność wykonawców do realizacji zamówienia, którzy w okresie ostatnich trzech lat nie realizowali robót budowlanych o wartości równej

lub przekraczającej 10.000.000 zł. oceniana byłaby wyłącznie w oparciu o ustalone warunki dotyczące minimalnego doświadczenia z okresu ostatnich pięciu lat. Zamawiający założył bowiem, iż ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia może odbywać się w sposób rozbudowany o ocenę rzetelności odbiegającą od ustalonego minimalnego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Zamawiający uznał, iż progiem istotności, jaki pozwoli na ustalenie, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, będzie wolumen robót budowlanych równy lub przekraczający 10 mln zł., który uznał za adekwatny do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej łącznie z robotami uzupełniającymi na kwotę ok. 75 mln zł. Zamawiający oczekiwał podania w wykazie wykonanych robót informacji o braku wykonania lub nienależytym wykonaniu tych robót budowlanych, wskazując jako podstawę dla takiej oceny stanu realizacji prac, między innymi okoliczność naliczenia kar

umownych. W ocenie Zamawiającego, ustawodawca dopuścił dwustopniową weryfikację wykonawców, polegającą na badaniu, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a następnie czy spełnia kryteria kwalifikacji/selekcji, w tym m.in. odnoszące się do rzetelności wykonawcy. Zastosowanie zatem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy nie wyklucza zastosowania drugiego, tj. art. 22d ust. 3 Ustawy, jako dwóch odmiennych mechanizmów weryfikacji podmiotowej wykonawców. W ocenie Zamawiającego, przepis art. 22d ust. 3 Ustawy daje fakultatywną, dodatkową (niezależną od art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy) możliwość zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. weryfikacji wykonawcy w zakresie wszystkich wykonywanych przez niego w określonym czasie zamówień określonego rodzaju, w tym także wykonywanych nierzetelnie.

Modyfikacja siwz i ogłoszenia, jakiej dokonał Zamawiający po wniesieniu odwołania nie wpływała na podstawę zarzutów, gdyż zmiana nie objęła żądania wskazania robót budowlanych o wartości równej lub wyższej niż 10 mln zł wraz z informacją o braku ich wykonania lub nienależytym wykonaniu i naliczeniu kar umownych.

Tak opisana podstawa zarzutu sprowadzała rozstrzygnięcie Izby do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający na podstawie art. 22d ust. 3 Ustawy mógł wprowadzić dodatkowe kryterium weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, w którym próg istotności został ustalony wartością robót budowlanych znacznie przekraczającą minimalną wartość opisaną w ramach warunku udziału w postępowaniu dla rodzajowo zidentyfikowanych robót (sekcja III.1.3 pkt 2 lit b ogłoszenia). Po drugie, czy żądanie od wykonawców wskazania informacji o nienależytym wykonaniu robót lub ich braku wykonania, stanowiło wykroczenie poza zakres dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w celu ustalenia, czy są zdolni do należytego wykonania zamówienia.

