

Warszawa, dnia 19 maja 2017 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin -
Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu
Miasta Szczecin
pl. Armii Krajowej 1
70-456 Szczecin

Tel. (91) 42 45 009

fax: (91) 42 45 104

e-mail: bzp@um.szczecin.pl

Odwołujący: Polski Związek Pracodawców Budownictwa
z siedzibą w Warszawie
ul. Kaliska 23 lok. U4
02-316 Warszawa

Tel. (22) 114 95 26

Fax: (22) 119 95 73

e-mail: sekretariat@pzpb.com.pl

numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Dz.U./S S90
176038-2017-PL z 11/05/2017

SIWZ jest dostępny na stronie internetowej: www.szczecin.pl

ODWOŁANIE
WOBEC NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PODJĘTEJ W
POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - dalej: „PZP”), niniejszym wnosi odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego – etap III – Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)”(nr sprawy BZP/13/17, dalej: „Postępowanie”) wobec następujących czynności Zamawiającego dokonanych niezgodnie z przepisami PZP:

- opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania (dalej „SIWZ”), tj. w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) warunku udziału w postępowaniu dot. 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 dalej „Rozporządzenie ws. dokumentów”) tj. § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia ws. dokumentów;
- opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej „Ogłoszenie”) tj. w Sekcji III.1.3.pkt 2 lit. a) dot. 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 ws. dokumentów tj. § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia ws. dokumentów,

poprzez opisanie tego warunku ww. punktach SIWZ i Ogłoszenia w następujący sposób:

„- zamawiający 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 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 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 w/w informację 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. 22 a 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.”

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (i) **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 Sekcja 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 to przepisie ustawodawca wskazał w sposób wyraźny na zasadzenie 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 wyraźnie na zawinione działania 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;
- (ii) **§ 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów** – poprzez żądanie od wykonawców (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) 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 nienależycie – w sytuacji, gdy przepis ten wymaga wskazania tylko i wyłącznie wskazania robót, które mają potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ponadto przepis ten nie pozwala Zamawiającemu na żądanie wskazywania robót, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie;

- (iii) **art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze PZP w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów** - poprzez żądanie od wykonawców (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) 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 nienależycie – w sytuacji, gdy przepis § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów ten wymaga wskazania tylko i wyłącznie wskazania robót, które mają potwierdzać spełnienia 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, skoro ustawodawca w Rozporządzeniu ws. dokumentów, jak również w przepisach PZP nie upoważnił Zamawiającego do żądania dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych w zakresie w jakim żąda tego Zamawiający;
- (iv) **art. 22 d ust. 3 PZP w zw. art. 7 ust. 1 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 Sekcja 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, jak również niezależnie od faktu, czy kara taka została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną przez wykonawcę na zasadzie winy czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną przez wykonawcę na zasadzie ryzyka;
- (v) **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 zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) 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 sprzeczny 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);

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosi o:

- (i) uwzględnienie odwołania w całości,

oraz

- (ii) nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmian w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia, poprzez usunięcie następującego fragmentu:

„- zamawiający 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 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 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 w/w informację 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. 22 a 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.”

i tym samym dostosował on opis sposobu oceny wykonawców i żądanych w tym celu dokumentów do obowiązujących przepisów PZP w tym w szczególności do przepisów § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia ws. dokumentów, jak również do przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP.

- (iii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

oraz

- (iv) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu została opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 11 maja 2017 r. Wobec powyższego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od dnia publikacji i upływa w dniu 22 maja 2016 r. (10 dzień przypada na Niedzielę, a zatem ustawowy dzień wolny od pracy).

Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący, jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 PZP, jest legitymowany formalnie do wniesienia odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku odwołującego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

UZASADNIENIE

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa ulic Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego, etap III – Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)”. W Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia, Zamawiający postanowił w następujący sposób weryfikować wykonawców w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w kontekście ich rzetelności:

„- zamawiający 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 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 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 w/w informację 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. 22 a 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.”

