

POSTANOWIENIE
z dnia 4 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu **8 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **22 lipca 2016 r.** przez: **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin,** przy udziale wykonawcy:

- **Safege S.A.S. z siedzibą w Natterre, Francja (reprezentowana przez Safege S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2016/S 123-221108 z dnia 29.06.2016 r. na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)”, dnia 22 lipca 2016 r. zostało złożone w trybie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp pisemne odwołanie przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 21 lipca 2016 r.

Odwołanie zostało wniesione wobec zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), polegającej na określeniu w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy), w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, która to zmiana została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13 lipca 2016 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Miasto Szczecin, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

(i) art. 22 ust. 5 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do kary umownej, niezależnie od faktu czy zasadność zobowiązania do zapłaty takiej kary umownej została stwierdzona przez niezawisły organ (sąd lub sąd polubowny) i niezależnie od faktu, czy kara taka została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie winy, czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie ryzyka;

(ii) art. 22 ust. 4 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób niejednoznaczny, tj., poprzez sformułowanie otwartego katalogu okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane;

(iii) z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców tj. poprzez wskazanie, iż podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia;

(iv) art. 57 ust. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE seria L 2014 r. Nr 94, s. 65 - dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 57 ust. 4 lit c) i g) Dyrektywy 2014/24/UE poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który pozbawia wykonawców prawa do skorzystania z instytucji self-cleaningu.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, oraz nakazanie zamawiającemu, aby dokonał zmiany w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit. b) SIWZ (str. 7 SIWZ) oraz Sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu nadając im brzmienie:

„W celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust 5 ustawy):

- wykaże wszystkie umowy na usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub inne równoważne przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), w których:

1) prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego stwierdzono obowiązek zapłaty przez wykonawcę odszkodowania z tytułu zawinonego przez wykonawcę (lub przez podmioty, za które ponosi odpowiedzialność) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, a jednocześnie łączna wysokość zasądzonych od wykonawcy odszkodowań stanowiła co najmniej 5% wartości przychodu netto ze sprzedaży obliczonego jako średnia z ostatnich trzech lat obrotowych,

2) prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego stwierdzono, że wykonawca z winy własnej (lub podmiotów za które ponosi odpowiedzialność) nie wykonał zobowiązania.

Wykonawca, w stosunku do którego zaistnieje przypadek, o którym mowa powyżej zostanie wykluczony z postępowania, przy czym Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności

uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia," ewentualnie:

„W celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

- wykaże wszystkie umowy na usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub inne równoważne przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie), w których:

1) naliczono w sposób zasadny (a) karę umowną bądź (b) odszkodowanie z tytułu zawinonego przez wykonawcę (lub przez podmioty, za które ponosi odpowiedzialność) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, a jednocześnie łączna wysokość naliczonych zasadnie kar umownych bądź odszkodowań stanowiła co najmniej 5% wartości przychodu netto ze sprzedaży obliczonego jako średnia z ostatnich trzech lat obrotowych,

2) wykonawca z winy własnej (lub podmiotów za które ponosi odpowiedzialność) nie wykonał zobowiązania.

Wykonawca, w stosunku do którego zaistnieje przypadek, o którym mowa powyżej zostanie wykluczony z postępowania, przy czym Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia."

Odwołujący wnosił również o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto wnosił o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. [dowodów odwołujący nie wskazał]

Odwołujący stwierdził, że termin na wniesienie odwołania został dochowany, gdyż zmiana SIWZ została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13 lipca 2016 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 lipca 2016 r. i poprzez opublikowanie kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego - do postępowania odwoławczego zgłosił w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - w dniu 22 lipca 2016 r. pisemne przystąpienie, (w kopii przekazane stronom) wykonawca: Safège S.A.S. z siedzibą w Natterre, Francja (reprezentowany przez Safège S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa - po stronie odwołującego).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący podał, że jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp w związku z art. 179 ust. 2 ustawy Pzp, jest legitymowany formalnie do wniesienia odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku odwołującego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

ZARZUT I - NARUSZENIA ART. 22 UST. 5 PZP w zw. z ART. 7 UST. 1 PZP
POPRZEZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU w POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (w ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB, KTÓRY JEDNĄ Z PODSTAW WYKLUCZENIA WYKONAWCY CZYNI OKOLICZNOŚĆ W POSTACI ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY DO KARY UMOWNEJ, NIEZALEŻNIE OD FAKTU CZY ZASADNOŚĆ ZOBOWIĄZANIA DO ZAPŁATY TAKIEJ KARY UMOWNEJ ZOSTAŁA STWIERDZONA PRZEZ NIEZWISŁY ORGAN (SĄD LUB SĄD POLUBOWNY) I NIEZALEŻNIE OD FAKTU, CZY KARA TAKA ZOSTAŁA UISZCZONA W ZWIĄZKU Z ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ODSZKODOWAWCZĄ PONOSZONĄ PRZEZ WYKONAWCĘ NA ZASADZIE WINY CZY TEŻ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ODSZKODOWAWCZĄ PONOSZONĄ PRZEZ WYKONAWCĘ NA ZASADZIE RYZYKA.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w dniu 13 lipca 2016 r. dokonał zmiany SIWZ (odniesieniu do opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu podanego w rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit. b) SIWZ) i określił, iż „w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

- warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- *niewykonane lub*
- *wykonane nienależycie albo*

przedstawi informację o tym, że wszystkie usługi, o których mowa wyżej wykonał należycie.

Wykonawca, który nie wykonał usługi albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

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

W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności zobowiązany jest złożyć stosowne oświadczenie także w zakresie wszystkich usług realizowanych przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z pkt 3 ppkt 2 lit b siwz. Pkt 3 ppkt 2 lit b zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia."

Odwołujący podnosił, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został ustanowiony celem dokonania weryfikacji rzetelności wykonawcy. Zgodnie z literalnym znaczeniem, „rzetelny” to: „1) należycie wykonujący swoją pracę, solidnie wypełniający przyjęte na siebie obowiązki; sumienny, solidny, godny zaufania 2) wykonany w sposób dokładny, należyty, porządkowy, właściwy, solidny; 3) zgodny z prawdą, nieudawany; prawdziwy, autentyczny” (za Słownikiem Języka Polskiego). Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć w szczególności solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności jest związany z zazwyczaj profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidnością działań w ramach wykonywanej profesji.

Zdaniem odwołującego - dokonaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy, o której mowa w postanowieniach art. 22 ust. 5 Pzp - nie może zatem służyć okoliczność polegająca na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty kary umownej. Opisanie w powyższy sposób warunku

udziału w postępowaniu wskazuje bowiem, iż już samo zdarzenie polegające na zobowiązaniu przez wierzyciela (zamawiającego) swojego dłużnika (wykonawcy) do zapłaty kary umownej będzie wyznaczało podstawę faktyczną niespełnienia warunku, a w konsekwencji prowadziło do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Przy tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu jednostronne stanowisko danego zamawiającego (w tym także zamawiającego prowadzącego dane postępowanie) w przedmiocie zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania niezależnie od faktu, czy roszczenie (materialnoprawne) o zapłatę kar umownych w świetle prawa w ogóle powstało. Z tego też powodu zobowiązanie do zapłaty kar umownych w ogóle nie powinno stanowić podstawy faktycznej przy dokonywaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Takie opisanie warunku powoduje, iż jedynie samo subiektywne przekonanie danego zamawiającego (w tym zamawiającego prowadzącego postępowanie) o zasadności kary umownej znajduje wyraz w zobowiązaniu swojego wykonawcy (dłużnika) do zapłaty takiej kary będzie decydowało o wykluczeniu wykonawców. Takie działanie w opinii odwołującego nie da się pogodzić ani z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego, ani z zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). W związku z powyższym jedynie zobiektywizowane (tj. niezależne od którejkolwiek stron stosunku cywilnoprawnego) stwierdzenie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy może stanowić podstawę oceny rzetelności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też powodu warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia (w zakresie weryfikacji rzetelności wykonawcy) - powinien odnosić się do odszkodowań zasądzonych od wykonawców prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego. Tylko tak dokonane stwierdzenie obowiązku zapłaty odszkodowania nosi walor obiektywizmu i bezstronności i nie uzależnia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu od swobodnego uznania samego zamawiającego. Ponadto według odwołującego - stwierdzenie orzeczeniem sądowym obowiązku zapłaty odszkodowania powinno dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca ponosił odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na zasadzie winy.

