

WYROK
z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Anna Osiecka
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2020 r. przez wykonawcę: **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Sanoku;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Rzeszowie;**

orzeka:

1. **oddala odwołanie** w zakresie naruszenia: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nazbyt rygorystycznych warunków udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do zdolności technicznej w postępowaniu - wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, opisanych w pkt 7.2. ppkt 3a - rejon w Krośnie - Tom I SIWZ; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹

KC w zw. z art. 484 §2 KC oraz art. 487 §2 KC poprzez wprowadzenie w §14 Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowne) postanowienia, zgodnie z którym regulacje dotyczące kar umownych, w tym podstaw ich naliczania, zawarte w tym przepisie oraz Karcie Kar stanowiącej załącznik nr 30/33 do OPZ, stanowią regulację całościową, wyczerpującą i adekwatną do celów, a obie Strony to uzgodnienie potwierdzają; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez dopuszczenie w ramach §4 ust. 6 projektu umowy (TOM II SIWZ) możliwości dokonywania zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach i na zasadach określonych w OPZ, bez jednoczesnego doprecyzowania do których przypadków i zasad wynikających z OPZ postanowienie to się odnosi; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 16) PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC, poprzez rozszerzenie w ramach §9 ust. 5 projektu umowy (TOM II SIWZ) odpowiedzialności wykonawcy również na zdarzenia całkowicie od niego niezależne, w tym będące przejawem siły wyższej, za których zaistnienie zamawiający przewiduje możliwość nakładania na wykonawcę rażąco wygórowanych kar umownych, podczas gdy zakres odpowiedzialności wykonawcy powinien być proporcjonalny oraz adekwatny do charakteru oraz warunków realizacji zamówienia publicznego (co dotyczy również kar umownych) - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk;

2. umarza postępowanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Sanoku**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Sanoku**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy: **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Sanoku** rzecz zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia”; numer postępowania: O.RZ.D-3.2413.10.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 5 maja 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 087-207755.

W dniu 15 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Sanoku** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ” oraz Ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nazbyt rygorystycznych warunków udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do zdolności technicznej w postępowaniu, wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie - pkt 7.2. ppkt 3a - rejon w Krośnie - Tom I SIWZ, które są nieadekwatne dla przedmiotu zamówienia oraz naruszają uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem:
 - a) są nadzwyczaj surowsze w porównaniu do organizowanych przez zamawiającego w ostatnich latach zamówień publicznych tożsamy przedmiotowo, przy niezmiennych warunkach lokalnych (m. in. demograficznych, rynkowych,

gospodarczych), podczas gdy nałożenie mniej rygorystycznych warunków również dawałoby przez spełniających je wykonawców rękojmię należytego i profesjonalnego wykonania niniejszego zamówienia;

- b) wykraczają poza uzasadnione i niezbędne potrzeby zamawiającego;
 - c) uprzywilejowują większych organizacyjnie wykonawców, którzy są dominujący na rynku, ze szkodą dla mniejszych przedsiębiorców, podczas gdy brak jest uzasadnionej przyczyny do stawiania potencjalnym wykonawcom wymagań w tak szerokim zakresie oraz czasie, czego rezultatem jest sztuczne ograniczenie kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm., dalej jako: „KC”) w zw. z art. 353¹ KC, poprzez wskazanie w treści §25 pkt 1e Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowy), iż zamawiający jest jedynym podmiotem uprawnionym do interpretowania określonego zdarzenia jako „siłę wyższą” i ewentualnego uznania przedłużenia terminu wykonania robót z powodu jej zaistnienia; czego rezultatem jest sztuczne ograniczenie konkurencji oraz dostępności uzyskania przedmiotowego zamówienia przez potencjalnych wykonawców;
 3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 4), 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 508 KC w zw. z art. 473 §2 KC poprzez narzucenie wykonawcy w ramach §3 ust. 4 projektu umowy (Tom II SIWZ) konieczności zrzeczenia się ze wszelkich przyszłych roszczeń związanych z ewentualnymi zmianami terminu realizacji zamówienia publicznego, całkowicie przerzucając tym samym na wykonawcę wszelkie ryzyka (m. in. finansowe, operacyjne, gospodarcze, logistyczne) w razie zajścia tego rodzaju okoliczności (w tym tych, za których zaistnienie odpowiedzialność ponosi zamawiający), podczas gdy brak jest prawnej możliwości zrzeczenia się wszelkich przyszłych (potencjalnych) roszczeń przez kontrahenta (wykonawcę) oraz ograniczenie w ten sposób odpowiedzialności zamawiającego również w zakresie działań umyślnych zamawiającego - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk;
 4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z §5 oraz §7 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) poprzez ustanowienie w ramach ust. 9.7. pkt 2) lit. d) Tomu I SIWZ konieczności przedłożenia

przez wykonawcę odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z terminem wystawienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy przepisy nie przewidują możliwości ukształtowania ograniczenia czasowego ważności ww. dokumentów - czego rezultatem jest sztuczne ograniczenie kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 484 §2 KC oraz art. 487 §2 KC poprzez wprowadzenie w § 14 Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowy) postanowienia, zgodnie z którym regulacje dot. kar umownych, w tym podstaw ich naliczania, zawarte w tym przepisie oraz Karcie Kar stanowiącej załącznik nr 30/33 do OPZ, stanowią regulację całościową, wyczerpującą i adekwatną do celów, a obie Strony to uzgodnienie potwierdzają, czego rezultatem jest sztuczne ograniczenie kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 6) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wskazanie w Załączniku nr 1a do OPZ (Tom III SIWZ), iż zamawiający, zgodnie z wyszczególnieniem robót i usług wymaga wykonywania awaryjnych remontów cząstkowych 1000 km nawierzchni (pkt 17), czego rezultatem jest możliwość wprowadzenia potencjalnego wykonawcy w błąd co do obowiązków związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia;
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez dopuszczenie w ramach §4 ust. 6 projektu umowy (Tom II SIWZ) możliwości dokonywania zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach i na zasadach określonych w OPZ, bez jednoczesnego doprecyzowania do których przypadków i zasad wynikających z OPZ postanowienie to się odnosi, podczas gdy na zamawiającym ciąży obowiązek takiego ukształtowania treści dokumentacji postępowania, by tego rodzaju wątpliwości nie występowały - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk;
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3), 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez narzucenie na wykonawcę w ramach §10 ust. 1 i 2 projektu umowy (Tom II SIWZ) obowiązku przeprowadzania na wezwanie zamawiającego badań (o nieokreślonym charakterze) na koszt wykonawcy, przy braku jakiegokolwiek ograniczenia co do ich zakresu lub ilości, które mogą wpływać zarówno na rażąco zwiększenie kosztów wykonawcy, jak i niezakończoną możliwość realizacji

przedmiotu umowy, podczas gdy ewentualny zysk oraz możliwość należytego wykonania umowy wykonawcy z realizacji zamówienia nie powinny być uzależnione od jednostronnych oraz nieprzewidywalnych decyzji zamawiającego - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk;