Udzielając odpowiedzi na pierwsze z pytań należało przede wszystkim ustalić, czy ocena rzetelności wykonawcy prowadzona w oparciu o art. 22d ust. 3 Ustawy stanowić może niezależną podstawę do uznania wykonawcy za niezdolnego do wykonania zamówienia, a także jakie skutki taka ocena mogą powodować dla wykonawcy w postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający dokonał nadinterpretacji art. 22d ust. 3 Ustawy, wywodząc z niego podstawę do stawiania dodatkowych kryteriów weryfikacji podmiotowej wykonawcy w odniesieniu do doświadczenia w realizacji robót budowlanych, których celem miało być potwierdzenie rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawcy spełniającego minimalne warunki udziału w postępowaniu. Efektem badania miało być bowiem ustalenie, czy wykonawca, który realizował zamówienia o wyższej wartości, niż wskazana dla referencyjnej roboty budowlanej, nie miał kłopotów z ich należytym wykonaniem, a zatem, czy wobec takiego wykonawcy nie zachodzą „negatywne” okoliczności wskazujące na brak możliwości uznania za wykonawcę rzetelnego. Zamawiający uznał procedurę weryfikacji wprowadzoną na podstawie art. 22d ust. 3 Ustawy za odrębną, od oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, mechanizm oceny podmiotowej wykonawców, a jej wyniki oddzielał również od przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy. Zamawiający wyjaśnił, iż oceny rzetelności nie prowadziłby wobec tych wykonawców, którzy nie wykonywali robót budowlanych o wartości równej lub wyższej niż 10 mln zł., a z tytułu posiadania minimalnego doświadczenia mogliby ubiegać się o zamówienie (spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w realizacji robót budowlanych). Ustalone w lit. a) zasady weryfikacji podmiotowej wykonawców zostały skierowane wyłącznie do tych wykonawców, którzy mogliby wykazać się większym doświadczeniem przy realizacji „dużych zamówień”, niż wymagane dla opisanych rodzajowo i wartościowo robót budowlanych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13, który w ocenie Izby nie dotyczy omawianego zagadnienia. W powołanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie zmienił stanowisko Izby w zakresie w jakim odnosiło się ono do braku możliwości weryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotów trzecich, na potencjał których wykonawca się powołuje, podwykonawców wskazanych w ofercie do realizacji całości lub części zamówienia lub innych podmiotów powiązanych z wykonawcą (np. w ramach grupy kapitałowej). Sąd w tym kontekście wskazał, iż decyzji zamawiającego pozostawione jest, czy kryteria wskazane wówczas w art. 22 ust. 5 Ustawy (rzetelności, kwalifikacji, efektywności, doświadczenia) odniesie wyłącznie do wykonawcy, czy też do osób trzecich. Równocześnie wskazał, że zawężająca wykładania art. 22 ust. 5 Ustawy prowadziłaby do nierównego traktowania podmiotów i zróżnicowania ich pozycji podmiotowej, w sytuacji gdy surowszej ocenie podlegaliby jedynie ci wykonawcy, którzy samodzielnie spełniają warunki

udziału w przetargu, posiadając własną wiedzę i doświadczenie w porównaniu do wykonawców, którzy polegają na zasobach podmiotów trzecich. Z uwagi na zmianę, jaka nastąpiła w wyniku nowelizacji przepisów Ustawy, w tym nowe brzmienie art. 22d ust. 3 Ustawy, powołany wyrok Sądu może mieć znaczenie dla rozstrzyganej podniesionej kwestii prawnej jedynie w części, w jakiej Sąd odniósł się do konieczności przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przy ustalaniu kryteriów oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając odwołanie Izba uznała, iż wykładnia art. 22d ust. 3 Ustawy prezentowana przez Zamawiającego odbiegała od literalnego brzmienia obecnego zapisu Ustawy, w tym dodanego zdania *W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób*. Zamawiający całkowicie pominął okoliczność, iż ustawodawca obecnie wskazał, w jaki sposób zamawiający może prowadzić weryfikację wykonawcy pod kątem jego rzetelności. Jeżeli w poprzednim stanie prawnym zamawiający miał swobodę w ustaleniu kryteriów oceny, pod warunkiem zachowania zasad proporcjonalności, uczciwej konkurencji i zgodności z prawem, to obecnie sytuacja ta uległa zmianie. Ustawodawca bowiem wskazał w art. 22d ust. 3 Ustawy w sposób jednoznaczny, iż zamawiający może wymagać informacji o osobach wykonujących czynności przy realizacji zamówienia. Zamawiający natomiast zażądał informacji o robotach budowlanych wykonanych nienależycie lub w ogóle nie wykonanych. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, iż weryfikacja prowadzona w oparciu o art. 22d ust. 3 Ustawy dotyczy odrębnej instytucji, niż wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający faktycznie upatrywał w art. 22d ust. 3 Ustawy samodzielnej podstawy do dokonania oceny, czy wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu (tu dotyczące doświadczenia), tj. daje rękojmię należytego wykonania przyszłego zamówienia.

Powyższe dotyka istoty zagadnienia prawnego, które wyłania się na kanwie niniejszej sprawy. Zagadnienie to prezentuje pytanie, czy weryfikacja oceny rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawcy może być prowadzona w oderwaniu od ustalonych warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający zamierzał badać rzetelność wykonawcy na tle robót budowlanych, których wartość znacząco (pięciokrotnie) odbiegała od wartości wskazanej dla budowy lub przebudowy drogowego obiektu inżynierskiego tj. obiektu mostowego, tunelu, przepustu, konstrukcji oporowej o wartości robót nie mniejszej niż 2.000.000 zł. brutto. Ponadto, weryfikacji poddane miały być wszystkie roboty budowlane z okresu ostatnich trzech lat o wartości równej lub większej niż

10 mln. zł. brutto, a na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca mógł wykazać się robotami rodzajowo i wartościowo odpowiadającymi opisanym w sekcji III.3.1 pkt 2 lit b) ogłoszenia pracom, jakie realizował w okresie ostatnich pięciu lat.