2. Już zatem *prima facie* widać, że dokonany przez Zamawiającego opis warunku udziału w Postępowaniu w rzeczonym zakresie stoi w jawnej sprzeczności z treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu PZP w postaci art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP, stanowiąc de facto próbę jego obejścia. Zgodnie z tym przepisem: *zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadził do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.*
3. Ustawodawca zatem w sposób wyraźny wskazał, że w skorzystanie z tej przesłanki jeżeli idzie o kary umowne (kara umowna to też odszkodowanie tylko przyjmujące zryczałtowaną formę) lub inną formę odszkodowania dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, w których kara umowna lub inna forma odszkodowania zostały zasądzone. „Zasądzone”, a zatem obowiązek ich zapłaty musi wynikać z prawomocnego orzeczenia organu ochrony prawnej, który jest uprawniony do rozstrzygnięcia o zasadności takiej kary umownej lub odszkodowania, czyli wyroku sądu powszechnego lub wyroku sądu polubownego. Nie było celem ustawodawcy to, aby poprzez przyznanie kar umownych przez zamawiającego nie uznawać danej roboty za należycie wykonaną i w konsekwencji uznawać taką sytuację za brak wykazania się rzetelnością przez wykonawcę, która z kolei daje podstawę zamawiającemu do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Samo bowiem naliczenie kar umownych przez Zamawiającego, bardzo często dotyczących kwestii pobocznych pomimo tego, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, nie świadczy o tym, że dana robota nie została wykonana należycie, a wykonawca jest wykonawcą nierzetelnym. Ustawodawca wykazał się tym samym racjonalnością przy takiej właśnie konstrukcji przepisu, z uwagi na to, że kary umowne, czy inne formy odszkodowania są zazwyczaj sporne pomiędzy stronami, a zatem nie uznanie danej roboty budowlanej za należycie wykonaną przez przyznanie kary umownej i w konsekwencji uznanie braku rzetelności wykonawcy, a następnie podjęcie tak dalece idącej czynności zamawiającego jaką jest wykluczenie z postępowania nie może się opierać tylko i wyłącznie na jednostronnej decyzji zamawiającego. Stąd

tworząc taką właśnie normę prawną wskazał wyraźnie (używając określenia „zasądzone”), że musi to być stwierdzone orzeczeniem organu władnego do rozstrzygnięcia tego typu kwestii, czyli przede wszystkim sądu powszechnego, ewentualnie sądu polubownego. Takie rozumienie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP prezentują również komentatorzy PZP, w tym miejscu warto powołać się na następujący fragment: „*Dowodem na rozwiązanie umowy jest oświadczenie poprzedniego zamawiającego lub zasądzenie odszkodowania wskazane w formie prawomocnego wyroku sądu powszechnego*” (Paweł Granecki, „*Prawo zamówień publicznych Komentarz*” 5. Wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 347).

4. Godzi się również zauważyć, że ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP nie stworzył katalogu otwartego okoliczności, których zaistnienie może skutkować ewentualnym wykluczeniem z postępowania. Katalog ten jest katalogiem zamkniętym i dotyczy stricte okoliczności wymienionych w tym przepisie. Zamawiający dokonując natomiast opisu w postaci: „*Za roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności, te roboty (...)*”, stworzył katalog otwarty, które będą go uprawniały do ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania.
5. Nie można również tracić z pola widzenia tego, że ustawodawca w treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP w sposób wyraźny zaakcentował to, że chodzi w tym przepisie tylko i wyłącznie o odpowiedzialność na zasadzie winy (szerzej o odpowiedzialności na zasadzie ryzyka i winy w dalszej części odwołania). Wskazuje wyraźnie na to początek przepisu art. 24 ust.5 pkt 4 PZP tj. zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie. Zamawiający odniósł zaś odpowiedzialność wykonawcy tylko do sytuacji rozwiązania albo wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy. Nie odniósł odpowiedzialności wykonawcy do zobowiązania do zapłaty karu umownej lub innej formy odszkodowania. Tymczasem treść przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP odnosi odpowiedzialność wykonawcy (na zasadzie winy) do wszystkich wymienionych w tym przepisie sytuacji.
6. Dokonany przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia sposób weryfikacji wykonawców 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, i żaden z przepisów PZP nie dopuszcza możliwości jego rozszerzenia. Opisane zatem zachowanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z przepisami PZP dot. wykluczenia, i stanowi w istocie obejście przepisów PZP w zakresie przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów

7. Opisany w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia, 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 nienależycie – stoi także w ewidentnej sprzeczności z przepisem § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia ws. dokumentów.