9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3), 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC poprzez rozszerzenie w ramach §9 ust. 5 projektu umowy (TOM II SIWZ) odpowiedzialności wykonawcy również na zdarzenia całkowicie od niego niezależne, w tym będące przejawem siły wyższej, za których zaistnienie zamawiający przewiduje możliwość nakładania na wykonawcę rażąco wygórowanych kar umownych, podczas gdy zakres odpowiedzialności wykonawcy powinien być proporcjonalny oraz adekwatny do charakteru oraz warunków realizacji zamówienia publicznego (co dotyczy również kar umownych) - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz:

1. nakazanie zamawiającemu modyfikację dokumentacji postępowania (wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania), poprzez:
 - 1) zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ (pkt 7.2. ppkt 3a - rejon w Krośnie - Tom I SIWZ) poprzez zastąpienie słów „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie) max 3 zadań polegających na całorocznym utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 25.580.000,00 zł” słowami: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, w ramach 1 zadania polegającego na całorocznym utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 8.500.000,00 zł”;
 - 2) zmianę postanowienia §25 pkt 1e Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowne) poprzez wskazanie, iż każdorazowa interpretacja zdarzenia jako „siła wyższa” oraz ewentualne przedłużenie terminu wykonania robót z powodu jej zaistnienia, dokonywane będą w oparciu o obiektywne kryteria;
 - 3) usunięcie sformułowania zawartego w ramach §3 ust. 4 projektu umowy (Tom II SIWZ);

- 4) usunięcie sformułowania zawartego w ramach ust. 9.7. pkt 2) lit. d) Tomu I SIWZ o treści: „Odpis, o którym mowa w pkt 9.7.2.d) IDW powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”;
 - 5) zmianę postanowienia § 14 Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowne), poprzez określenie, iż regulacje dotyczące kar umownych, w tym podstaw ich naliczania, zawarte w tym paragrafie oraz Karcie Kar stanowiącej załącznik nr 30/33 do OPZ, stanowią regulację częściową, a obie Strony to uzgodnienie potwierdzają, co jednak nie wyłącza uprawnienia wykonawcy do każdorazowego żądania zmniejszenia kary umownej, a przedmiotowe uprawnienie w przypadku, gdy część zamówienia została w znacznej części wykonana, a także gdy kara umowna okaże się rażąco wygórowana;
 - 6) modyfikację pkt 17 Załącznika nr 1a do OPZ (Tom III SIWZ) poprzez wskazanie, iż zamawiający wymaga wykonywania awaryjnych remontów cząstkowych nawierzchni, w wymiarze odpowiadającym rzeczywistemu obowiązkowi wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia, związanemu z utrzymaniem dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Rzeszowie;
 - 7) doprecyzowanie w ramach §4 ust. 6 projektu umowy (Tom II SIWZ), do których przypadków i zasad wynikających z OPZ postanowienie to się odnosi;
 - 8) doprecyzowanie w ramach §10 ust. 1 i 2 projektu umowy (Tom II SIWZ), iż sposób przeprowadzania badań (w tym właściwa do ich realizacji jednostka naukowo-badawcza) będzie przedmiotem zgodnych ustaleń stron oraz usunięcie obowiązku pokrywania kosztów badań przez wykonawcę;
 - 9) usunięcie z §9 ust. 5 projektu umowy (Tom II SIWZ) rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy oraz wskazanie, że zajęcie wskazanych w przepisie okoliczności nie powoduje powstania po stronie wykonawcy odpowiedzialności z tytułu niewykonania albo nienależytego wykonania umowy (w tym obowiązku zapłaty kar umownych);
2. nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania zamawiającego w związku z ww. orzeczeniem;
 3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący w zakresie, w jakim podnosił zarzuty odnoszące się do określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wskazał, że ten należy uznać za nieproporcjonalny wobec przedmiotu oraz charakteru zamówienia publicznego,

a w konsekwencji w sposób znaczący ograniczający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, statuowaną art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentował, że jakkolwiek zamawiający, na podstawie art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, jest uprawniony do stawiania wykonawcom warunków dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a także zdolności technicznej lub zawodowej, tak jednak oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca wprost sprecyzował, iż warunki stawiane wykonawcom stanowią warunki minimalne, a zatem nie mogą prowadzić do zjawiska nadmiernego wykluczenia wykonawców, którzy nie spełniają warunków zamawiającego, bowiem te zostały skonstruowane w sposób zbyt wygórowany.

W ocenie odwołującego, zamawiający powinien zatem tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zdaniem odwołującego przedmiotowe zamówienie kilkuletniego całorocznego utrzymania dróg ma charakter cykliczny (związane jest z utrzymaniem dróg zarówno w okresie letnim, jak i zimowym). Tym samym przedstawienie przez potencjalnego wykonawcę doświadczenia w okresie pełnego cyklu (np. okresie ostatnich 12 miesięcy) w zakresie jednego zamówienia, jest obiektywnie wystarczające dla wykazania zamawiającemu doświadczenia wykonawcy oraz możliwości rzetelnej realizacji zamówienia publicznego. Okres ten jest bowiem wystarczający dla możliwości weryfikacji sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę m. in. z uwagi na występowanie w rocznym okresie czasu różnych warunków - np. atmosferycznych, drogowych, operacyjnych, finansowych. Takie ukształtowanie niniejszego wymogu otwiera jednocześnie możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie również i przez podmioty mniejsze gospodarczo. W ten sposób bowiem o udzielenie zamówienia będą mogły ubiegać się również te podmioty, które co prawda realizowały adekwatne zamówienia publiczne w krótszym okresie czasu, lecz których wartość (w razie teoretycznego wykonywania przez 3 lata) byłaby co najmniej taka, jak wymagana przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Aktualnie obowiązujące akty prawne koncentrują się wokół potencjalnej możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę, a nie oceny jego kwalifikacji, prowadzonej w dużej mierze przez pryzmat posiadanego doświadczenia, które w niniejszym postępowaniu ma charakter zbyt wygórowany. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu

zamówienia. Przepisy ustawy nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 371/17).

Jednocześnie wprowadzony przez zamawiającego w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu (3-letnie doświadczenie) stoi w sprzeczności z ewentualną możliwością wykazania się doświadczeniem krótszym, w sytuacji, w której potencjalny wykonawca nie prowadził działalności gospodarczej przez okres ostatnich 3 lat. Przyjęte rozwiązanie prowadzi do paradoksalnego skutku, ograniczającego krąg potencjalnych wykonawców do podmiotów posiadających 3-letnie doświadczenie oraz do podmiotów prowadzących działalność przez okres krótszy niż 3 lata (choćby okres 1 miesiąca) i trudniących się działalnością polegającą na utrzymaniu dróg, dyskwalifikując tym samym tych przedsiębiorców, którzy co prawda funkcjonują na rynku przez dłuższy okres czasu, ale nie dysponują, wymaganym przez zamawiającego, czasowo określonym doświadczeniem. W ocenie odwołującego, zamawiający bez uszczerbku dla jakości, rzetelności oraz gwarancji wykonania przedmiotowego zamówienia, powinien zmodyfikować treść postanowień SIWZ, formułując warunek wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w okresie ostatnich 12 miesięcy w zakresie 1 zadania polegającego na całorocznym utrzymaniu dróg, o wartości ok. 8.500.000,00 zł, co stanowiłoby jedynie proporcjonalną modyfikację oczekiwań zamawiającego.