W ocenie Izby systematyka Ustawy, w obecnym kształcie skłania do wniosku, iż art. 22d ust. 3 Ustawy stanowi rozwinięcie wytycznych związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, które prezentowane są w następujących po sobie jednostkach redakcyjnych. Art. 22a Ustawy dotyczy kwestii korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Artykuły 22 z literkami od b) do d) poświęcone są poszczególnym warunkom udziału w postępowaniu wskazanym w art. 22 ust. 1b pkt 1-3 Ustawy. Odpowiednio, do oceny zdolności technicznej lub zawodowej odnosi się przepis art. 22d Ustawy. Tym samym należy uznać, iż ocena rzetelności wykonawcy nie może być oderwana od ustalonych warunków udziału w postępowaniu, gdyż tylko w takiej sytuacji Zamawiający będzie mógł ustalić, czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a z takim skutkiem należy wiązać negatywny wynik oceny rzetelności wykonawcy. Faktycznie Zamawiający ustalając sporne zasady oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia wprowadził szczególne, kierowane do części podmiotów, które będą ubiegać się o zamówienie, zasady badania ich rzetelności. Sytuacji tej nie można zatem uznać za prawidłową w świetle potrzeby przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Sam Zamawiający przyznał, iż ustalony sposób weryfikacji stwarza warunki, w których nie każdy wykonawca będzie weryfikowany na potrzeby wykazania swojej rzetelności. Zamawiający wprowadził swego rodzaju dualizm oceny zdolności wykonawców, których wynikiem może być wykluczenie z postępowania wykonawcy realizującego wcześniej większe zamówienia, niż potrzebne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Abstrahując zatem od zakresu informacji, do złożenia których zamawiający może wezwać wykonawcę (danych dotyczących osób, które mają wykonywać zamówienie), ustalone zasady weryfikacji nie dają się pogodzić z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający ustalając dodatkowe kryteria weryfikacji wykonawców nie miał na celu zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, a zatem wymaganie wykraczające poza zakres warunku udziału w postępowaniu nie mogło być uznane za prawidłowe.

Konkludując tą część Izba uznała, iż ocena czy wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, której podstawy Zamawiający upatrywał w art. 22d ust. 3 Ustawy nie może być ustalona w oderwaniu o warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w kontekście ustalonego warunku dotyczącego osób

skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim

poziomie jakości. Tylko wówczas żądanie podania informacji o osobach skierowanych do realizacji zamówienia będzie miało rację, a zamawiający będzie mógł ocenić, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przyjęta zatem podstawa weryfikacji doświadczenia w realizacji robót budowlanych nie mieści się w zakresie normy ujętej w art. 22d ust. 3 Ustawy.

Odnosnie drugiego pytania należy zauważyć, iż zgodnie z poprzednim brzmieniem rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 4) zamawiający mógł, „w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy”. Obecne zapisy rozporządzenia w § 2 ust 4 pkt 1 nie zawierają odniesienia do możliwości żądania wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach i usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie. W świetle obecnych zapisów rozporządzenia, żądanie podanie informacji o robotach niewykonanych lub nienależycie wykonanych wykracza poza zakres merytoryczną zawartość dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zmiana przepisów rozporządzenia w zakresie, jakim dotyczy spór, wynika ze zmiany Ustawy, która obecnie wskazuje na możliwość żądania informacji o osobach, co mieści się w zakresie dokumentu wskazanego w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, tj. wykazu osób. W świetle powyższego Zamawiający obecnie nie może żądać wskazania informacji o robotach nienależycie wykonanych lub w ogóle nie wykonanych w celu oceny, czy wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia.

Podsumowując, Izba uwzględniła odwołanie, gdyż sporne zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz naruszały przepisy Ustawy, w tym art. 22d ust. 3 oraz przepisy wykonawcze rozporządzenia w/s dokumentów i nakazała Zamawiającemu ich usunięcie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: