

Sygn. akt: KIO 674/16

**WYROK
z dnia 13 maja 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016r. przez wykonawcę Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

A. przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 674/16 po stronie odwołującego

B. przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 674/16 po stronie odwołującego

C. przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 674/16 po stronie odwołującego

D. przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 674/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie wykreślenie postanowienia Sekcji IV, punkt IV.2.1.) pkt. 3 „Kryteria udzielenia zamówienia” w brzmieniu: „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji - waga 5”,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89,10-083 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego o nazwie: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: odc. Szczuczyn - węzeł Ełk Południe; Zadanie nr 2: odc. węzeł Ełk Południe - węzeł Wysokie (wraz z wyplotem w ciągu dk 16); Zadanie nr 3: odc. węzeł Wysokie - m. Raczki.”

W dniu 20 kwietnia 2016r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-135643.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia Odwołujący Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie w dniu 29 kwietnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

1. postanowienie Sekcji IV, punkt IV.2.1.) „Kryteria udzielenia zamówienia” w zakresie, w jakim przewiduje on kryterium o brzmieniu: „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji - waga 5”.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez niego postanowienie ogłoszenia, narusza następujące przepisy:

1) art. 41 pkt 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez podanie przez Zamawiającego w Ogłoszeniu kryterium oceny ofert o treści: „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji”, którego brzmienie nie zawiera informacji, co w tym kryterium będzie przedmiotem oceny ofert dokonywanej przez Zamawiającego;

2) art. 41 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez wskazanie w Ogłoszeniu kryterium oceny ofert, które w swojej istocie nie stanowi kryterium oceny ofert, tylko niedopuszczalne w myśl ustawy Pzp dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy wymagane przez Zamawiającego od wykonawców;

3) art. 473 § 2 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art.

353¹ k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1316/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. poprzez określenie kryterium oceny ofert, które powoduje, że wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niedotrzymaniem terminu nawet w sytuacji, gdy uchybienie terminowi spowodowane jest przypadkami umyślnego zawinienia przez Zamawiającego, a także poprzez naruszenie zasad swobody umów;

4) art. 41 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, tylko do potencjału wykonawcy w zakresie zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego i w swojej istocie nie może stanowić w ogóle kryterium udzielania zamówienia;

5) art. 7 ustawy Pzp w zw. art. 41 pkt 9 ustawy Pzp poprzez przedstawienie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niejasny i nieprecyzyjny, co uniemożliwia jego ocenę przez wykonawców na etapie przygotowania wniosków, czym narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany Ogłoszenia w zakresie: postanowienia Sekcji IV, punkt IV.2.1.) „Kryteria udzielenia zamówienia” poprzez usunięcie w całości kryterium: „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji o wadze 5”.

Odwołujący jest organizacją wpisaną w dniu 22 lipca 2005 roku przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05).

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu zobowiązany jest wskazać między innymi: „kryteria oceny ofert i ich znaczenie”.

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu w Sekcji IV, pkt IV 2.1.) Ogłoszenia „Kryteria udzielenia zamówienia”, Zamawiający określił następujące kryteria:

1. Cena-waga 80
2. Termin realizacji - waga 15
3. Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji - waga 5.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił, że przedstawione przez

Zamawiającego kryterium o treści „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji” nie czyni zadość obowiązkom wynikającym z ww. przepisu Ustawy PZP w zakresie przedstawienia kryterium w Ogłoszeniu.

Zdaniem Odwołującego, poprzez samo „zapisanie” kryterium o takiej treści, Zamawiający faktycznie nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku. Zamawiający powinien był bowiem wskazać kryterium, które nie będzie pozostawiało wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje.

Według Odwołującego kryterium podane w sposób zaprezentowany w Ogłoszeniu, nie pozwala poznać i ustalić wykonawcom, jakie faktycznie kryterium Zamawiający przewidział w tym postępowaniu, ani w jaki sposób należy te kryterium interpretować. Tym samym tak określonego kryterium nie można uznać za jego rzeczywiste zawarcie w Ogłoszeniu, co nakazuje art. 41 pkt 9 ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazał, że już samo pojęcie „zabezpieczenie” może być różnie rozumiane i interpretowane przez wykonawców. Żaden z potencjalnych wykonawców nie może obecnie uznać, że zna treść i znaczenie tego kryterium. Można jedynie podjąć próby dowolnych interpretacji tego kryterium, np. być może Zamawiający rozumie pod nim gwarancję, może poręczenie jakiś podmiotów, albo inne zabezpieczenie pieniężne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający mają obowiązek wskazywać pozacenowe kryteria oceny ofert, jednakże ich podanie - nie może być iluzoryczne i mieć na uwadze tylko jego formalne zawarcie w Ogłoszeniu.

Zauważył również, że dla wykonawców przygotowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oznacza poniesienie każdorazowo kosztu oraz zaangażowanie zasobów ludzkich. Niejednokrotnie, przy ocenie przewidywanych w Ogłoszeniu kryteriów oceny ofert, wykonawcy dokonują już weryfikacji i oceny szans na pozyskanie kontraktu i podejmują decyzje o zaangażowaniu lub nie w przygotowywanie wniosku.

Nadto Odwołujący stwierdził, że w przypadku pozostałych kryteriów wskazanych przez Zamawiającego w Ogłoszeniu, wykonawcy są w stanie ustalić i uwzględnić przy podejmowaniu decyzji o przygotowywaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jakie kryteria oceny ofert Zamawiający określił.

Według Odwołującego Kryterium oceny - „Cena” jest zrozumiała i czytelna dla każdego z oferentów, podobnie jak „termin realizacji”, który w pkt V1.3. ppkt 7 „Uwagi do

Sekcji IV.2.1. Ogłoszenia - Kryteria udzielenia zamówienia” zawiera informacje: „Najkrótszy możliwy termin realizacji uwzględniony do oceny ofert: 29 miesięcy od daty zawarcia umowy (wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie). Najdłuższy możliwy termin realizacji wymagany przez Zamawiającego: 35 miesięcy od daty zawarcia umowy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie). ”.

Natomiast zaskarżone w odwołaniu kryterium, w istocie trudno uznać za takie, bowiem nie sposób jest określić, ani co ono oznacza, ani jak należy je interpretować.

Dalej Odwołujący podniósł, że zaskarżone przez niego kryterium, które w swojej formule odnosi się do udzielenia Zamawiającemu zabezpieczenia, narusza art. 41 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z art. 150 ust. 2 Ustawy PZP, bowiem postawione przez Zamawiającego kryterium stanowi w istocie niedozwolone rozszerzenie wysokości zabezpieczenia, które zgodnie z prawem może uzyskać od wykonawców publiczny Zamawiający.

Zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, a zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie służyć ma pokryciu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Odwołujący zaznaczył, że przepis art. 150 ust. 2 ustanawia maksymalną i ograniczoną ustawą wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jakiego może żądać Zamawiający od wykonawców i nie jest dopuszczalne żądanie przez Zamawiającego wniesienia wyższego zabezpieczenia, jak i żądanie jego podwyższania w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

Zwrócił uwagę, że dla przedmiotowego zadania Zamawiający w Sekcji III Wymagane wadia i gwarancje w pkt2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy przewidział, że „Wyłoniony w postępowaniu Wykonawca, przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny brutto podanej w ofercie.”, co oznacza, że Zamawiający ustanowił dla siebie już zabezpieczenie należytego wykonania umowy na maksymalnym, dopuszczalnym ustawą Pzp poziomie.

Celem udzielenia Zamawiającemu zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest, jak wskazano powyżej, możliwość rekompensaty roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a nie - co ma miejsce w niniejszym postępowaniu - ocena ofert w oparciu o takie zabezpieczenie.