Odwołujący argumentował, że normatywny zakres rzetelności, o której mowa w art. 22 ust. 5 Pzp, jako cechy wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jest immanentnie związany ze stroną podmiotową odpowiedzialności cywilnej, jaką ponosi wykonawca z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (z kontraktu). Strona podmiotowa odpowiedzialności wykonawcy, czyli wina, jest drugim (obok szkody, jako

strony przedmiotowej) elementem składowym instytucji odpowiedzialności cywilnej. W tym kontekście - samo tylko zobowiązanie do zapłaty kary umownej (jej naliczenie) - nie jest znamięm braku rzetelności wykonawcy, gdyż kara umowna (zresztą również jak odszkodowanie) nie musi być następstwem działania zawinionego przez wykonawcę. Regułą odpowiedzialności cywilnej jest wprawdzie ponoszenie odpowiedzialności na zasadzie winy (art. 471 K.c.), jednakże na podstawie art. 473 § 1 K. c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W świetle obowiązującego prawa możliwe jest zatem umowne rozszerzenie odpowiedzialności nawet do odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie ryzyka, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo sądowe. Jak orzekł Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku z dnia 8 sierpnia 2015 r. (sygn. akt II Ca 475/15): Za jak najbardziej dopuszczalną należy uznać możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Analogicznie orzekł Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygn. akt I ACa 847/14) stwierdzając, iż: Co do zasady kara umowna nie należy się wierzycielowi w sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania, gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. W razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (art. 473 § 1 k.c.) ten płaci umowną karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego, od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba, że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia, w granicach swobody umów (art. 353(1) k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone, dłużnik może odpowiadać na zasadzie ryzyka.

Odwołujący kontynuował, że sama zatem kara umowna nie może być znamięm nierzetelności wykonawcy. W związku z art. 473 § 1 K. c. i możliwością umownego rozszerzenia odpowiedzialności kara umowna może całkowicie się oderwać od winy wykonawcy i być przez niego zapłaconą z uwagi na okoliczności od niego niezależne, za które jednak przyjął odpowiedzialność umowną. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 20 maja 2014 r. (sygn. akt I ACa 1502/13): Przepis art. 473 K.c. dopuszcza możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też żadnych przeszkód, aby strony umowy się, że odszkodowanie to przybierze postać kary umownej.

Odwołujący podtrzymał, że z uwagi na powyższe uregulowania prawne weryfikacja rzetelności wykonawcy za pomocą warunku udziału w postępowaniu nie może się dokonywać tylko poprzez weryfikację faktu zobowiązania do zapłaty kary umownej. Koniecznym jest zbadanie, czy kara taka została naliczona w związku z odpowiedzialnością wykonawcy ponoszoną na zasadzie winy co może znamionować brak rzetelności, czy też na zasadzie ryzyka.

Dodatkowo odwołujący podnosił, iż takiemu opisywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak ma to miejsce w przypadku danej SIWZ i Ogłoszenia sprzeciwia się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TS” lub „Trybunał”) ukształtowane jeszcze pod rządami dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE seria L Nr 134 z 30.4.2004, str. 114 - dalej: „Dyrektywa 2004/18/WE”). Art. 45 tej dyrektywy (zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”) zawiera kryteria wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania. Art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE przewiduje, że udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE został transponowany do prawa polskiego poprzez postanowienia art. 24 ust. 2a Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Powyższe brzmienie art. 24 ust. 2a Pzp zdeterminował wyrok TS z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.), który ostatecznie wskazał, iż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) Dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie

udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. W wyroku tym TS stwierdził jednoznacznie, że jednak pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

Z powyższego odwołujący wywodził, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie może automatycznie utożsamiać jakiegokolwiek kary umownej z przejawem braku rzetelności wykonawcy i sankcjonować wykonawcy wykluczeniem z postępowania. Dodatkowo wskazał, iż automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku stwierdzenia przypadku naliczenia mu kary umownej sprzeciwia się ugruntowanemu orzecznictwu TS.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyrok TS z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, wyrok TS z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni i Consorzio Stabile Edili*,) Dyrektywa 2004/18/WE nie zabrania państwom członkowskim wprowadzenia innych podstaw wykluczenia niż podstawy określone w art. 45 ust. 2 dyrektywy, które nie są oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych przedsiębiorców, o ile środki te są proporcjonalne do zamierzonego celu. Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyrok TS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*; a także wyrok TS z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP i Santorso*,) prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, automatyczne odrzucanie ofert lub stosowanie środków nieproporcjonalnych do założonego celu. Zatem zgodnie z orzecznictwem TS działanie, które może dyskwalifikować wykonawców z ubiegania się o zamówienia musi być przede wszystkim poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych wiążącym się z przypisaniem winy wykonawcy. Prawodawca polski doprecyzował, że ww. zachowaniem jest w szczególności sytuacja, gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Przez pojęcie „zamierzonego działania” rozumieć należy funkcjonowanie podmiotu, któremu w zakresie tego działania można przypisać winę

umyślną. Natomiast pojęcie „rażącego niedbalstwa” oznacza działania obarczone winą nieumyślną, tj. zachowania wykonawcy, który realizując zamówienia w sposób rażący nie dochowuje staranności, jakiej można od niego oczekiwać jako profesjonalisty. Dodatkowo, odwołujący podnosił, że dla wykluczenia nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, a wykroczenia poważnego. Natomiast za poważne można uznać jedynie takie naruszenie, które odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga, co do zasady, przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. Jednocześnie działanie wykonawcy można byłoby ocenić jako rażąco niedbałe wtedy, gdy stopień naganności postępowania drastycznie odbiegałby od modelu właściwego w danych warunkach zachowania się wykonawcy (wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 885/15).

Zdaniem odwołującego - z brzmienia kwestionowanych postanowień zmiany SIWZ należy wnosić, iż zostanie wykluczony wykonawca, z którym zamawiający rozwiązał albo któremu wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także wykonawca który został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto. W świetle przytoczonego zapisu nie podlega zatem badaniu, w toku sprawdzenia oferty, czy wykonawca obciążony karą umowną lub inną formą odszkodowania za takie obciążenie ponosi odpowiedzialność, ani też czy odpowiedzialność z tytułu kary umownej lub innej formy odszkodowania jest efektem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Podkreślił, że zamawiający nie ukształtował w zmianie SIWZ żadnych zapisów, które umożliwiłyby mu weryfikację i ocenę rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawców w świetle wszystkich dodatkowych informacji i wyjaśnień o zadaniach niewykonanych bądź wykonanych nienależycie. Wykonawcy bowiem nie zostali zobligowani do podania przyczyn, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania danej usługi.

Uznał, iż zamawiający zaniechał tym samym kompleksowej oceny sytuacji wykonawcy, co w konsekwencji nie pozwala na zgodne z prawem sformułowanie wniosku o wykluczeniu (bądź nie) wykonawcy z postępowania. W kontekście obecnie obowiązującego zapisu SIWZ, zamawiający będzie podejmował decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania - nie biorąc pod uwagę oceny wykroczeń zawodowych pod kątem

niewywiązywania się wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w takim stopniu, który podważa zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Z wyżej przedstawionej argumentacji odwołujący wywiódł, że ustalony sposób oceny warunku udziału, który automatycznie pozwala zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy, tj. bez możliwości dokonania oceny tego, czy kara umowna czy inna forma odszkodowania została naliczona zasadnie, w szczególności bez orzeczenia właściwego sądu, jak również bez odniesienia wysokości tej kary umownej do całej działalności wykonawcy tj. wszystkich zrealizowanych przez niego umów, a tylko w odniesieniu do danej umowy - jest niedopuszczalny zarówno w świetle przepisów Pzp jak i prawa unijnego.

Odwołujący zaznaczał, że tylko przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a Pzp, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikację przesłanki ustawowej (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 142/15).