Wprowadzenie aktualnych wymogów przez zamawiającego oznacza znaczne utrudnienie dostępu do niniejszego zamówienia, a tym samym powoduje faworyzowanie nielicznej grupy podmiotów, która rzeczony warunek udziału w postępowaniu może spełnić. W celu zapewnienia zasad konkurencyjności i równości udziału wykonawców w postępowaniu konieczne jest wprowadzenie proponowanej zmiany. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest bowiem na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż wprowadzenie proponowanych przez niego modyfikacji w żaden sposób nie przyczyni się do obniżenia wymagań oraz oczekiwań zamawiającego, a jedynie umożliwi dostęp do przedmiotowego zamówienia szerszemu gronu, często mniejszych wykonawców, dających jednak rękojmię prawidłowości oraz rzetelności jego wykonania. Aktualna treść SIWZ w sposób rygorystyczny podchodzi do doświadczenia wykonawców, umożliwiając złożenie oferty jedynie podmiotom funkcjonującym na rynku de facto przez bardzo długi okres czasu. Proponowana przez odwołującego zmiana

doprowadzi do otwarcia zamówienia na szerszy krąg podmiotów, przy zachowaniu wymagań i oczekiwań zamawiającego, co sprawi, iż będzie on posiadał gwarancję potencjału wykonawcy, przy jednoczesnym dopuszczeniu wykonawców mniejszych, czy też wykonawców funkcjonujących krócej na rynku.

Nie bez znaczenia, zdaniem odwołującego, jest fakt, iż rynkową praktyką jest organizowanie przetargów na utrzymanie dróg ze wskazaniem wyodrębnionego okresu robót (np. utrzymanie letnie albo utrzymanie zimowe). Tytułem przykładu wskazał postępowanie prowadzone aktualnie przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, nr GDDKiA.O.BY.D-3.2413.5.2020.9, którego przedmiotem jest jedynie zimowe utrzymanie dróg na wskazanym przez zamawiającego obszarze i czasie. Wskazywał również, iż praktyką jest organizacja analogicznych postępowań na okres 1 roku. Tytułem przykładu wskazał na aktualnie prowadzone postępowanie przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, nr O.WR-D.3-2412.61.2020, którego przedmiotem jest bieżące utrzymanie dróg krajowych w latach 2020- 2021.

Na marginesie zwrócił także uwagę, iż warunek określony przez zamawiającego kłóci się z rozwiązaniem przyjętym na gruncie art. 22a ustawy Pzp, umożliwiającymi poleganie na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów. Wspomniany przepis wprowadza pewną swobodę w ocenie warunków udziału w postępowaniu, umożliwiając potencjalnym wykonawcom niejako „skorzystanie” (co oczywiste pod pewnymi ściśle określonymi warunkami) z doświadczenia innych podmiotów.

Nie można również zapominać, iż zamawiający dysponuje również innymi warunkami oraz kryteriami kwalifikacji, takimi jak np. kryteria kwalifikacji odnoszące się do kwalifikacji zawodowych wykonawców, na podstawie których zamawiający ma możliwość zweryfikowania, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje podmiotami posiadającymi wymagane kwalifikacje, środkami gwarantującymi prawidłową realizację zamówienia, uprawnieniami do dokonywania określonych czynności, a w konsekwencji daje rękojmię prawidłowej, rzetelnej oraz terminowej możliwości wykonania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty, opisane w pkt 2 odwołania, odwołujący zwrócił uwagę, że zaproponowane przez zamawiającego postanowienie wprowadza jego znaczące uprzywilejowanie, kosztem uprawnień potencjalnych wykonawców, będących zainteresowanymi uzyskaniem przedmiotowego postanowienia. Aktualna treść postanowienia daje zamawiającemu olbrzymią swobodę oraz dowolność interpretacji w zakresie pojęcia siły wyższej. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa, brak jest definicji legalnej siły wyższej, pojęcie to ma w dużej mierze charakter oceny oraz każdorazowo zależy od wielu okoliczności. Tym bardziej, za całkowicie bezpodstawny uznać należy model zaprezentowany przez zamawiającego, w którym to zamawiający, jako jedyny uprawniony podmiot, może

w sposób dowolny dokonywać oceny sytuacji oraz jej ewentualnej kwalifikacji, prowadzącej nawet i do wprowadzania istotnych zmian umowy, mających istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji umowy, a zatem ważnych dla każdego potencjalnego wykonawcy.

Brak modyfikacji przedmiotowego postanowienia pozwoli zamawiającemu na jednostronną możliwość kształtowania treści stosunku prawnego łączącego strony, co będzie w stało sprzeczności z zasadą swobody umów, ukształtowaną na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Tym samym, obiektywnie stwierdzić należy, iż przedmiotowe postanowienie wymaga doprecyzowania, z uwzględnieniem ewentualnych kryteriów, od których zależne będzie dokonanie oceny okoliczności uzasadniających ewentualne zaistnienie siły wyższej oraz związanych z tym skutków.

Odnosząc się do zarzutów, opisanych w pkt 3 odwołania, odwołujący zauważył, że brak jest prawnej możliwości zrzeczenia się przez wykonawcę przyszłych roszczeń. Z uwagi na brak uregulowania omawianego zagadnienia wprost w przepisach, orzecznictwo wskazuje na zasadność jego oceny pod kątem art. 508 KC (podobieństwo do zwolnienia z długu). Zgodnie natomiast m. in. z wyrokiem SN z 13 listopada 2003 r. (IV CK 202/02), zwolnienie z długu może obejmować wyłącznie dług istniejący. Podobnie zgodnie z wyrokiem NSA z 18 listopada 2009 r. (II FSK 983/08) w którym stwierdzono: „Tymczasem zwolnienie z długu może tylko: obejmować dług istniejący a nie przyszły (wyrok SN z dnia 13 listopada 2003 r., sygn. akt IV CK 202/02, OSP 2005, nr 6, poz. 75)”. Orzecznictwo podkreśla także, iż zwolnienie z długu (zrzeczenie się roszczeń) może dotyczyć tylko tych wierzytelności, które są wymagalne (wyrok WSA w Gliwicach z 26.02.2008 r., I SA/GI 890/07).

Omawiane postanowienie projektu umowy również w sposób nieuprawniony ogranicza odpowiedzialność zamawiającego - obejmując ograniczeniem także ewentualną szkodę wykonawcy, będącą rezultatem działań umyślnych zamawiającego. Tego rodzaju postanowienie jest bezwzględnie nieważne oraz niedopuszczalne w umowie w sprawie realizacji zamówienia publicznego. W rezultacie kształt postanowienia uniemożliwia wykonawcy rzetelne przygotowanie oferty i kalkulację ryzyk.

Z kolei, wskazane w zarzucie opisanym w punkcie 4 przepisy, nie uprawniają zamawiającego do nałożenia (w ramach ust. 9.7. pkt 2) lit. d) Tomu I SIWZ) wymogu co do aktualności (terminu wystawienia) odpisów z właściwych rejestrów lub CEiDG. Zgodnie bowiem m. in. z Uchwałą KIO z 20 kwietnia 2017 r. (KIO/KU 11/17): „Treść §5 rozporządzenia wskazuje zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Przytoczony przez zamawiającego fragment przepisu §5 rozporządzenia <<zamawiający może żądać następujących dokumentów>> oznacza zakaz żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów

innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia. Zamawiający wskazuje, że wymóg ten wywodzi z analogi do brzmienia §7 ust. 2 ww. rozporządzenia. Tego rodzaju interpretacja, jako rozszerzająca, jest niedopuszczalna. Z uwagi na to, tego rodzaju sprzeczność, prowadzi do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia”.

Podnosząc zarzuty opisane w pkt 5 odwołania, odwołujący stwierdzał, że postanowienia odnoszące się do kar umownych mają charakter w dużej mierze nieadekwatny. Przywoływał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt: V SA/Wa 2230/1, w którym sąd zauważył, że istnienie w załączonym do SIWZ wzorze umowy postanowienia przewidującego karę umowną w rażąco wygórowanej wysokości może powodować podwyższenie cen w składanych ofertach (z uwagi na wyższe ryzyko związane z zawarciem umowy), a prawdopodobne jest także, iż niektóre podmioty w ogóle nie przystąpią do przetargu, nie chcąc narażać się na realne ryzyko uiszczenia kary umownej, czyniącej umowę nieatrakcyjną finansowo. Nadmierne wprowadzanie postanowień dot. kary umownej, prowadzi w konsekwencji do sztucznego ograniczenia konkurencji, gdyż często ma wpływ na decyzję potencjalnego wykonawcy w przedmiocie ubiegania się o uzyskanie określonego zamówienia. Nie można, w ocenie odwołującego, tracić z pola widzenia, iż jednym z kluczowych elementów mających znaczenie przy składaniu oferty jest nie tylko wynagrodzenie, jakie wykonawca może uzyskać w związku z realizacją określonego zamówienia, ale i pozostałe czynniki związane z ryzykiem finansowym wykonawcy, takie jak np. postanowienia dot. kar umownych. Tym samym, jak wskazywał odwołujący, model zaproponowany przez zamawiającego pozostaje nieadekwatny, a dodatkowo uniemożliwia złożenie oferty szeregowi wykonawców, którzy nie mają możliwości rzeczywistej kalkulacji środków oraz ryzyka związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutów opisywanych w pkt 6 odwołania, odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie w latach 2020-2026 całorocznego utrzymania na odc. autostrady A4 od km 502+626 do km 552+229 o łącznej długości 49,603 km administrowanym przez GDDKiA oddział w Rzeszowie, rejon w Rzeszowie, Obwód Utrzymania Autostrady Dębica oraz na drogach zarządzanych przez rejon w Krośnie, tj. na odc. DK nr 19 Kuźnica- Barwinek od km 200+952 do km 285+633 o dł. 84,681 km, na odc. DK nr 28, 28c Zator- Medyka od km 191+649 do km 259+833 o dł. 56,302 km, na odc. nr 73, 73a, 73b Wiśniówka- Jasło od km 133+518 do km 168+420 o dł. 35,941 km, o łącznej dł. 176,924 km. Tym samym, uzasadnione wątpliwości budzi fakt wymagania przez zamawiającego wykonywania awaryjnych remontów cząstkowych 1000 km nawierzchni, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia będzie całoroczne utrzymanie dróg na ponad 4-krotnie krótszym

odcinku. W tym zakresie przyjęte przez zamawiającego stanowisko powinno ulec modyfikacji, celem uniknięcia ewentualnego wprowadzenia w błąd potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z §4 ust. 6 projektu umowy (Tom II SIWZ) dopuszczono możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadkach i na zasadach określonych w OPZ. Jednocześnie nie sprecyzowano, w jakich konkretnie okolicznościach wymienionych w OPZ, tego rodzaju modyfikacja jest możliwa. Co więcej, brak jest wyjaśnień w jaki sposób tego rodzaju zmiany mogłyby wpływać na płatności Miesięcznego Wynagrodzenia Cyklicznego, o którym mowa w szczególności w §4 ust. 1 pkt 1) projektu umowy (Tom II SIWZ). Tym samym nie sposób wykluczyć ryzyka zaistnienia w trakcie realizacji zamówienia publicznego rozszerzającej wykładni co do treści stosunku oraz dokonywania na tej podstawie przez zamawiającego nieuzasadnionej redukcji wynagrodzenia wykonawcy. W rezultacie kształt postanowienia uniemożliwia wykonawcy rzetelne przygotowanie oferty i kalkulację ryzyk.

Uzasadniając naruszenie przepisów przywołanych w punkcie 8 odwołania, odwołujący zwrócił uwagę, że §10 ust. 1 i 2 projektu umowy (Tom II SIWZ) nakłada na wykonawcę w obowiązek przeprowadzania badań. Brak jest jednocześnie w szczególności doprecyzowania, jak często zamawiający mógłby wnioskować o ich realizację oraz w jakim zakresie. Podkreślał, że badania są zarówno wysoce kosztowne, jak i mogą bezpośrednio ingerować w realizację zamówienia publicznego. W rezultacie, skoro ich przeprowadzenie oraz zakres zależny jest wyłącznie od jednostronnej decyzji zamawiającego, to brak jest faktycznej możliwości ich przewidzenia. Wpływa to w sposób bezpośredni na brak możliwości kwalifikacji zarówno ryzyk, jak i ceny oferty.

Ponadto, co do zasady, wykorzystywane na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego materiały powinny posiadać stosowne świadectwa dopuszczenia (certyfikacji). W rezultacie brak jest ponadto jasności co do tego, która jednostka badawcza (naukowa) miałaby de facto w sposób wtórny weryfikować m. in. ich jakość.

W ostatnim z opisanych w odwołaniu zarzutów, odwołujący podnosił, że zamawiający w ramach §9 ust. 5 projektu umowy (Tom II SIWZ) całkowicie przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na których zaistnienie wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu. Co więcej, zaistnienie wskazanych okoliczności (m. in. kradzieży albo siły wyższej) może wpływać na obowiązek zapłaty przez wykonawcę rażąco wygórowanych kar umownych. Postanowienie jest więc nieproporcjonalne oraz uniemożliwia kwalifikację ryzyk - a tym samym prowadzi do braku możliwości rzetelnej kwalifikacji ceny oferty.

Zamawiający, w dniu 15 maja 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego. Jednocześnie wskazał, iż dokonał częściowej modyfikacji treści SIWZ, w postulowanym przez odwołującego zakresie.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2020 r., złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym prezentował swoje stanowisko odnośnie zarzutu dotyczącego opisanego przez zamawiającego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia).

Jednocześnie, odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa następujące zarzuty odwołania: opisane w pkt 2, 3, 4, 6 i 8. W pozostałym zakresie, pomimo iż zamawiający dokonał częściowej modyfikacji SIWZ, dokonane zmiany, w ocenie odwołującego nie czynią zadość jego żądaniom. Z uwagi na wycofanie wyżej wymienionych zarzutów, Izba orzekła o umorzeniu postępowania w tej części, orzekając jak w pkt 2 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, zmianami dokonanymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, po zapoznaniu się z odwołaniem, treścią pism procesowych składanych w toku postępowania odwoławczego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą, realizując między innymi zamówienia w zakresie całorocznego, kompleksowego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie. W związku z tym zainteresowany jest złożeniem oferty, a w konsekwencji uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Zamawiający, naruszając w ocenie odwołującego m. in. zasady uczciwej konkurencji (w szczególności ze względu na sposób ukształtowania przez zamawiającego treści SIWZ), utrudnia (a w praktyce uniemożliwia) odwołującemu złożenie oferty. Okoliczności

te bezpośrednio prowadzą do faktycznego braku możliwości udziału odwołującego w postępowaniu, pozyskania zamówienia publicznego oraz realizacji jego przedmiotu. Z kolei w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, pism kierowanych do wykonawców, informujących o dokonaniu zmian w dokumentacji przetargowej. Izba dopuściła również i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 5.1 SIWZ jest „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 rejon w Rzeszowie owa Dębica; część nr 2 rejon w Krośnie”.

Izba ustaliła ponadto, że w pkt 7 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu, ppkt 7.2.3) - dla części nr 2 rejon w Krośnie, zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w następujący sposób: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, a w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie: 1) max 3 zadań polegających na letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 12.790.000,00 PLN netto, oraz 2) max 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 12.790.000,00 PLN netto, albo *) max 3 zadań polegających na całorocznym utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o wartości łącznej nie mniejszej niż 25.580.000,00 PLN netto”.

Izba ustaliła także, że Tom II SIWZ zawierał Istotne postanowienia umowy (IPU). W odniesieniu do postanowień, kwestionowanych przez odwołującego, tj. w §14 - Kary umowne i odszkodowania zawarto następujące uregulowania: „1. Strony ustalają wprowadzenie kar umownych. Regulacje dotyczące kar umownych, w tym podstaw ich naliczania, zawarte w tym paragrafie oraz w Karcie Kar stanowiącej załącznik nr 30/33 do OPZ stanowią regulację całościową, wyczerpującą i adekwatną do celów, a obie strony to uzgodnienie potwierdzają. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 1) z tytułu

odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 20 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, liczonego od wartości świadczenia umownego brutto, w części nie spełnionej przez Wykonawcę na dzień odstąpienia od umowy (rozumianej jako różnica między wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, lub w przypadku jego przekroczenia Maksymalną wartością zobowiązania, o której mowa w §4 ust. 11 umowy a wypłaconym wykonawcy wynagrodzeniem); 2) za wykonywanie umowy niezgodnie z OPZ i niniejszą umową w wysokości określonej dla każdego przypadku indywidualnie, na podstawie sumy przyznanych punktów karnych zgodnie z Kartą Kar stanowiącą załącznik nr 33 do OPZ w wysokości określonej w Karcie Kar; 3) w przypadku gdy roboty lub usługi objęte przedmiotem niniejszej Umowy będzie wykonywał podmiot inny niż Wykonawca lub podwykonawca wskazany przez Wykonawcę w Umowie - w wysokości 10% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, z zastrzeżeniem §18 ust. 1 pkt 3; 4) w przypadku niezłożenia oświadczenia lub dokumentów, o których mowa w §20 ust. 4 pkt 1-4 w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - w wysokości 300 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; 5) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wykonywania czynności, o których mowa w §20 ust. 1 przez osoby niezatrudnione na umowę o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy - w wysokości 1.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień wykonywania czynności za każdą osobę; 6) w przypadku zwłoki w wykonaniu obowiązku określonego w §2 ust. 4 pkt 1 lub 2 w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki w realizacji danego obowiązku; 7) za naruszenie obowiązków określonych w §1 ust. 6 w zakresie wskazanym w ofercie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł. za każdy dzień niewypełnienia zobowiązania - dotyczy Wykonawców, którzy zadeklarowali w ofercie spełnienie przedmiotowych kryteriów; 8) za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy zgodnie z §15 w wysokości 5.000, 00 zł; za każdy dzień zwłoki; 9) za nieprzekazanie dokumentów dotyczących płatności Podwykonawcom zgodnie z §15 ust. 14 w wysokości 1.000 zł, na wniosek Zamawiającego, za każdy dzień zwłoki w ich przekazaniu w terminie wskazanym przez Zamawiającego; 10) za brak zmiany Umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, dalszemu Podwykonawcy zgodnie z §15 w wysokości 0,01% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki; 11) za każde nieterminowe przekazanie dokumentów wskazanych w §19 ust. 2 i ust. 5 - w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki; 12) za zwłokę w przedłożeniu dowodów, o których mowa w §21 (Klauzule społeczne) ust. 4 i 6 w ustalonym umową terminie, w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki; 13) za nieprzedłożenie do zaakceptowania Zamawiającemu projektu Umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany, której przedmiotem są roboty, zgodnie

z §15 w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek; 14) za nieprzedłożenie w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, zgodnie z §15 w wysokości 5.000,00 zł każdy dzień zwłoki.” Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał zmiany dokumentacji postępowania, w zakresie powyższego postanowienia umowy w następujący sposób: „1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 1) z tytułu odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 20 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, liczonego od wartości świadczenia umownego brutto, w części nie spełnionej przez Wykonawcę na dzień odstąpienia od umowy (rozumianej jako różnica między wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, lub w przypadku jego przekroczenia Maksymalną wartością zobowiązania, o której mowa w §4 ust. 11 umowy a wypłaconym wykonawcy wynagrodzeniem); 2) za wykonywanie umowy niezgodnie z OPZ i niniejszą umową w wysokości określonej dla każdego przypadku indywidualnie, na podstawie sumy przyznanych punktów karnych zgodnie z Kartą Kar stanowiącą załącznik nr 33 do OPZ w wysokości określonej w Karcie Kar; 3) w przypadku gdy roboty lub usługi objęte przedmiotem niniejszej Umowy będzie wykonywał podmiot inny niż Wykonawca lub podwykonawca wskazany przez Wykonawcę w Umowie - w wysokości 10% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy, z zastrzeżeniem §18 ust. 1 pkt 3; 4) w przypadku niezłożenia oświadczenia lub dokumentów, o których mowa w §20 ust. 4 pkt 1-4 w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - w wysokości 300 zł brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; 5) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wykonywania czynności, o których mowa w §20 ust. 1 przez osoby niezatrudnione na umowę o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy - w wysokości 1.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień wykonywania czynności za każdą osobę; 6) w przypadku zwłoki w wykonaniu obowiązku określonego w §2 ust. 4 pkt 1 lub 2 w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki w realizacji danego obowiązku; 7) za naruszenie obowiązków określonych w §1 ust. 6 w zakresie wskazanym w ofercie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł. za każdy dzień niewypełnienia zobowiązania - dotyczy Wykonawców, którzy zadeklarowali w ofercie spełnienie przedmiotowych kryteriów; 8) za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy zgodnie z §15 w wysokości 5.000, 00 zł; za każdy dzień zwłoki; 9) za nieprzekazanie dokumentów dotyczących płatności Podwykonawcom zgodnie z §15 ust. 14 w wysokości 1.000 zł, na wniosek Zamawiającego, za każdy dzień zwłoki w ich przekazaniu w terminie wskazanym przez Zamawiającego; 10) za brak zmiany Umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, dalszemu Podwykonawcy zgodnie z §15 w wysokości 0,01% wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w §4 ust. 1 umowy

za każdy dzień zwłoki; 11) za każde nieterminowe przekazanie dokumentów wskazanych w §19 ust. 2 i ust. 5 - w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy dzień zwłoki; 12) za zwłokę w przedłożeniu dowodów, o których mowa w §21 (Klauzule społeczne) ust. 4 i 6 w ustalonym umową terminie, w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki; 13) za nieprzedłożenie do zaakceptowania Zamawiającemu projektu Umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany, której przedmiotem są roboty, zgodnie z §15 w wysokości 5.000,00 zł za każdy przypadek; 14) za nieprzedłożenie w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, zgodnie z §15 w wysokości 5.000,00 zł każdy dzień zwłoki.”