Zamawiający prezentując obecnie zaskarżone przez Odwołującego kryterium, uzależnił ocenę ofert wykonawców od złożenia przez nich dodatkowego, niedopuszczalnego ustawą Pzp, zabezpieczenia. Tym samym, kryterium to ma na celu uzyskanie dodatkowego, niezgodnego ustawą Pzp zabezpieczenia, a nie stanowić realnego, rzeczywistego kryterium oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, powyższe czynności Zamawiającego stanowią obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie maksymalnej wysokości zabezpieczenia, a w myśl art. 58 § 1 kodeksu cywilnego - czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, uzasadniony jest jego wniosek o usunięcie z Ogłoszenia zaskarżonego kryterium, jako sprzecznego z ww. przepisami ustawy, powodującymi nieważność czynności Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył także, że zasady odpowiedzialności kontraktowej, tj. odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 471 i następane k.c., przy czym przepis art. 473 § 1 k.c. dopuszcza umowne rozszerzenie lub zawężenie odpowiedzialności stron stosunku prawnego, jednakże w granicach swobody umów uregulowanych w treści art. 353¹ k.c.

Przykładem istotnego ustawowego ograniczenia powyższego uprawnienia stron umowy do modyfikacji zasad odpowiedzialności, jest już treść art. 473 § 2 k.c., który stanowi, iż „Nieważne jest zastrzeżenie, że dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.”.

Dalej zauważył, że Zamawiający wskazał w ppkt 3). IV.2.1) Ogłoszenia, jako kryterium oceny ofert „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji”, przydając mu 5 wagę punktów.

Odwołujący wskazał, że powyższe kryterium de facto powoduje, iż to wyłącznie Wykonawca zamówienia publicznego przejmuje na siebie pełne i wyłączne ryzyko kontraktowe związane z bezwzględnym dotrzymaniem terminu realizacji, tym samym Zamawiający zostaje zwolniony z jakiegokolwiek odpowiedzialności w tym zakresie.

Według Odwołującego użycie przez Zamawiającego sformułowania „bezwarunkowe

dotrzymaniu terminu” należy rozumieć, że bez względu na przyczynienie się (w tym winę umyślną) Zamawiającego Wykonawca poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą za niedotrzymanie terminu wykonania.

W kontekście powyższego argumentował, że w przypadku, gdy przyczyna niedotrzymania terminu wykonania zamówienia będzie leżała w okolicznościach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w tym zwłaszcza w zdarzeniach przez niego zawinionych, Zamawiający nie może zostać z niej zwolniony, bowiem byłoby to sprzeczne z art. 473 § 2 k.c. Przywołane przepisy mają charakter normy bezwzględnie wiążącej (*ius cogens*), co powoduje, iż strony nie mogą swoją wolą ukształtować ich treści w sposób odmienny, niż reguluje to ustawa, a wszelkie tego typu postanowienia są bezwzględnie nieważne.

Ponadto zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez Zamawiającego kryterium pozostaje w sprzeczności z dokumentami programowymi instrumentu finansowego Łącząc Europę (Connecting Europe Facility CEF), z którego inwestycja ta ma być finansowana.

Powołał się na treść art. 65 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rad (UE) nr 1316/2013, że: Warunki umowy powinny brzmieć tak, aby sprawiedliwie podzielić ryzyko związane z umową w celu zmaksymalizowania opłacalności i umożliwienia jak najefektywniejszego wykonania umowy.

W ocenie Odwołującego, powyższe kryterium narusza również zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ k.c., w myśl którego, postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, bowiem kryterium to powoduje, iż wbrew swej naturze, umowa przybiera formę jednostronnie zobowiązującej.

Zwrócił uwagę, że umowa o roboty budowlane ze swej natury ma charakter wzajemny i dwustronnie zobowiązujący, co powoduje, iż prawa i obowiązki stron, skorelowane ze sobą pod względem treści i winny stanowić swój ekonomiczny równoważnik, zaś wynikające z tego ryzyka, rozłożone równomiernie pomiędzy strony stosunku prawnego.