ZARZUT II - NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOTYCZACEGO POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB SPRZECZNY Z ZASADĄ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW TJ. POPRZEZ WSKAZANIE, IŻ PODSTAWĄ WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA BĘDZIE KARA UMOWNA W KWOCIE OPISANEJ WARTOŚCIĄ BEZWZGLĘDNĄ NIEODNIESIONĄ (JAKO PROCENT) DO KWOTY PRZYCHODÓW OSIĄGNIĘTYCH PRZEZ WYKONAWCÓW ZE ŚWIADCZENIA USŁUG STANOWIĄCYCH PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA.

Odwołujący zaznaczał, że w modyfikacji SIWZ zamawiający wskazał, iż: *za usługi lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.*

Odwołujący uznał taki sposób opisanego warunku jako dyskryminujący dla wykonawców większych - prowadzących działalność na większą skalę. Wskazanie, że podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia powoduje całkowite wypaczenie celu tak sformułowanego warunku, czyli badania rzetelności wykonawcy. W przypadku wykonawców prowadzących działalność na większą skalę naliczenie kary

umownej może stanowić niewielki procent (lub nawet promil) ich aktywności, zaś ta sama kara umowna wyrażona kwotowo, w przypadku wykonawców mniejszych może oznaczać, iż są po prostu nierzetelni. Jako przykład odwołujący podał, że wykonawca, któremu naliczono kary umowne na kwotę 10.000 PLN w okresie 3 lata, który zrealizował w tym czasie usługi na kwotę 100.000.000 PLN dopuścił się nienależytego wykonania zamówienia na 1% wartości swoich usług. Wykonawca, który w tym samym czasie wykonał zamówienia jedynie na 100.000 PLN nie zrealizował należycie 10% swoich usług. Ponadto według odwołującego - tak opisany warunek udziału w postępowaniu powoduje, iż nawet jednorazowe naliczenie kary umownej jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy z postępowania chociażby w badanym okresie wzorowo wykonał kilkanaście czy też kilkadziesiąt innych zamówień. Trudno jednorazowy przypadek - „zobowiązania do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania” uznać za okoliczność przesądzającą o tym, że dany wykonawca jest wykonawcą nierzetelnym bez odniesienia się do skali działalności tego wykonawcy i doniosłości takiego przypadku ocenianej z punktu widzenia całokształtu usług wykonywanych przez tego wykonawcę.

ZARZUT III - NARUSZENIA ART. 22 UST. 4 PZP w zw. z ART. 7 UST. 1 PZP POPRZEZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY, T.J. POPRZEZ SFORMUŁOWANIE OTWARTEGO KATALOGU OKOLICZNOŚCI TRAKTOWANYCH JAKO USŁUGI NIEWYKONANE LUB NIENALEŻYCIE WYKONANE

Odwołujący podtrzymał, że zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji wykonawców powinna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie zamawiający. Rolą zamawiającego jest konkretyzacja i sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, w sposób który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcom pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełniania warunków.

Odwołujący argumentował, że odszkodowanie może przyjmować wielorakie formy rekompensaty dla wierzyciela, a w opisie warunku udziału brak jest definicji odszkodowania. Biorąc pod uwagę powyższe uznał, iż określenie „inne formy odszkodowania” jest użyte na tyle nieprecyzyjnie, iż nie ma możliwości ustalić o jaką dokładnie odpowiedzialność chodzi. Przyjęcie w tym względzie definicji z K.c. powodowałoby znaczne rozszerzenie katalogu form odszkodowania przywołanych w SIWZ i Ogłoszeniu, a tym samym katalogu podstaw do wykluczenia wykonawcy w sposób pozostający w sprzeczności zarówno z przepisami ustawy Pzp, jak i Dyrektywy 2014/25/UE.

Za sprzeczne z zasadą prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji uznał także nadanie w zaskarżanej zmianie SIWZ takiej treści warunku, które wyznacza otwarty katalog zdarzeń (okoliczności), które zamawiający będzie traktował jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane. Zamawiający wskazał bowiem, że za takie usługi „uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto”. W związku z taką treścią warunku udziału w postępowaniu zachodzi niepewność jakie jeszcze zdarzenia zamawiający uzna za tego rodzaju przypadki, co godzi w prawa wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, które podtrzymuje pogląd o konieczności jednoznacznego opisu warunku udziału w postępowaniu. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2895/13) Warunki szczegółowe (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) muszą być - ze względu na sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, prowadzącą do przekreślenia szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia - jednoznaczne. Analogicznie, w wyroku z dnia 2 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2223/13) KIO zwróciła uwagę, że Opis warunku udziału w postępowaniu musi być jednoznaczny, nie może powodować swobody przy jego interpretacji, co zachwiałoby zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Im precyzyjniej jest opisany warunek udziału w postępowaniu, tym mniej wątpliwości może wystąpić przy ocenie spełniania tego warunku. Wreszcie, w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1711/12), KIO stwierdziła, że Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca, aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane.

ZARZUT IV - NARUSZENIA ART. 57 UST. 6 w zw. Z ART. 57 UST. 4 LIT C) I G) DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE Z DNIA 26 LUTEGO 2014 R. w SPRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, UCHYLAJĄCEJ DYREKTYWĘ 2004/18/WE (DZ. URZ. UE SERIA L 2014 R. NR 94, S. 65), POPRZEZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB, KTÓRY POZBAWIA WYKONAWCÓW PRAWA DO SKORZYSTANIA Z INSTYTUCJI SELF -CLEANINGU.

Celem wyczerpania krytyki zaskarżanych czynności zamawiającego - odwołujący zwrócił uwagę, iż kwestionowany warunek udziału w postępowaniu narusza normy prawa Unii Europejskiej, tj. art. 57 ust. 6 w zw. z art. 57 ust. 4 lit c) i g) Dyrektywy 2014/24/UE. Zdaniem odwołującego zaskarżony warunek udziału w postępowaniu został skonstruowany przez zamawiającego w sposób prowadzący do obejścia wskazanych powyżej przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Skutek prawny zaskarżanych postanowień SIWZ i Ogłoszenia w postaci obejścia prawa UE przejawia się w tym, że postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu powoduje, iż bezprzedmiotowe i niemożliwe do zastosowania stają się postanowienia art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z treścią zaskarżanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca, w stosunku do którego zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto - zostanie wykluczony z postępowania. W wymiarze formalnoprawnym podstawą prawną takiego wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który stanowi o wykluczeniu z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Według odwołującego tak skonstruowany warunek powoduje jednakże, iż bezprzedmiotowe stają się uprawnienia wykonawców opisane w Dyrektywie 2014/24/UE. Zgodnie z 57 ust. 4 tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli:

(a) instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość (art. 57 ust. 4 lit c Dyrektywy 2014/24/UE) bądź

(b) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji (art. 57 ust. 4 lit g Dyrektywy 2014/24/UE).

Obie wskazane przesłanki, pomijając różnice semantyczne pomiędzy ustawą Pzp, a Dyrektywą 2014/24/UE, odnoszą się do przypadków nienależytego wykonywania zamówień

przez wykonawców, a zatem swoim zakresem przedmiotowym pokrywają się z warunkiem udziału w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

W przypadku jednakże podstaw wykluczenia wskazanych w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, prawo unijne gwarantuje wykonawcom uprawnienie do skorzystania z instytucji tzw. self-cleaningu (samooczyszczenia) uregulowanej w art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE. Jak stanowi przywołany przepis każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. Self-cleaning jest prawem wykonawcy zagwarantowanym Dyrektywą 2014/24/UE i prawo krajowe zharmonizowane z prawem UE powinno uwzględniać tą instytucję. Z tego też powodu jako sprzeczne z Dyrektywą 2014/24/UE uznawał odwołujący działania zamawiających, które wykorzystując instytucję warunków udziału w postępowaniu pozbawiają wykonawców uprawnienia przyznanego postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowym przypadku wykonawca, z którym zamawiający rozwiązał, albo któremu wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także wykonawca który został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, zostanie wykluczony z postępowania. Ocena tego wymagania dokonywana przez zamawiającego będzie jednakże sprowadzać się do weryfikacji wykazu usług, a zamawiający nie przewiduje w SIWZ, ani też w Ogłoszeniu procedury z art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Odwołujący wywodził, że Dyrektywa nie jest wprawdzie, co do zasady, aktem prawnym bezpośrednio skutecznym w przepisach prawa krajowego i wymaga transpozycji do krajowych porządków prawnych państw członkowskich, tym nie mniej w określonych sytuacjach wskazywanych w orzecznictwie TS dyrektywa, jako akt prawny, wywołuje skutek

bezpośredni. Jak podkreśla judykatura TS, we wszystkich przypadkach, gdy przepisy dyrektywy wydają się, z punktu widzenia ich treści, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, można się na nie powołać w razie niewprowadzenia środków wykonawczych w wyznaczonych terminach, wobec wszelkich przepisów krajowych niezgodnych z dyrektywą, bądź też wtedy, gdy charakter przepisów dyrektywy pozwala określić uprawnienia, jakich osoby fizyczne mogą dochodzić od państwa.

Odwołując przywołał wyrok sygnatura C-236/92 (Comitatodi Coordinamento per la DifeSaDella Cava v Regione Lombardia), TS wskazał, że: „jeżeli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”. Zbliżone stanowisko wyrażone zostało przez TS w wyroku C-148/78 (Publico Ministerio vs. Ratti), w którym TS orzekł, iż „Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy. (...) Ponadto, w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego.”

Odwołujący zaznaczał, że z przypadkiem takim mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Po pierwsze, wskazał, iż termin transpozycji Dyrektywy 2014/24/UE minął z dniem 18 kwietnia 2016 r. (art. 90 ust. 1 Dyrektywy). Pomimo tego do dnia dzisiejszego nie weszły w życie przepisy krajowe wprowadzające do prawa polskiego postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE. Tym samym spełniony zostaje pierwszy z warunków bezpośredniego stosowania dyrektywy opisywany w orzecznictwie TS, tj. upływ terminu na transpozycję dyrektywy do prawa krajowego. Po drugie, Dyrektywa 2014/24/UE przyznaje wykonawcom jednoznacznie określone uprawnienia w zakresie procedury self-cleaningu, co oznacza, iż mogą się oni powoływać na dyrektywę wprost.

Odwołujący nie przeczył, że zamawiający wprowadzając w treści zaskarżanej zmiany SIWZ wskazał, że dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.” Jednakże w opinii odwołującego zapis ten nie oddaje istoty uprawnienia wykonawców do self-cleaningu wynikającej z postanowień art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Z zapisu tego wynika bowiem, iż zamawiający będzie dokonywać weryfikacji podstaw wykluczenia w oparciu o informacje przekazane przez wykonawców w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Dyrektywa 2014/24/UE gwarantuje wykonawcom prawo do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów, niezależnie od informacji przekazanych pierwotnie zamawiającemu. Jak stanowi motyw 102 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE: *„Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczony jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.”* Z kolei przepis art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE również jednoznacznie przewiduje, że każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Uprawnienie to powinno być zatem wyrażone w SIWZ, a zamawiający winien jednoznacznie określić w treści SIWZ, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron i uczestnika, w trybie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszeń o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokonanej zmiany SIWZ.

Z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp Izba dopuściła dowód z akt spraw odwoławczych o sygnaturach KIO 1220/16 i KIO 1243/16.

Kwestionowane odwołaniem postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w wersji opublikowanej w dniu 29 czerwca 2016r. miały następujące brzmienie.

Rozdział V SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków - punkt 3 ppkt 2) Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym zgodnie z pkt 3.2) lit. b:

b) w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy): warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- niewykonane lub
- wykonane nienależycie lub
- na podstawie których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub

innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie prace wykonał należycie i nie zobowiązano go do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł.

Wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł, lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

Przez usługi niewykonane lub nienależycie wykonane Zamawiający uzna w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał, wypowiedział umowę lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Identyczne postanowienia jak wyżej - zawiera ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE TED 2016/S 123-221108 z dnia 29.06.2016 r. w Sekcji III 2.3) Kwalifikacje techniczne podpunkt 3.2) lit. b.

Na przytoczane wyżej postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, opublikowane w dniu 29 czerwca 2016r. w dniu 7 i 8 lipca 2016 r. zostały wniesione odwołania przez wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVETST S.A. ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin; sygn. akt KIO 1243/16
2. Safège S.A.S. z siedzibą w Naterre, Francja (reprezentowana przez Safège S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa; sygn. akt KIO 1220/16

Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVETST S.A. zarzucało zamawiającemu naruszenie:

„1) *art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez:*

- a) *skorzystanie z w/w przepisu w oderwaniu od warunków udziału w postępowaniu i określenie na jego podstawie dodatkowych zasad weryfikacji predyspozycji wykonawców w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia i w stosunku do niego nieproporcjonalny poprzez wskazanie, iż wykonawca, którego w związku z wykonywaniem poprzednich zamówień zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania wszystkich umów zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, w łącznej wysokości co najmniej 500 zł, lub który nie wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania,*
- b) *jego błędne zastosowanie polegające na obejściu przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp;*
- c) *bezpodstawne utożsamienie przewidzianej tym przepisem możliwości badania należytości wykonania zamówień z możliwością wykluczenia każdego wykonawcy, który z dowolnych przyczyn (także bez nienależytego wykonywania świadczenia) zapłacił karę umowną.*

2) *art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez próbę jego ominięcia wskutek wskazania w Ogłoszeniu i SIWZ, że wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty jakichkolwiek i kar umownych (niezależnie od podstaw i ich związku lub braku z nienależytością świadczenia) lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania, podczas gdy przepis art. 24 ust. 2a pozwala Zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który jedynie poważnie naruszył obowiązki zawodowe, Zaniechanie badania faktu winy i ważenia czy naruszenie jest poważne nie może być podstawą wykluczania wykonawców niezależnie od przyjętej podstawy prawnej gdyż zarówno prawo krajowe, jak i dyrektywy UE oraz orzecznictwo TSUE dopuszcza fakt wykluczenia tylko w okolicznościach które odwzorowuje w prawie polskim art. 24 ust 2a);*

3) *art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwane dalej Rozporządzeniem) poprzez nie żądanie wykazu usług na podstawie, których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł podczas gdy przepis § 1 ust. 4 Rozporządzenia zezwala jedynie na żądanie przypadku, o którym mowa w ust 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy*

4) *w konsekwencji powyższych naruszeń dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i uniemożliwiający złożenia ofert wykonawcom, którzy wykonują tego rodzaju zamówienia; a także naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący wnosi o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia postanowień SIWZ i ogłoszenia do zgodności z przepisami prawa, w tym:*

1) *wykreślenie w sekcji III.2.3) pkt. 3.2) lit. b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale V ust. 3 pkt. 2 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) dotyczącego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w celu zweryfikowania rzetelności wykonawców; (...)*

UZASADNIENIE. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 na usługę pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego. Zamawiający ustalając opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, określił w Rozdziale V ust. 3 pkt. 2 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz sekcji III.2.3) pkt. 3.2) lit. b) Ogłoszenia o zamówieniu, dotyczących opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w celu zweryfikowania rzetelności wykonawców (art. 22 ust, 5 ustawy Pzp), że warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub Innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale: - niewykonane lub - wykonane nienależycie lub - na podstawie których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł albo przedstawi informację o tym, że wszystkie prace wykonał należycie i nie zobowiązano go do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł. Wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania. Przez usługi niewykonane lub nienależycie wykonane Zamawiający uzna w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał, wypowiedział umowę lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

II. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 22 ust. 5 ustawy Pzp badanie rzetelności wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie, uprawnia do badania rzetelności przy wykonywaniu zamówień, które stanowią warunek udziału w postępowaniu, nie zaś rzetelności przy wykonywaniu wszelkich dotychczasowych zamówień. Powyższa wykładania przepisu została potwierdzona przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. w wyroku KIO z dnia 27 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1112/13, KIO 1113/13, KIO 1114/13, w którym Izba wskazuje Rzeczone warunki stawiane przez zamawiającego (określane w terminologii ustawowej "opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków"), np. w zakresie wiedzy i doświadczenia, winny być więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust 4) oraz mieć na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności / doświadczenia (art. 22 ust 5). Nowo wprowadzona regulacja ww. przepisu, podkreślająca cel weryfikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zakres takiego badania, nie zmienia formalnych zasad stawiania warunków udziału w postępowaniu w dokumentach przetargowych. Każdy warunek udziału w postępowaniu, w celu umożliwienia jego egzekwowania przy pomocy art. 24 ust 2 pkt 4 P.z.p., winien być przez zamawiającego należycie opisany. Reguły opisu warunków udziału w postępowaniu weryfikujących np. rzetelność i efektywność wykonawców winny więc być takie same, jakie obowiązują i obowiązywały w przypadku dotychczas stawianych warunkach udziału w postępowaniu, w ramach których badano np. kwalifikacje i doświadczenie wykonawców. Warunki te mają więc być nie tylko materialnie jasne i dookreślone, niedyskryminujące, nieograniczające

nadmiernie konkurencji (...) etc. ale także określony winien być adekwatny do warunków, wymagany przez zamawiającego sposób ich wykazywania i dokumentowania.