Ponadto, Izba ustaliła, że zgodnie z §9 ust. 5 Istotnych postanowień umowy: „5. Strony umownie rozszerzają odpowiedzialność Wykonawcy i ustalają, że Wykonawca zobowiązany jest w ramach Umowy do usuwania i uzupełnienia uszkodzeń lub zniszczeń wynikających ze skutków zdarzeń, kradzieży, aktów wandalizmu lub innych okoliczności powodujących braki utrzymywanego wyposażenia Drogi określonego w OPZ.” Zamawiający dokonał zmiany tego zapisu umowy poprzez zmianę ust. 5 w następujący sposób: „5. Wykonawca zobowiązany jest w ramach Umowy do usuwania i uzupełnienia uszkodzeń lub zniszczeń wynikających ze skutków zdarzeń, kradzieży, aktów wandalizmu lub innych okoliczności powodujących braki utrzymywanego wyposażenia Drogi określonego w OPZ.”

Jednocześnie, Izba ustaliła, że kwestionowany przez odwołującego zapis w §4 ust. 6 Istotnych postanowień umowy: „Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu Umowy w przypadkach i na zasadach określonych w OPZ i niniejszej Umowie” zamawiający pozostawił bez zmian.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, wskazanych przez odwołującego w treści odwołania, Izba zważyła co następuje.

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nazbyt rygorystycznych warunków udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do zdolności technicznej w postępowaniu - wiedzy

i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, opisanych w pkt 7.2. ppkt 3a - rejon w Krośnie - Tom I SIWZ - Izba oddaliła zarzuty jako niezasadne.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie natomiast z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przepisy ustawy Pzp nie określają, jak definiować pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano pogląd, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśliła Izba w wyroku z 8 marca 2013 r., sygn. akt KIO 426/13, obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. W konsekwencji, opis spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywany przez zamawiającego w SIWZ, winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, a celem tym jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie ograniczając jednocześnie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Na to jak należy rozumieć tą zasadę zwracał uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08). Wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) Trybunał orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający opisując warunek odnoszący się do zdolności technicznej w postępowaniu - wiedzy i doświadczenia nie naruszył cytowanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp, gdyż warunek ten odnosi się do stopnia złożoności, warunków realizacji i wartości zamówieniu, nie eliminując jednocześnie w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jego ustalenie na określonym poziomie nie może być zatem traktowane jako chęć utrudnianie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem wprowadzenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu jest jedynie dopuszczenie do postępowania wyłącznie tych wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Powyższe Izba stwierdziła biorąc przede wszystkim pod uwagę, że zamawiający, opisując warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla części nr 2 Rejon w Krośnie ustalił wartość doświadczenia na kwotę 25.580.000,00 zł., co stanowi około 25% szacunkowej wartości zamówienia publicznego. Nie można zatem uznać, że jest to wymaganie nadmierne, czy nieadekwatne do zakresu zamówienia. Co więcej, kwota ta dotyczy łącznie, maksymalnie trzech zadań, co w rezultacie powoduje dopuszczenie większej liczby potencjalnych, zainteresowanych wykonawców. Dostrzeżenia wymaga również, że zamawiający opisując przedmiotowy warunek, dopuścił sytuację w której wykonawca wykonywał odrębnie zadania polegające na utrzymaniu letnim i zimowym, lub też realizował prace polegające na całorocznym utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy G. Nietrafiona jest zatem argumentacja odwołującego, że zamawiający ograniczył w ten sposób konkurencję, albowiem praktyką na rynku jest odrębne zlecenie zadań polegających na zimowym czy letnim utrzymaniu dróg, gdyż dla wykazania spełnienia warunku, również wystarczające jest legitymowanie się wykonaniem zadań letniego lub zimowego utrzymania dróg. Ponadto, jak argumentował zamawiający na rozprawie, w poprzednio prowadzonych postępowaniach, ustalając warunki udziału w postępowaniu określał kwotę w tym warunku w stosunku do szacunkowej wartości, również na poziomie około 25%. Powyższe zaprezentował w formie zestawienia tabelarycznego, pokazującego zależności wymaganej wartości doświadczenia w stosunku do wartości szacunkowej. Oznacza to, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach wymagania zamawiającego były analogiczne jak w tym postępowaniu, zatem twierdzenia odwołującego, że w tym przetargu wymogi zostały sformułowane w sposób odmienny niż poprzednia praktyka – jest niezgodne z rzeczywistością. Co więcej, powyższe nie wpływało na krąg potencjalnych wykonawców, albowiem w latach 2011 – 2020 zamawiający przeprowadził 11 podobnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie dróg, w których wzięła udział duża liczba wykonawców, a średnia liczba złożonych ofert w postępowaniu wynosiła ponad 5. Stąd, można stwierdzić, że przy analogicznym do powyżej określonego poziomie zdolności, zarówno

na terenie woj. podkarpackiego jak i całego kraju, istnieje znaczna liczba podmiotów spełniających przedmiotowe wymagania.

Skład orzekający wziął również pod uwagę okoliczność, że zamawiający zamierza wyłonić w przedmiotowym postępowaniu podmiot, który świadczył będzie usługi obejmujące swoim zakresem utrzymanie ok. 180 km dróg, w ramach którego do zadań wykonawcy będzie należało szereg skomplikowanych technicznie zadań, opisanych szeroko w dokumentacji postępowania. Stąd uzasadnionym jest wymaganie od takiego podmiotu doświadczenia, wykraczającego ponad roczne realizowanie tego rodzaju zamówień publicznych. Jak argumentował zamawiający owo dłuższe doświadczenie jest uzasadnione zmiennością w czasie uwarunkowań zarówno klimatycznych jak i ekonomiczno-gospodarczych. Jako przykład wskazywał okoliczność, że w różnych latach panują tak odmienne warunki pogodowe, że zużycie soli w jednym okresie zimowym w porównaniu do innego, może być nawet dwukrotnie większe. Stąd istotne jest, aby wykonawca, którego pozyska zamawiający w tym postępowaniu, a który będzie świadczył usługi przez kolejne 72 miesiące, a zatem przez kilka kolejnych sezonów letnich i zimowych, nabył już stosowne doświadczenie, znając owe uwarunkowania i mogąc odpowiednio, z wyprzedzeniem, zabezpieczyć się na wypadek takich okoliczności. Zauważał również, że wykonawcy, którzy stale kooperują z dostawcami, zaopatrującymi ich w sól drogową, w razie problemów z zakupem, mają pierwszeństwo przed wykonawcami, którzy kupują ją w mniejszej ilości i od krótszego czasu. Wprawdzie odwołujący twierdził, że zamawiający nie ma wiedzy z jakimi podmiotami i na jakich zasadach odwołujący współpracuje, nie ulega wątpliwości, że z doświadczenia życiowego wynika, że stali odbiorcy, współpracujący z danym przedsiębiorcą przez dłuższy okres czasu, zwykle uzyskują pierwszeństwo w dostawach i odbywa się to zazwyczaj na preferencyjnych dla nich warunkach.