8. Zgodnie z przywołanym przepisem § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów: *w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów*

1) *wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.*

9. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Rozporządzenie ws. dokumentów nie uprawnia do tego, aby zamawiający żądał wskazania wszystkich wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych, ale tylko tych, które mają potwierdzić spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Świadczy o tym konstrukcja przepisu § 2 ust. 4 pkt 1) PZP, gdzie ustawodawca w pierwszym zdaniu tego przepisu wskazuje na to w jakim celu składane są te dokumenty: *w celu potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej*. Chodzi zatem o wykazanie doświadczenia w wykonaniu określonych przez zamawiającego robót. Tym samym zamawiający nie może żądać wszystkich robót wykonanych przez wykonawcę, ale tylko tych robót, które mają na celu potwierdzenie spełnienia postawionego przez niego warunku. Potwierdza to również fragment przepisu o treści *z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone*. Co istotne nieprawidłowości zachowania Zamawiającego w tym Postępowaniu nie zmienia okoliczność, że wprowadził on pewne ograniczenie co do wartości tych robót (10.000.000 brutto lub wyższe).

10. Po drugie należy wskazać, że przywołany przepis §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów nie uprawnia w żadnym ze swoich postanowień Zamawiającego do żądania od wykonawców, aby wskazali oni czy roboty budowlane nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie. Konstrukcja tego przepisu wymaga tylko i wyłącznie wykazania się przez wykonawcę robotami wykonanymi należycie. Wręcz przeciwnie ustawodawca wymaga wykazania się robotami budowlanymi,

które mają potwierdzić spełnienie postawionego przez niego warunku i wykazania, że zostały one wykonane w sposób należyty.

11. Ponadto ustawodawca wyraźnie wskazał na zakres informacji zawartych w tym wykazie, tj.: rodzaju robót budowlanych, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Również w żadnym innym postanowieniu Rozporządzenia ws. dokumentów, czy samej PZP ustawodawca nie dał uprawnienia dla zamawiających do żądania jakiś innych dodatkowych informacji niż te, które są wymienione w przepisie § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów. Gdyby bowiem taka była wola ustawodawcy, to uczyniłby to w taki sam sposób jak zrobił to w poprzednio obowiązującym akcie prawnym, tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).
12. W poprzednio obowiązującym rozporządzeniu w sprawie dokumentów znajdowała się wyraźna podstawa prawna przyznająca zamawiającym uprawnienie do żądania od wykonawców w wykazie robót budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Zgodnie bowiem § 1 ust. 4 ww. rozporządzenia, zamawiający był uprawniony do żądania: *w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, 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.* Rozporządzenie to jednak już nie obowiązuje i zostało zastąpione przez Rozporządzenie ws. dokumentów, w którym takie uprawnienie nie zostało zamawiającym przyznane. Zasadnicza różnica pomiędzy postanowieniami poprzednio i aktualnie obowiązującego aktu prawnego jednoznacznie wskazuje, iż pod rządami obecnie obowiązujących przepisów Zamawiający nie ma prawa do żądania złożenia wykazu wszystkich wykonanych robót, w tym robót wykonanych nienależycie. Stąd też zaskarżone zachowanie Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z przepisem § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 zd. pierwsze PZP

13. Zgodnie z treścią przepisu art. 25 ust. 1 zd. pierwsze PZP: *w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.* Owa niezbędność, o której mowa w tym przepisie oznacza również to, że zamawiający jest uprawniony do żądania tylko tych dokumentów, na które ustawodawca mu zezwolił.
14. Aktem prawnym wymieniającym dokumenty, które może żądać zamawiający jest Rozporządzenie ws. dokumentów.

15. Jak zostało to szczegółowo opisane powyżej Rozporządzenie ws. dokumentów nie zezwala Zamawiającemu na żądanie informacji w takim w zakresie w jakim uczynił to Zamawiający w Postępowaniu. Żądanie zatem przez Zamawiającego informacji ponad te, na które zezwalają przepisy PZP oraz Rozporządzenia ws. dokumentów, oznacza to, że Zamawiający żąda dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a tym samym naruszył on przepis art. 25 ust.1 zd. pierwsze PZP.
16. Na zamknięty katalog dokumentów, które ma prawo żądać Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazuje też brzmienie § 2 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wyraża on numerus clausus tych dokumentów, gdyż wówczas, gdy na gruncie omawianego rozporządzenia ustawodawca chce powołać do życia otwarty katalog dokumentów, to wówczas ich listę poprzedza zwrotem „w szczególności” (por. § 2 ust. 1 oraz § 13 ust. 1).