Należy wskazać, iż Zamawiający w kwestionowanym przez Odwołującego zapisie dotyczącym reguł opisu warunków udziału w postępowaniu weryfikujących np. rzetelność i efektywność wykonawców nie są takie same jak w opisie warunków udziału w postępowaniu dotyczących spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wadliwie stosuje art. 22 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego odniesienie do usług innych niż objęte warunkiem udziału w postępowaniu. W celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający żąda wykazania jednej usługi głównej, za którą uzna: zarządzanie kontraktem oraz nadzorowanie, koordynację, kontrolę i rozliczanie robót budowlanych, którego przedmiotem były:

aa budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy prawo budowlane) drogi publicznej klasy minimum Z o długości minimum 1 km wraz z infrastrukturą techniczną, oraz

ab budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy prawo budowlane) torowiska tramwajowego o długości minimum 500 mb, oraz

ac budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy prawo budowlane) skrzyżowania typu rondo o promieniu wewnętrznym minimum 30 m.

zrealizowaną wg „Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” Międzynarodowej Federacji inżynierów Konsultantów FIDIC lub innego równoważnego uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego.

Natomiast w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy Zamawiający żąda od wykonawców wykazu wszystkich usług zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł. Zważywszy na powyższe zapisy SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu, należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób nadmierny określił zasady zweryfikowania rzetelności wykonawcy, żądając zbyt ogólnego otwartego katalogu usług, do których wykazania byłby zobligowany wykonawca. Warunek ten de facto zmusza do wykazania nie tylko usług, których przedmiot proporcjonalnie odpowiada przedmiotowi zamówienia w Postępowaniu oraz warunkach spełnienia wiedzy i doświadczenia ale także dyskryminuje wykonawców posiadających znaczne doświadczenie w realizacji usług o dużej wartości i wysokim stopniu skomplikowania, znacznie przekraczającym doświadczenie wymagane przy realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu. Przy realizacji umów, których przedmiot stanowi wykonywanie funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót

budowlanych o znacznym stopniu skomplikowania, ryzyko naliczenia kar umownych jest znacznie większe i w żaden sposób nie oznacza, że wykonawca taki jest niezdolny do należytego wykonania umowy. Powyższy zapis wręcz może wykluczyć wykonawców, którzy w sposób należyty gwarantują należyte wykonanie przedmiotu zamówienia niniejszego Postępowania.

III. Należy również wskazać, iż wskazany w rozdziale V ust. 3 pkt. 2 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz sekcji III.2.3) pkt. 3.2) lit, b) Ogłoszenia o zamówieniu wymóg braku zobowiązań wykonawcy do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł jest wymogiem znacząco nieproporcjonalnym. Przez proporcjonalność kryteriów należy rozumieć zapewnienie wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu niedyskryminującego dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Postawiona przez Zamawiającego dopuszczalna granica kar umownych w wysokości 500 zł jest progiem pozornym i jest całkowicie nieproporcjonalna do potrzeb wynikających z przedmiotu zamówienia. Tak postawiony warunek wyeliminuje szereg potencjalnych wykonawców, którzy pomimo posiadania znacznie większego od wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w należywym wykonywaniu przedmiotowej usługi, a została im naliczona niska kara umowna za uchybienia nie mające znaczenia z punktu widzenia jakości realizacji zamówienia, np. za brak prawidłowego oznakowania logo EFS i symbolem UE elementów dostarczanych urządzeń lub za zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą bez zgody zamawiającego. Kwestionowana przez Odwołującego wysokość 500 zł kar umownych naliczonych łącznie za wszystkie umowy na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500 000,00 zł zrealizowanej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, spowoduje, że bezpodstawnie w uprzywilejowanej sytuacji będą wykonawcy nie realizujący usługi o wartości brutto równej lub większej niż 500 000,00 zł, gdyż w praktyce nie będą musieli podlegać zweryfikowaniu rzetelności, a przynajmniej nie w tak nadmierny sposób jak wykonawcy realizujący usługi o wartości 500 000,00 zł. Wobec powyższego przepis art. 22 ust. 5 został zastosowany przez Zamawiającego z naruszeniem zasad proporcjonalności.

IV. Zgodnie z § 1 ust. 4 Rozporządzenia w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu

zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. Z brzmienia powyższego zapisu wynika, iż brak jest podstaw do żądania przez Zamawiającego wykazu usług na podstawie, których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł. Żądanie powyższego dokumentu nie jest niezbędne do prowadzenia postępowania, a przygotowanie go przez wykonawców wiązałoby się z nieuzasadnioną niedogodnością dla wykonawców chcących wziąć udział w przetargu. Należy wskazać, iż nie można utożsamiać naliczenie kary umownej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naliczenie kary umownej może wynikać np. z przyjęcia przez wykonawcę na siebie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, i w konsekwencji konieczność naprawienia szkody powstałej podczas realizacji umowy nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy z postępowania, z tytułu niezawinionego przez wykonawcę opóźnienia w realizacji dowolnego uprzedniego zamówienia.

V. Zamawiający w powyżej wskazanych zapisach Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dotyczących zweryfikowania rzetelności wykonawcy, czyli stosując art. 22 ust. 5 ustawy Pzp posługuje się pojęciami usługi niewykonanej lub nienależycie wykonanej. Należy podkreślić, iż ratio legis przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia gdyż nie są m. in. nierzetelni i nieefektywni. Jednakże przepis ten nie zezwala by badanie rzetelności wszelkich dotychczasowych zamówień służyło zastąpieniu normy z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy poważnie naruszają obowiązki zawodowe. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, jedynie po zbadaniu winy i stwierdzeniu poważnego charakteru naruszenia. Przez obejście prawa polega na takim ukształtowaniu treści czynności prawnej, która z formalnego punktu widzenia nie sprzeciwia się ona przepisom prawa, ale w rzeczywistości zmierza do osiągnięcia celów zakazanych przez prawo. W niniejszej sprawie Zamawiający zdecydował się powołać się na przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp aby osiągnąć cel w sposób, który jest zabroniony przez art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przy spełnieniu łącznie szeregu przesłanek w tym sytuacji w której wykonawca w sposób zawiniony, poważnie naruszył obowiązki zawodowe w szczególności nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, ale nie w wskutek innej winy nieumyślnej np. działania lekkomyślnego, które będzie oceniane każdorazowo co do jego przyczyn i skutków.