Dla zamawiającego kluczową kwestią jest zachowanie ciągłości utrzymania i bezpieczeństwa ruchu na utrzymywanych drogach. Tym samym brak wiedzy wykonawcy co do uwarunkowań związanych z realizacją kontraktu, wynikających z panujących różnic pomiędzy sezonami zimowymi i letnimi, w okresie kilku kolejnych lat, niewątpliwie mogą mieć wpływ na prawidłową realizację kontraktów. Tym samym zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego, że doświadczenie zaledwie z jednego roku nie jest adekwatne i nie daje pewności co do należytego wykonania zamówienia publicznego. W konsekwencji, nie można uznać, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie został określony na poziomie minimalnym, pozwalającym na należyłą realizację umowy.

W tym miejscu należy również przypomnieć, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, w przypadku gdy odwołujący kwestionuje warunki udziału w postępowaniu

to jego rolą jest wykazanie, że brak jest związku dokonanego opisu warunku udziału w postępowaniu z wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Izba oczekuje zatem, w takim przypadku, nie tylko dowodów na nadmierność wymagań zamawiającego, ale przede wszystkim wykazania, że odwołujący jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia i poprzez określenie nadmiernych wymagań, taki udział został mu uniemożliwiony.

Tymczasem zarzut odwołującego, w warstwie merytorycznej, sprowadza się do wskazania trzech okoliczności, uzasadniających nie tyle brak proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia, ale stwierdzających brak zgodności opisywanych warunków z przepisami ustawy Pzp.

Po pierwsze, odwołujący twierdzi, że ustalając wymagania na zbyt wysokim poziomie, zamawiający działa na niekorzyść małych i średnich przedsiębiorców, czyli firm, które dysponują potencjałem umożliwiającym realizację zamówienia, jednak z uwagi na zbyt rygorystyczne warunki udziału w postępowaniu, nie mogą wykazać ich spełnienia. Tym samym firmy z sektora MŚP tracą możliwość rozwoju, a na rynku w coraz większym zakresie zaczynają dominować duże przedsiębiorstwa (grupy kapitałowe). Izba nie zgadza się z tym poglądem. Jak wskazywał zamawiający, czemu odwołujący nie przeczył, w poprzednio prowadzonych przez niego postępowaniach, większość podmiotów, które złożyły oferty to właśnie małe i średnie przedsiębiorstwa. To z tymi podmiotami zamawiający zawierał wcześniej umowy i realizowały one z sukcesem przedmiotowe zadania. Kluczową kwestią, w tym przypadku, nie jest bowiem wielkość przedsiębiorstwa wykonawcy, ale doświadczenie nabyte przez niego we wcześniejszej realizacji kontraktów. Ze zrozumiałych powodów zamawiający nie chce, aby wykonawca, który wygra postępowanie „uczył się” realizując kontrakty u zamawiającego. Bez znaczenia dla oceny zarzutów jest okoliczność podnoszona przez odwołującego, że opisany warunek uniemożliwia odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu. Należy zgodzić się z zamawiającym, że oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać przede wszystkim przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy, który jest potencjalnie zainteresowany jego realizacją. To nie interes podmiotu determinuje bowiem ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Nie ma też znaczenia argumentacja odwołującego, że możliwy stałby się szybszy rozwój jego firmy, gdyby zamawiający obniżył swoje wymogi. Przykłady wskazujące na szybszy rozwój firmy odwołującego, w wyniku umożliwienia mu realizacji zamówienia dla miasta Sanoka, w którym to postępowaniu kryteria udziału wykonawców nie były opisane rygorystycznie (5 zrealizowanych usług o podobnym charakterze; nie zważając na czas ich wykonania ani wartość), w konsekwencji czego uzyskał on możliwość realizacji kontraktu, który stanowił podstawę do jego dalszego rozwoju, nie mogą być podstawą dla stwierdzenia, że zamawiający

również w tym przypadku powinien skonstruować warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia w podobny sposób tj. na poziomie niższym, który umożliwi odwołującemu złożenie oferty.

Po drugie odwołujący wskazywał, że wystarczające jest, aby wykonawca legitymował się, w miejsce opisanego przez zamawiającego wymagania, doświadczeniem w okresie jednego pełnego cyklu (12 miesięcy), w zakresie jednego zamówienia o wartości łącznej 8.500.000,00 zł., przy czym argumentacji tej nie poparł ani żadnymi dowodami, ani nawet wskazaniem obiektywnych okoliczności pozwalających na uznanie, że taki minimalny poziom zdolności, jest wystarczający.

W końcu, po trzecie, odwołujący podkreślał, że oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, należy dokonywać nie tylko biorąc pod uwagę doświadczenie wykonawcy, ale również uwzględniać inne warunki i kryteria oceny ofert, za pomocą których zamawiający weryfikuje możliwości wykonawcy, w konsekwencji czy ten daje rękojmię prawidłowej, rzetelnej i terminowej realizacji zamówienia. Jak ustaliła Izba, zamawiający sformułował w SIWZ takie dodatkowe wymogi dotyczące osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, jak też ustalił inne, niż cena, kryteria oceny ofert takie jak: samodzielność, jakość czy bezpieczeństwo. Należy jednak zaznaczyć, że w odniesieniu do wymagań stanowią one dodatkowe warunki, w stosunku do kwestii doświadczenia, które jest kluczowe dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji danego zadania. Kryteria oceny ofert z kolei pozwalają zamawiającemu na ocenę tych wykonawców, którzy spełnili już minimalne wymogi. Ocena dokonywana w ramach kryteriów oceny ofert zmierza zatem do ustalenia, który z podmiotów w stopniu najwyższym daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu umowy, nie zaś określenia minimalnych poziomów zdolności danego wykonawcy.