Powyższe powoduje, że ewentualne uregulowania kontraktowe, które de facto prowadzą do zwolnienia Zamawiającego z jakiegokolwiek ryzyka związanego z terminową realizacją przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym obciążeniem Wykonawcy pełną odpowiedzialnością w tym zakresie, również za zdarzenia, które są od niego niezależne i przez niego niezawinione (np. działania Zamawiającego, przedłużające się procedury

administracyjne, działania osób trzecich, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, siła wyższa), godzą w istotę dwustronności umowy, a przez to naruszają wskazywaną zasadę swobody umów.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Zdaniem Odwołującego, zaskarżone kryterium nie spełnia wymogów kryteriów wskazanych w Ustawie PZP i pozostaje w sprzeczności z istotą ustanowienia przez Zamawiającego pozacenowego kryterium udzielania zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający wskazał w Ogłoszeniu, że podane przez niego kryterium dotyczy „Zabezpieczenia bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji”.

W ocenie Odwołującego tego rodzaju kryterium pozacenowe nie zostało wprost wymienione wśród przypadków wskazanych w przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, jak również nie zawiera się w ogólnym sformułowaniu „kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia”.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z treścią Ogłoszenia jest wykonanie projektu i robót budowlanych polegających na budowie drogi. W tak określonym przedmiocie zamówienia (wykonanie projektu i robót budowlanych) nie mieści się świadczenie w postaci udzielenia zabezpieczenia bezwarunkowego dotrzymania terminu.

Odwołujący stwierdził, że dostarczenie przez wykonawcę zabezpieczenia bezwarunkowego dotrzymania terminu nie jest warunkiem realizacji przedmiotu zamówienia i stanowi oddzielne zobowiązanie wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, obok podstawowego zobowiązania do zrealizowania obiektu budowlanego. Skorzystanie przez Zamawiającego z zabezpieczenia w trakcie realizacji zamówienia będzie mogło nastąpić wyłącznie w określonym przypadku.

Dodatkowe zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania terminu – według Odwołującego - nie stanowi elementu niezbędnego umowy o roboty budowlane i nie jest związane z realizacją celu, jakim jest wykonanie obiektu.

Wykonawca niezależnie od dodatkowego zabezpieczenia bezwarunkowego dotrzymania terminu zobowiązany jest do przedstawienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co spowoduje zaistnienie podwójnego zabezpieczenia w zakresie dotrzymania terminu wykonania zobowiązania, gdyż dotrzymanie terminu jest przesłanką należytego wykonania umowy.

W ocenie Odwołującego sformułowane w ten sposób kryterium nie zmierza do zapewnienia konkurencji w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, ponieważ rodzaj czy wysokość zabezpieczenia nie wpływa na potencjalną możliwość terminowego wykonania umowy. Innymi słowy, bez względu na sposób zabezpieczenie terminowości, dotrzymanie terminu zależy od realizacji robót budowlanych, a nie od samego istnienia i rodzaju zabezpieczenia.

Zabezpieczenie ustanawia się w celu pokrycia szkód, które potencjalnie może (choć nie musi) ponieść Zamawiający na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

W Ogłoszeniu Zamawiający określa przedmiotowe kryterium, jako zabezpieczenie, które odnosi się do potencjalnych na dzień składania wniosków (później ofert) roszczeń Zamawiającego, nie zaś do podanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, niewątpliwie przedmiotem zamówienia, do którego mają się odnosić pozacenowe kryteria, nie są nieznanne w dniu złożenia wniosków (później ofert) przyszłe i niepewne roszczenia Zamawiającego.

Odwołujący uznał, że zabezpieczenie, jako kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, lecz w istocie do oceny zdolności finansowej wykonawcy do przedstawienia dodatkowego zabezpieczenia umowy, a zatem takie kryterium uznać należy za podmiotowe, co skutkuje tym, że ma ono charakter dyskryminacyjny.

Niezależnie zatem od spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy będą konkurować właściwościami (zdolnościami ekonomicznymi) własnego potencjału ekonomicznego w odniesieniu do możliwości złożenia dodatkowego zabezpieczenia.