Należy wskazać, pojęcie obowiązków zawodowych w polskim systemie prawnym pojawia się głównie w związku z wykonywaniem pracy w określonym zawodzie. Jednak w przypadku zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przez pojęcie obowiązków zawodowych należy odnosić do podmiotu - wykonawcy - a nie osoby fizycznej wykonującej pracę. W interpretacji pojęcia obowiązków zawodowych należy uwzględnić wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact, zgodnie z którym obejmuje ono uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Tym samym w zakres naruszenia obowiązków zawodowych należy zaliczyć w szczególności uchybienie zobowiązaniom podjętym w wyniku zawarcia umowy w obrocie profesjonalnym. Metoda zastosowania art. 22 ust. 5 Pzp przez zamawiającego stoi w rażącej sprzeczności z wyrażonym przez TSUE poglądem o dopuszczalności wykluczania nierzetelnych wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia. Trybunał odniósł się w swym orzeczeniu do zasady proporcjonalności w eliminacji wykonawców i wskazał na niedopuszczalność rygoryzmu i automatyzmu w wykluczaniu, nie ma przy tym znaczenia jaki przepis prawny dla takiego rygoryzmu i automatyzmu zamawiający przywoła, wykluczenie może być skutkiem „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych a nie jakichkolwiek błahych uchybień. Użycie słowa poważne naruszenie wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. W powyżej wskazanym wyroku TSUE zajął stanowisko również w tej kwestii wskazując „pojęcie «poważnego wykroczenia» należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem”.

Ze względu na to, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są w obrocie profesjonalnym (a nie konsumenckim) od wykonawcy - dłużnika - wymagane jest dochowanie szczególnej staranności w wykonaniu zobowiązania umownego. Podwyższony od „normalnego” stopień staranności wynika z przepisów art. 355 § 2 Kc, który stanowi „należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”.

W prawie polskim pojęciem o podobnym znaczeniu do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych jest „rażące naruszenie prawa” i „rażące naruszenie umowy”, przy czym rażące

naruszenie prawa musi mieć miejsce w związku z wykonywaniem umowy o zamówienie publiczne, którego realizacja oceniana jest jako ewentualna przesłanka wykluczenia z przyszłych postępowań. W orzecznictwie sądowym wskazuje się na ogół, iż rażące naruszenie umowy to oczywiste naruszenie jednoznacznego postanowienia umowy, a przy tym takie, które koliduje z zasadą działania w dobrej wierze. Za rażące naruszenie umowy należy też uznać takie naruszenie, którego skutki są niemożliwe do zaakceptowania dla drugiej strony umowy. SN w wyroku z dnia 11 października 1994 r. I PO 11/94 odnosząc się do pojęcia rażącego naruszenia prawa zwrócił uwagę, że należy ono do tzw. zwrotów niedookreślonych, co powoduje, iż w każdym konkretnym przypadku rzeczą Sądu jest stwierdzenie, czy mamy do czynienia z tego rodzaju kwalifikowanym naruszeniem prawa, czy też nie. Oznacza to, że przyjęcie uniwersalnej wykładni pojęcia i stosowanie jej w różnych sytuacjach faktycznych będzie przesądzać o błędnym stosowaniu prawa. W konsekwencji nie sposób jest wypracować uproszczonych zasad wykluczania wykonawców z postępowań ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych, szczególnie tam, gdzie to naruszenie jest oceniane jako rażące naruszenie prawa, SN w cytowanym orzeczeniu wskazał że rozstrzygając czy doszło do rażącego naruszenia prawa postępować ze znaczną ostrożnością i stosując raczej zwiężającą interpretację.

Odnosząc się z kolei do pojęcia „rażącego naruszenia umowy SA w Szczecinie w orzeczeniu z 7 marca 2013 r. o sygn. akt I ACa 718/12 wskazał np. że nie można kwalifikować jako rażącego naruszenia umowy (a tym samym w mojej ocenie jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych) sytuacji w której strony wspólnie, decydują się na „przesunięcie terminu” rozpoczęcia robót, i trudno zarzucać wówczas jednej z nich, iż do rozpoczęcia owych robót w terminie wynikającym z umowy w rzeczywistości nie doprowadziła, Jeśli jedna ze stron nalegała na zmiany projektowe, nie może zarzucać drugiej ze stron, że to te zmiany spowodowały przekroczenie terminu realizacji umowy.

Praktyka zawierania umów o zamówienie publiczne wskazuje, że we wzorze umowy stworzonym przez zamawiającego, często jako rażące naruszenie umowy wskazywane są naruszenia o co najmniej wątpliwym z punktu widzenia jakości realizacji znaczeniu. Przykładem jest przytoczone powyżej przykłady uznania za rażące naruszenie umowy brak prawidłowego oznakowania logo EFS i symbolem UE elementów dostarczanych urządzeń, a także zawarcie przez Wykonawcę umowy z Podwykonawcą bez zgody Zamawiającego. O ile strony umowy z takimi postanowieniami zawarły - na użytek realizowanej umowy te oczywiście niewielkie uchybienia będą naruszeniami rażącymi. Jednak z punktu widzenia przepisu art. 24 ust. 2a nie będą one stanowić poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie wola stron poprzedniej umowy lecz przepis prawa powszechnego przesądza o takim charakterze czynności. O ile więc każde odstępianie od zasad

przewidzianych w umowie jest nienależytym (niezgodnym z umową) wykonywaniem zamówienia a część z nich w tej umowie będzie nawet wprost nazwana rażącym naruszeniem umowy to nie każde takie naruszenie lub nienależytość mają charakter naruszenia poważnego, a przede wszystkim nie każde z nich będzie miało charakter zawiniony.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający wskazując w kwestionowanych postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ na wykluczenie Wykonawcy, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał albo wykonał należycie zostanie wykluczony z postępowania, w rzeczywistości zastosował regulację zbliżoną w swej istocie do uznanego za niezgodną z prawem UE przepisu (uchylonego) art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy Pzp, który dopuszczał wykluczenie wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Zamawiający w ostatnim akapicie Rozdziału V ust. 3 pkt. 2 lit. b SIWZ oraz sekcji III.2.3) pkt. 3.2) lit. b) Ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, iż przez usługi niewykonane lub nienależycie wykonane Zamawiający uzna w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał, wypowiedział umowę lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. W orzeczeniu w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact, TSUE wskazał że jest to zbyt szerokie określenie podstaw odpowiedzialności tj. „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”) oraz automatyzm stosowania przepisu tj. bez możliwości oceny stanu faktycznego przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił jako przyczynę wykluczenia przyjętą na siebie konsekwencję Wykonawcy za niewykonanie lub niewykonanie umowy, nawet takie które obiektywnie nie jest jego winą, nie jest rażące i przyjęte zostało tylko w celu nie zaostrzania konfliktu umownego z wierzycielem. Ponadto Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych, co oznaczałoby umożliwienie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców „z automatu” bez możliwości oceny stanu faktycznego przez zamawiającego, co jak już wskazano, jest sprzeczne z przepisami dyrektyw i art. 24 ust. 2a, Pzp a także art. 22 ust 5 którego wykładnia nie może służyć obejściu innych przepisów prawa.

Przy właściwym zastosowaniu badania rzetelności, w tym art. 22 ust. 5 ustawy Pzp sama niemożność złożenia przez wykonawcę poświadczenia należytego wykonania zamówienia nie może stanowić automatycznego uzasadnienia dla wykluczenia wykonawcy, lecz powinna stać się przedmiotem badania zamawiającego, czy ujawniony fakt wskazuje ewentualnie na brak wystarczających kompetencji wykonawcy do wykonania udzielanego zamówienia w oparciu m.in. o informacje uzyskane od właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane. Podczas gdy Zamawiający przewiduje automatycznie wykluczenie wykonawcy który wykaże, że zobowiązano go zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.”

Wykonawca Safège S.A.S. z siedzibą w Natterre, Francja (reprezentowany przez Safège S.A.S. Oddział w Polsce) wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1220/16 od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu w ww. postępowaniu w zakresie:

- rozdziału V pkt 3.2.b siwz (pkt III.2.3 ppkt 2) b) ogłoszenia o zamówieniu)

„Powyższym postanowieniom siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu zarzucam:

1. naruszenie art. 22 ust. 1 i ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2a Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (dalej pzp) poprzez określanie warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z pzp, a także poprzez określenie surowszych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania niż przesłanki wykluczenia przewidziane w pzp przez bezwzględnie wiążący przepis prawa,

2. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz sprzeczny z prawem.

Na podstawie ww. zarzutów wnoszę o:

Usunięcie z siwz pkt 3.2.b w rozdziale V siwz oraz usunięcie z ogłoszenia o zamówieniu pkt III.2.3 ppkt 2) b).