Tym samym, mając na uwadze treść art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, biorąc pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na wskazane okoliczności, zamawiający zaś w stopniu dostatecznym uzasadnił, że sformułowane przez niego w SIWZ warunki odnośnie doświadczenia zostały ustalone na poziomie proporcjonalnym do zakresu i wartości zleczanych robót i usług, skład orzekający doszedł do przekonania, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia wskazywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała również za niezasadne zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i 16) ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 484 §2 KC oraz art. 487 §2 KC poprzez: (i) wprowadzenie w §14 Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowne) postanowienia, zgodnie z którym regulacje dotyczące kar umownych, w tym podstaw ich naliczania, zawarte w tym przepisie oraz Karcie Kar stanowiącej załącznik nr 30/33 do OPZ, stanowią regulację całościową, wyczerpującą i adekwatną do celów, a obie Strony to uzgodnienie potwierdzają;

(ii) dopuszczenie w ramach §4 ust. 6 projektu umowy (TOM II SIWZ) możliwości dokonywania zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach i na zasadach określonych w OPZ, bez jednoczesnego doprecyzowania do których przypadków i zasad wynikających z OPZ postanowienie to się odnosi; (iii) rozszerzenie w ramach §9 ust. 5 projektu umowy (TOM II SIWZ) odpowiedzialności wykonawcy również na zdarzenia całkowicie od niego niezależne, w tym będące przejawem siły wyższej, za których zaistnienie zamawiający przewiduje możliwość nakładania na wykonawcę rażąco wygórowanych kar umownych, podczas gdy zakres odpowiedzialności wykonawcy powinien być proporcjonalny oraz adekwatny do charakteru oraz warunków realizacji zamówienia publicznego (co dotyczy również kar umownych) - czego rezultatem jest uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty i kalkulacji ryzyk.

Na wstępie, Izba zwraca uwagę, że w ramach przyznanych jej uprawnień, odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów. W odniesieniu do umów brak jest szczegółowych regulacji, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów, wyrażoną w art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W warunkach „rynkowych”, gdy umowę zawierają dwa równorzędne podmioty, jej poszczególne zapisy powstają w wyniku konsensusu obu umawiających się stron. W przypadku umów, zawieranych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również do takiego konsensusu dochodzi, albowiem zamawiający precyzuje swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie tych wymagań zgadza, albo nie. Ze swojej strony wykonawca ma również wpływ na kształtowanie warunków w taki sposób, iż w ramach zadawanych pytań do treści SIWZ zwraca uwagę zamawiającemu na istnienie w treści projektu umowy takich zapisów, które z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia są nieakceptowalne czy nawet niemożliwe do spełnienia.

Z drugiej jednak strony w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Co do drugiego z wymienionych ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zawrzeć w treści SIWZ "istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach". Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków

umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia zapisów umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Tym samym w przypadku, gdy zamawiający konstruuje zapisy projektu umowy w sposób sprzeczny z tymi zasadami Izba może orzec o naruszeniu przez niego przepisów ustawy. W niniejszej sprawie skład orzekający Izby doszedł jednak do przekonania, że zamawiający nie przekroczył granic swobody umów, wyznaczonej przez zasady współżycia społecznego, konstruując zapisy §14 Tomu II SIWZ (Istotne postanowienia umowne). Odwołujący nie wskazał jednocześnie, które z postanowień narusza owe zasady. Pomimo modyfikacji treści SIWZ, dokonanej przez zamawiającego, odwołujący domagał się ustalenia zasad dotyczących miarkowania kar umownych, czy żądania zmniejszenia kary w sytuacji, gdy część zamówienia została w znacznej części wykonana, a zatem zapisów które wprost wynikają z przepisów KC. W konsekwencji, w ocenie Izby, zarzuty podnoszone przez odwołującego, nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

Izba stwierdziła również, przychylając się do stanowiska zamawiającego, że okoliczności uzasadniające zmianę wynagrodzenia, o których mowa w §4 ust. 6 umowy zostały sprecyzowane, zarówno w umowie, w szczególności w postanowieniach §5 umowy - opisującego zasady na jakich wynagrodzenie będzie waloryzowane; w §7 - określającym zmiany zakresu robót lub usług, jak też w OPZ, stanowiącym integralną część umowy. Ewentualne zmiany wynagrodzenia regulują m. in. postanowienia części A w pkt 10, 15, 18, 19, 20, 21 OPZ. Nie sposób stwierdzić, że na gruncie tego uregulowania istnieją jakiegokolwiek wątpliwości, które uniemożliwiają wykonawcom przygotowanie oferty i kalkulację ryzyk, związanych z realizacją zamówienia. Obowiązkiem każdego wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie, jest zapoznanie się przede wszystkim z OPZ, jak też całością dokumentacji, z treści której wynika na jakich zasadach i warunkach następowała będzie realizacja prac

objętych umową. Fakt, że regulacje w określonym zakresie (jak w tym przypadku odnoszące się do możliwych zmian wynagrodzenia) umieszczane są w różnych dokumentach, nie wpływa na możliwość ich zidentyfikowania przez wykonawcę i rzetelnego przygotowania oferty.

Za niepotwierdzone uznał również skład orzekający zarzuty, podnoszone przez odwołującego w zakresie, w jakim ten kwestionował zapisy §9 ust. 5 umowy (Tom II SIWZ). Odwołujący domagał się, co wynika z treści żądania, aby zamawiający zmodyfikował to postanowienie tak, aby usunięty został zapis o rozszerzeniu odpowiedzialności wykonawcy za zajście zdarzeń w nim opisanych, a jednocześnie wprowadzenia regulacji, z której będzie wynikało, że zajście wskazanych tam okoliczności nie spowoduje powstania po stronie wykonawcy odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający dokonał częściowej modyfikacji tego paragrafu, pomimo tego odwołujący w dalszym ciągu twierdził, że sytuacja odwołującego, w związku z tą modyfikacją, nie uległa zmianie.

Izba doszła do przekonania, że zamawiający nakładając na wykonawców obowiązek, w ramach umowy, usuwania i uzupełnienia uszkodzeń lub zniszczeń wynikających ze skutków zdarzeń, kradzieży, aktów wandalizmu lub innych okoliczności powodujących braki utrzymywanego wyposażenia Drogi określonego w OPZ, nie naruszył cytowanych przez odwołującego przepisów. Zamówienie polega między innymi na utrzymaniu drogi, zgodnie z określonym przez zamawiającego standardem. W zakresie utrzymania owego standardu, do obowiązków wykonawcy będzie należało również reagowanie na zdarzenia występujące na drodze np. w postaci wystąpienia karambolu, trudnych warunków atmosferycznych itp. W związku z takimi zdarzeniami konieczna będzie między innymi dbałość o kompletność i odpowiedni stan oznakowania i urządzeń BRD (tu też między innymi poruszana przez zamawiającego na rozprawie kwestia sprawnej wymiany barier ochronnych po kolizji) oraz sprawność usuwania śliskości jezdni. Tym samym charakter umowy determinuje zakres zadań, które będą leżały po stronie wykonawcy. Nie jest jednak tak, jak twierdził odwołujący, że wprowadzając przedmiotowy zapis, zamawiający zmierza do karania wykonawcy za wystąpienie zdarzeń, które na drodze mają miejsce, a są od niego niezależne. W zapisie tym mowa o usuwaniu i uzupełnianiu uszkodzeń, a zatem w przypadku gdy owe zdarzenia wystąpią - konieczna będzie odpowiednia reakcja podmiotu, który dba o odpowiednią jakość i standard utrzymania drogi. Z kolei, jeśli taka reakcja nie nastąpi, to tylko w takim przypadku na wykonawcę będą nakładane kary, zgodnie z odpowiednimi zapisami zawartymi w treści umowy, na zasadach które uregulowane zostały w Karcie Kar.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....