Zdaniem Odwołującego zastosowanie już na etapie Ogłoszenia takiego kryterium prowadzić będzie do eliminacji potencjalnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale nie będą mogli zaoferować dodatkowego zabezpieczenia bezwarunkowego dotrzymania terminu.

W konsekwencji takie kryterium należy uznać – w ocenie Odwołującego - za niedopuszczalne w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający może postawić Wykonawcom wymagania w zakresie dotyczącym posiadania potencjału finansowego i ekonomicznego jedynie poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, a nie przez zastosowanie kryteriów oceny oferty.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że choć Zamawiający ma swobodę w określeniu własnego katalogu kryteriów oceny ofert, to nie może określić tych kryteriów w sposób uznaniowy i dowolny. Mają one mieć związek z przedmiotem zamówienia, który w przedmiotowym postępowaniu nie występuje w rzeczywistości. Tym samym, tak skonstruowane kryterium, narusza dyspozycję art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo zwrócił również uwagę, że to właśnie zaskarżone kryterium ma stanowić w przyszłości, według reguły przyjętej przez Zamawiającego, podstawę oceny ofert o wadze 5 punktów, której uwzględnienie może mieć istotny wpływ na wyniki postępowania.

Wskazał przy tym, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych, Zamawiający może wskazać, czy i jakiej wysokości (maksymalnie 10%) zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie oczekiwał od wykonawców.

W ocenie Odwołującego Zamawiający obecnie wadliwie uznał, że instytucja zabezpieczenia należytego wykonania umowy (a do tego się sprowadza zaskarżone kryterium), może stanowić jednocześnie kryterium udzielenia zamówienia. Skoro każdy z wykonawców przyjmuje warunki Ogłoszenia (później SIWZ) w zakresie obowiązków związanych z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie podlegają one negocjacom, to postawienie kryterium w oparciu o zabezpieczenie jest nieuprawione. Nie służy ono realnej konkurencji wykonawców.

Ostatecznie Odwołujący zarzucił, że Zamawiający poprzez zawarcie w Ogłoszeniu zaskarżonego kryterium, naruszył art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp.

Przede wszystkim podane przez Zamawiającego kryterium zostało opisane w sposób nieprecyzyjny i niejasny. Budzi wątpliwości interpretacyjne Odwołującego, co oznacza zwrot „zabezpieczenie” oraz w jaki sposób może rozumieć go Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że wieloznaczność zaskarżonego kryterium powoduje, że już na etapie podejmowanie decyzji o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu, wielu wykonawców może podjąć decyzję negatywną.

W dniu 29 kwietnia 2016r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy: Mirbud S.A., a także Strabag sp. z o.o.

Natomiast w dniu 2 maja 2016r. takie zgłoszenia dokonali wykonawcy: Budimex S.A. i Salini Polska sp. z o.o.

W dniu 11 maja 2016r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

W odpowiedzi stwierdził, że wskazał kryterium, a także znaczenie(wagi) wyspecyfikowanych kryteriów.

Zamawiający wyjaśnił również, że informacje dotyczące kryteriów oceny ofert w Ogłoszeniu mają charakter ogólny i podlegają one uszczegółowieniu dopiero w SIWZ.

Podniósł również, że dany wykonawca nie jest zobowiązany do konkurowania w ramach tego kryterium i nie będzie to rodził negatywnych konsekwencji dla dalszego jego uczestnictwa w przetargu.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że gwarancja nie będzie służyła pokryciu roszczeń Zamawiającego, do czego służy zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia.

Wskazał również, że kryterium to służy temu by wykonawca zmobilizował się do jak najlepszej organizacji robót, nawet jeśli wystąpią nieprzewidziane okoliczności.

Podniósł również, że koszty takiego zabezpieczenia będą ujęte w cenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 maja 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art. 48 ust.2 pkt. 10 w związku z art.150 ust.2 ustawy Pzp, art.91 ust.3 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wprowadzenia do treści ogłoszenia postanowienia Sekcji IV, punkt IV.2.1.) pkt. 3 „Kryteria udzielenia zamówienia” w brzmieniu: „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji - waga 5”.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.48 ust.2 pkt. 10 ustawy Pzp w związku z art.150 ust.2 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art.150 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Natomiast z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego terminu będzie dodatkowo ustanowione na poziomie 5% wartości przedmiotu zamówienia niezależnie od wartości 10% tytułem zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że celem tego kryterium jest wzmocnienie realności terminu realizacji.