Ponadto, wnoszę o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodów powołanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane, (...)

III. Meritum uzasadnienia

Zarzut 1. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, tj. świadczenie usług związanych z zarządzaniem, koordynacją, kontrolą, nadzorem i rozliczeniem przy

realizacji prac budowlanych, polegających na wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul. Arkońskiej.

Zamawiający umieścił w siwz szczegółowe warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które muszą spełnić wykonawcy, aby móc ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający zawarty w siwz warunek rzetelności.

Zgodnie z pkt 3.2.b (rozdział V siwz):

b) w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- niewykonane lub
- wykonane nienależycie lub
- na podstawie których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie prace wykonał należycie i nie zobowiązano go do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł.

Wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

Przez usługi niewykonane lub nienależycie wykonane Zamawiający uzna w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał, wypowiedział umowę lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Jak wynika z zacytowanego powyżej zaskarżonego postanowienia siwz zamawiający zastrzegł, że z postępowania zostaną wykluczeni wszyscy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat w związku z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu o wartości usługi co

najmniej 500 000 złotych brutto zostali obciążeni choć jedną karą umowną w wysokości 500 złotych lub więcej.

W ocenie odwołującego tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu narusza normę imperatywną wyrażoną w art 24 ust. 2a pzp, a co za tym idzie powinien zostać usunięty w całości z siwz.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że ustawa pzp wyraźnie rozróżnia warunki udziału w postępowaniu (art. 22 pzp) od przesłanek wykluczenia wykonawcy (art. 24 pzp). Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opinii pt. „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie” (źródło: www.uzp.gov.pl) warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 pzp mają charakter warunków pozytywnych (wykonawca musi je spełnić, aby nie zostać wykluczony), natomiast przesłanki wykluczenia (art. 24 pzp) stanowią warunki negatywne (jeżeli wykonawca je spełnia podlega wykluczeniu z postępowania). Jedną z zasadniczych różnic pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu (art. 22 pzp), a przesłankami wykluczenia jest to, że pzp pozostawia zamawiającemu znaczą swobodę w określeniu warunków, podczas gdy przesłanki wykluczenia determinowane są przez normy *ius cogens* i nie mogą być przez zamawiającego modyfikowane. Zamawiający nie może wprowadzić do siwz postanowienia zgodnie z którym z postępowania zostaną wykluczeni wszyscy wykonawcy będący spółką partnerską, których partnera skazano prawomocnie za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 roku o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 11 pzp okres ten wynosi 1 rok i zamawiając nie może go modyfikować. Zgodnie z art. 22 pzp warunki udziału w postępowaniu powinny być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, nie mogą naruszać uczciwej konkurencji między wykonawcami oraz powinny mieć na celu każdorazowo zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. We wskazanych powyżej granicach, to zamawiający jest podmiotem władnym do określania warunków w konkretnym postępowaniu. Co więcej, zamawiający może całkowicie odstąpić od opisywania poszczególnych warunków udziału w postępowaniu (np. sytuacji ekonomicznej i finansowej) i w konsekwencji dopuścić wszystkich wykonawców niezależnie od spełnienia warunków. Komentowany przepis określa więc ogólne ramy merytoryczne warunków udziału w postępowaniu, natomiast ich konkretne sformułowanie należy do zamawiającego.

Jeżeli chodzi natomiast o przesłanki wykluczenia wynikają one wprost z ustawy i (poza wyjątkiem przewidzianym w art. 24 ust. 2a pzp) wykonawca podlega wykluczeniu niezależnie od tego, czy dana przesłanka wykluczenia została ujęta w siwz. Zamawiający nie może

liberalizować ustawowego katalogu przesłanek wykluczenia, podobnie jak nie może ustanawiać przesłanek bardziej restrykcyjnych. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 września 2008 roku, sygn. KIO/UZP 854/08: „przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą aktualizować się na każdym etapie postępowania”.

Zgodnie z zaskarżonym pkt 3.2.b w rozdziale V siwz - z postępowania zostaną wykluczeni wszyscy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat w związku z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu o wartości usługi co najmniej 500 000 złotych brutto zostali obciążeni choć jedną karą umowną w wysokości 500 złotych lub więcej. Jednocześnie zamawiający zastrzega, że ww. postanowienie siwz zostało wprowadzone na podstawie art. 22 ust. 5 pzp i ma służyć weryfikacji rzetelności wykonawcy. Pozornie jest to więc tzw. warunek pozytywny udziału w postępowaniu, co do którego zamawiający ma znaczną swobodę w jego określeniu i którego niespełnienie powoduje wykluczenie wykonawcy. W rzeczywistości zamawiający zmodyfikował w ten sposób jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy zawartą w bezwzględnie obowiązującym art. 24 ust. 2a pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 2a pzp: Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Poniższa tabela zawiera porównanie przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 2a pzp z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego w pkt 3.2.b rozdziału V siwz. Dla lepszego zobrazowania sytuacji w tabeli zaznaczono kolorem szarym te postanowienia siwz, które są bardziej rygorystyczne niż przesłanka wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 2a pzp. (...)

Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaskarżone postanowienie siwz jest w swojej treści znacznie bardziej rygorystyczne niż przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2a pzp. Prowadzi to do konstatacji, że pkt 3.2.b w rozdziale V siwz powinien zostać usunięty z siwz, jako sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa. Zamawiający nie może modyfikować ustawowych przesłanek wykluczenia poprzez wprowadzenie do siwz

przesłanek bardziej rygorystycznych. Nie ma przy tym znaczenia, czy zamawiający wspomniane powyżej przesłanki wykluczenia nazywa wprost (w ślad za art. 24 pzp) podstawami wykluczenia, czy wprowadza je pod pozorem sformułowania „warunków udziału w postępowaniu”.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zamawiający zastrzegł w siwz, że wykluczy wykonawców z przyczyn, o których mowa w art. 24 ust. 2a pzp. Jednocześnie w rozdziale poświęconym warunkom udziału w postępowaniu zamawiający dokonał modyfikacji tego przepisu i wprowadził warunki jeszcze surowsze. Takie sformułowanie siwz należy uznać za ewidentnie zmierzające do obejścia normy imperatywnej wyrażonej w art. 24 ust. 2a pzp.

Przytoczony powyżej art. 22 ust. 5 pzp został wprowadzony do pzp Ustawą z dnia 12 października 2012 roku o zmianie Ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Niewątpliwie jest to jeden z tych przepisów pzp, który od początku budził liczne kontrowersje i trudności interpretacyjne. Tym niemniej pewnych wskazówek do wykładni art. 22 ust. 5 pzp dostarcza Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2013 pt. Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy pzp” (dalej jako Informator). Jak wskazano w Informatorze: Wprowadzenie przepisu art. 22 ust 5 ustawy Pzp służy wyraźnemu określeniu w ustawie jakiemu celowi mają służyć warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, a mianowicie zapewnieniu realizacji zamówienia przez wykonawcę wiarygodnego, zdolnego do należytego wykonania udzielonego mu zamówienia. Brak jednoznacznego wskazania w ustawie Pzp celu, jakiemu mają służyć warunki udziału w postępowaniu i jakiemu celowi służy określanie przez zamawiającego sposobu oceny spełniania przez wykonawcę tych warunków, mógł powodować sytuacje, w których zamawiający traktowali etap oceny podmiotowej wykonawcy wyłącznie jako formalny wymóg procedury udzielania zamówienia, nie wiążąc z nim bezpośrednich konsekwencji dla etapu realizacji zamówienia. Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy.

Jak wynika z powyższego, ratio legis wprowadzenia do ustawy art. 22 ust. 5 pzp było określenie celu jakiemu mają służyć warunki udziału w postępowaniu, a co za tym idzie umożliwienie zamawiającym rzeczywistej, merytorycznej, a nie tylko formalnej weryfikacji spełnienia tych warunków przez wykonawcę. Komentowany art. 22 ust. 5 pzp nie miał więc w żadnym wypadku stać się narzędziem umożliwiającym zamawiającemu wprowadzanie bardziej restrykcyjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy niż te zawarte w art. 24 pzp.