Zarzut naruszenia art. 22 d ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP

17. *Stosownie do treści przepisu art. 22 d ust. 3 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. 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.*
18. Opisane powyżej okoliczności (przy trzech pierwszych zarzutach) w sposób jednoznaczny potwierdzają to, że badanie rzetelności wykonawcy musi się odbywać w ramach przyznanych zamawiającemu narzędzi przez przepisy PZP. Sposób natomiast w jaki uczynił to Zamawiający jest sprzeczne z przepisami PZP oraz aktu wykonawczego do tej ustawy. Ponadto badanie rzetelności wykonawcy nie może uprawniać Zamawiającego do tego, aby tworzyć nowe przesłanki skutkujące wykluczeniem z postępowania ponad zamknięty katalog tych przesłanek wymienionych w art. 24 PZP.
19. Jak stanowi SIWZ oraz Ogłoszenie przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został ustanowiony celem dokonania weryfikacji rzetelności Wykonawcy. Zgodnie z literalnym znaczeniem, „rzetelny” to „1. należycie wykonujący swoją pracę, solidnie wypełniający przyjęte na siebie obowiązki; sumienny, solidny, godny zaufania 2. wykonany w sposób dokładny, należyty; porządny, właściwy, solidny; 3. «zgodny z prawdą, nieudawany; prawdziwy, autentyczny” (za Słownikiem Języka Polskiego). Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć w szczególności solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności jest związany z zazwyczaj

profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidnością działań w ramach wykonywanej profesji.

20. Dokonaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy, o której mowa w postanowieniach art. 22d ust. 3 PZP nie może zatem służyć okoliczność polegająca na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty kary umownej. Opisanie w powyższy sposób warunku udziału w Postępowaniu wskazuje bowiem, iż już samo zdarzenie polegające na zobowiązaniu przez wierzyciela (zamawiającego) swojego dłużnika (wykonawcy) do zapłaty kary umownej będzie wyznaczało podstawę faktyczną niespełnienia warunku, a w konsekwencji prowadziło do wykluczenia wykonawcy z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP (oczywiście wbrew temu przepisowi o czym wcześniej). Przy tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu jednostronne stanowisko danego zamawiającego (w tym także Zamawiającego prowadzącego Postępowanie) w przedmiocie zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z Postępowania niezależnie od faktu, czy roszczenie (materialnoprawne) o zapłatę kar umownych w świetle prawa w ogóle powstało (!).
21. Z tego też powodu zobowiązanie do zapłaty kar umownych w ogóle nie powinno stanowić podstawy faktycznej przy dokonywaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy w ramach warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych i zawodowych. Takie opisanie warunku powoduje, iż jedynie samo subiektywne przekonanie danego zamawiającego (w tym Zamawiającego prowadzącego Postępowanie) o zasadności kary umownej znajdujące wyraz w zobowiązaniu swojego wykonawcy (dłużnika) do zapłaty takiej kary będzie decydować o wykluczeniu wykonawców. Takie działanie 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).
22. Z związku z powyższym jedynie zobiektywizowane (tj. niezależne od którejkolwiek stron stosunku cywilnoprawnego) stwierdzenie 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. Tylko tak dokonane stwierdzenie obowiązku zapłaty odszkodowania nosi walor obiektywizmu i bezstronności i nie uzależnia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu od swobodnego uznania samego Zamawiającego. Ponadto stwierdzenie orzeczeniem sądowym obowiązku zapłaty odszkodowania powinno dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca ponosił odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na zasadzie winy, o czym w dalszej części odwołania.
23. Przedstawiona powyżej normatywny zakres rzetelności, o której mowa w art. 22d ust. 3 PZP, jako cechy wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jest immanentnie związany ze stroną podmiotową odpowiedzialności cywilnej, jaką

ponosi wykonawca z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (z kontraktu). Strona podmiotowa odpowiedzialności wykonawcy, czyli wina, jest drugim (obok szkody, jako strony przedmiotowej) elementem składowym instytucji odpowiedzialności cywilnej. W tym kontekście samo tylko zobowiązanie do zapłaty kary umownej (jej naliczenie) nie jest znamieniem braku rzetelności wykonawcy, gdyż kara umowna (zresztą również jak odszkodowanie) nie musi być następstwem działania zawinonego przez wykonawcę. Regułą odpowiedzialności cywilnej jest wprawdzie ponoszenie odpowiedzialności na zasadzie winy (art. 471 KC), jednakże na podstawie art. 473 § 1 KC dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