Nadto Izba ustaliła, że Zamawiający podniósł, że nie można tego fakultatywnego zabezpieczenia na poziomie 5% utożsamiać z obligatoryjnym zabezpieczeniem należytego wykonania zobowiązania, bowiem brak tego dodatkowego zabezpieczenia nie będzie się wiązał z brakiem możliwości złożenia oferty.

Z powyższych ustaleń Izby wynika w sposób niewątpliwy, że „Zabezpieczenie bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji - waga 5” stanowi nadmiarowe zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia ponad 10 % limit określony na podstawie powołanego przepisu prawa, który to zresztą na poziomie maksymalnym został określony przez Zamawiającego w sekcji III.1.1) pkt. 2 ogłoszenia.

Powyższe ukryte, dodatkowe zabezpieczenie terminowości wykonania przedmiotu umowy o roboty budowlane w istocie nie spełnia ustawowego celu kryterium oceny ofert, które odnosi się do przedmiotu zamówienia.

Nadto, Izba doszła do przekonania, że okoliczność potencjalnego zagrożenia terminu wykonania zadania, nie uzasadnia możliwości naruszenia ustawy Pzp.

Nie może również stanowić motywacji do utrzymania takiego kryterium oceny ofert fakt, że wykonawca nie jest z tego powodu narażony na odrzucenie jego oferty.

Idąc dalej, Izba stanęła na stanowisku, że opisane w powyższy sposób kryterium oceny ofert z racji jego opisanie w sposób niejednoznaczny stanowiło naruszenie przez Zamawiającego zasady wynikającej z art.7 ustawy Pzp, bowiem nie zapewniało zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe kryterium postawiło w nierównej sytuacji wykonawców mających ograniczone możliwości finansowe ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia kontraktu wobec tych, którzy znajdują się w lepszej sytuacji finansowej i są w stanie ponieść dodatkowe koszty związane z realizacją kontraktu.

Objęcie dodatkowym, niemieszczącym się w treści art.91 ust.2 ustawy Pzp kryterium oceny ofert polegającym na dodatkowym zabezpieczeniu bezwarunkowego dotrzymania zadeklarowanego w ofercie terminu realizacji należało uznać za bezzasadne.

Według zapatrywania Izby sporne kryterium jedynie dalece pośrednio odnosiło się do przedmiotu zamówienia, co mogłoby się przejawiać w aspekcie jego związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Związek ten jednak nie jest na tyle ścisły, aby można było

kwestionowane kryterium potraktować za odnoszące się do przedmiotu zamówienia w myśl przepisu art.91 ust.2 ustawy Pzp

Poza tym wymaga wskazania, że kryterium takie dotyczy także właściwości wykonawcy, a ściślej jego zdolności do terminowego wykonania przedmiotu zamówienia i jego możliwości finansowych poniesienia dodatkowego ciężaru obciążenia zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, co koliduje z przepisem art.91 ust.3 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.473 § 2 k.c. w zw. z art. 58 ust.1 k.c. w zw. z art.14 ustawy Pzp, art.353¹ k.c. Izba potraktowała go, jako za zbyt daleko idący z racji braku zaskarżenia przez Odwołującego postanowień SIWZ w zakresie treści kontraktowej. Zaskarżona była jedynie treść ogłoszenia, która nie zawierała warstwy umownej, która mogłaby być przedmiotem oceny Izby.

Ostatecznie Izba nie uznała zarzutu samoistnego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.48 ust.2 pkt. 10 ustawy Pzp, bowiem kryterium zarówno ceny, jak i terminu realizacji nie budzą wątpliwości, a Zamawiający takie prawnie dopuszczalne kryteria ustanowił.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....