24. W świetle obowiązującego prawa możliwe jest zatem umowne rozszerzenie odpowiedzialności nawet do odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie ryzyka, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo sądowe. Jak orzekł Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku z dnia 8 sierpnia 2015 r. (sygn. akt II Ca 475/15) *Za jak najbardziej dopuszczalną należy uznać możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika.* Analogicznie orzekł Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygn. akt I ACa 847/14) stwierdzając, iż *Co do zasady kara umowna nie należy się wierzycielowi w sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania, gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. W razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (art. 473 § 1 k.c.) ten płaci umowną karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego, od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba, że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia, w granicach swobody umów (art. 3531 k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone, dłużnik może odpowiadać na zasadzie ryzyka.*
25. Sama zatem kara umowna nie może być znamieniem nierzetelności wykonawcy. W związku z art. 473 § 1 KC i możliwością umownego uregulowania odpowiedzialności, kara umowna może całkowicie się oderwać od winy wykonawcy i być przez niego zapłaconą z uwagi na okoliczności od niego niezależne, za które jednak przyjął odpowiedzialność umowną. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 20 maja 2014 r. (sygn. akt I ACa 1502/13) *Przepis art. 473 k.c. dopuszcza możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też żadnych przeszkód, aby strony umówiły się, że odszkodowanie to przybierze postać kary umownej.*
26. Z uwagi na powyższe uregulowania prawne weryfikacja rzetelności wykonawcy za pomocą warunku udziału w postępowaniu nie może się dokonywać tylko poprzez weryfikację faktu zobowiązania do zapłaty kary umownej, a w szczególności kary umownej czy też innej formy odszkodowania bez wydania w tej sprawie

prawomocnego wyroku sądu powszechnego lub sądu polubownego. Dodatkowo treść przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP wyraźnie wskazuje na zawinione działanie wykonawcy (*który z przyczyn leżących po jego stronie*), jako działanie, które może być sankcjonowane w postaci wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 7 ust. 1 PZP

27. 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. Rolą zamawiającego jest konkretyzacja i sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, w sposób który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcom pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełniania warunków.
28. Odszkodowanie może przyjmować wielorakie formy rekompensaty ponoszonej przez wierzyciela, a w opisie warunku udziału brak jest definicji odszkodowania. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż 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 przywołanych w SIWZ i Ogłoszeniu, a tym samym katalogu podstaw do wykluczenia wykonawcy w sposób pozostający w sprzeczności z przepisami PZP
29. Sprzeczne z zasadą prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji jest także nadanie w zaskarżanej SIWZ i Ogłoszeniu takiej treści warunku, które wyznacza otwarty katalog zdarzeń (okoliczności) które Zamawiający będzie traktował jako roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane. Zamawiający wskazał bowiem, że za takie roboty budowlane „uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał 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.” W związku z taką treścią warunku udziału w postępowaniu zachodzi niepewność jakie jeszcze zdarzenia Zamawiający uzna tego rodzaju przypadki, co godzi w prawa wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
30. Należy z całą mocą podkreślić, że orzecznictwo KIO sformułowało i podtrzymuje pogląd o konieczności jednoznacznego opisanie warunku udziału w postępowaniu. Jak orzekła to KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2895/13) *Warunki szczegółowe (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) muszą być - ze względu na sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, prowadzącą do przekreślenia szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia – jednoznaczne.* Analogicznie, w wyroku z

dnia 2 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2223/13) KIO zwróciła uwagę, że *Opis warunku udziału w postępowaniu musi być jednoznaczny, nie może powodować swobody przy jego interpretacji, co zachwiałoby zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Im precyzyjniej jest opisany warunek udziału w postępowaniu, tym mniej wątpliwości może wystąpić przy ocenie spełniania tego warunku.* Wreszcie, w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1711/12), KIO stwierdziła, że *Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane.*

31. 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 przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa PZP oraz aktu wykonawczego do tej ustawy.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak na wstępie.

PREZES ZARZADU

Jan Styliński

Załączniki:

- wypis z KRS,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.