Tymczasem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu posłużył się art. 22 ust. 5 pzp w celu obejścia bezwzględnie wiążącego przepisu art. 24 ust. 2a pzp.

Nie może zniknąć z pola widzenia także fakt, że art. 24 ust. 2a pzp określa jedyną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, której zastosowanie zależy bezpośrednio od zamawiającego. Jak już zostało wyżej nakreślone zamawiający może wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a pzp tylko wówczas, gdy przewidział taką możliwość wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Wszystkie pozostałe przesłanki wykluczenia zawarte w art. 24 pzp są przesłankami obligatoryjnymi, a co za tym idzie stanowią podstawę wykluczenia niezależnie do tego, czy zamawiający przewidział to w siwz. W odniesieniu do omawianej przesłanki ustawodawca zrezygnował więc z obligatoryjnego wykluczania wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i pozostawił decyzję w tym zakresie zamawiającym. Powyższe prowadzi do wniosku, że przedmiotowa przesłanka wykluczenia jest przesłanką najbardziej restrykcyjną i uciążliwą dla wykonawców spośród wszystkich zawartych w art. 24 pzp. Określanie warunków udziału w postępowaniu w sposób jeszcze bardziej represyjny w stosunku do wykonawców aniżeli regulacja zawarta w art. 24 ust. 2a pzp należy więc ocenić jako zmierzające do obejścia tego bezwzględnie wiążącego przepisu. Z uwagi na okoliczność, że art. 24 ust. 2a pzp na tle pozostałych przesłanek wykluczenia jest swego rodzaju wyjątkiem, zgodnie z ogólnymi regułami wykładni przepisów prawa powinien być jak każdy wyjątek interpretowany zawężająco. Wykazując sprzeczność zaskarżonego postanowienia siwz z bezwzględnie wiążącymi przepisami dotyczącymi wykluczenia wykonawcy można posłużyć się następującymi przykładami.

Przykład 1. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Zamawiający kierując się logiką przyjętą w zaskarżonej siwz mógłby więc zastrzec, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający warunek rzetelności, zaś za rzetelnych zostaną uznani tylko ci wykonawcy, którzy nie posiadają jakichkolwiek zaległości z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, niezależnie od tego, czy uzyskali zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty lub wstrzymanie wykonania decyzji właściwego organu. Wykonawcy, którzy nie spełnią tak opisanego warunku zostaną wykluczeni z postępowania.

Przykład 2. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których

upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Analogicznie jak w powyższym przykładzie, zamawiający mógłby więc zastrzec, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy spełniający warunek rzetelności, zaś za rzetelnych zostaną uznani tylko ci wykonawcy, co do których nie prowadzono postępowania upadłościowego (likwidacyjnego lub układowego) przez okres roku od dnia upływu terminu składania ofert.

Tego typu absurdalne przykłady można mnożyć na gruncie pozostałych przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pzp. Nie można mieć wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu zamawiający pod pozorem badania rzetelności wykonawców skonstruował w rzeczywistości przesłanki wykluczenia z postępowania bardziej restrykcyjne aniżeli te opisane odpowiednio w art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp oraz w art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp. W konsekwencji tak postawiony warunek powinien zostać usunięty z siwz jako sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa.

Z uwagi na fakt, że art. 24 ust. 2a pzp został wprowadzony do ustawy nowelizacją, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 roku, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego przepisu nie jest jak dotąd liczne. Tym niemniej w kilku wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający nie może w siwz wprowadzać rozwiązań bardziej rygorystycznych niż te, które wynikają z literalnej treści art. 24 ust. 2a pzp i nie ma przy tym znaczenia, czy zamawiający określi te wymogi jako „warunki udziału w postępowaniu”, czy jako „przesłanki wykluczenia wykonawcy”.

[Z] uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 roku sygn. KIO/UZP 142/15: Powyższe oznacza tyle, że tylko ta przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust 2a ustawy Pzp, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikacje przesłanki ustawowej. "Elementami" przesłanki ustawowej są: trzyletni okres wstecz przed wszczęciem danego postępowania, w którym doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (przykładowo niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia), zdolność zamawiającego do wykazania, za pomocą dowolnych środków dowodowych, zawinionego w stopniu poważnym naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę we wskazany okresie. Tymczasem zamawiający, przewidując w Rozdziale VII pkt 3.3. SIWZ przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu nie wskazał takiej przesłanki, jaką wskazał ustawodawca, ale wykreował własną, co więcej - bardziej rygorystyczną w stosunku do przesłanki ustawowej, której rygoryzm przejawia się w pominięciu przez zamawiającego ograniczonego czasu (3 lata), w

którym zamawiający może badać wystąpienie naruszenia zawodowego, a także w pominięciu sposobu tego naruszenie (w sposób zawiniony) i jego stopnia (poważnie). Wobec powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający, wskazując w SIWZ odmienną od ustawowej przesłankę wykluczenia wykonawcy, nie miał możliwości zastosować art. 24 ust 2a ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego w postępowaniu - nie przewidział bowiem takiej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust 2a ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że uzasadnienie wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawarte w Zawiadomieniu z dnia 19 stycznia 2015 r. wskazuje, że zamawiający zastosował wykreowaną przez siebie, a nie ustawową przesłankę wykluczenia. ponieważ w żadnej mierze nie odniósł się ani do sposobu, ani do stopnia naruszenia - tj. nie uzasadnił, co pozwoliło mu uznać, że naruszenie było przez odwołującego zawinione oraz nie uzasadnił, co pozwoliło mu sklasyfikować naruszenie przez odwołującego jego obowiązków zawodowych jako naruszenie w stopniu poważnym. Podnieść dodatkowo należy, że zamawiający nie dał nawet odwołującemu szansy, na udowodnienie, że odwołujący podjął środki zapobiegawcze, które w przyszłości mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu przez odwołującego obowiązków zawodowych (art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zdanie ostatnie), zakładając hipotetycznie, że dopuścił się tego odwołujący. Jedyłą zaś szkodą, poniesienie której zamawiający wskazał było dokonywanie przez zamawiającego zakupów interwencyjnych na kwotę ok. 18 tys. złotych (przy wartości łącznej umowy wynoszącej ponad 115 tys. złotych), o których to odwołujący nawet nie wiedział, nie będąc także wzywany na podstawie wiążącej strony umowy Nr 5/2014 do dostawy "w ciągu jednej godziny" nowej partii towaru w ilości odpowiadającej ilości towaru reklamowanego (w przypadku zakwestionowania jakości towaru dostarczonego), co uzasadniałoby dokonanie zakupu interwencyjnego.

Zarzut 2. Zgodnie z art. 7 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak już wyżej zostało obszernie opisane, warunek udziału w postępowaniu zawarty w rozdziale V pkt 3.2.b siwz jest sprzeczny z bezwzględnie obowiązującym art. 24 ust. 2a pzp. Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą należy uznać bez wątpienia za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i jakakolwiek dalsza merytoryczna analiza treści tego warunku jest tym celu zupełnie zbędna.

Niezależnie od powyższego, wprowadzony przez zamawiającego do siwz warunek rzetelności naruszałby zasadę uczciwej konkurencji nawet w przypadku przyjęcia czysto hipotetycznego założenia, że nie jest on sprzeczny z prawem. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w doktrynie prawa zamówień publicznych, zamawiający dokonując konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu powinien

poprzestać na minimum niezbędnym w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nie prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia.

[Z] uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 listopada 2013 r. sygn. KIO 2516/13: Warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ich spełnienia w świetle kryteriów, o których mowa w art. 22 ust 4 i 5 p.z.p., muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz pozostawać z nim w związku. Oznacza to, że zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych - gwarantujących jednak osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu, zależy od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych. (...)

Należy zauważyć, że umowy zawarte na skutek rozstrzygnięcia publicznych przetargów zawierają standardowo rozbudowane katalogi kar umownych, którymi zamawiający obciąża wykonawcę. W szczególności dotyczy to umów na roboty budowlane lub usługi o znacznej wartości, których realizacja trwa niejednokrotnie kilkanaście miesięcy. Zdecydowana większość kar zastrzeganych w umowach dotyczy zazwyczaj drobnych uchybień, które mogą powstać w toku realizacji skomplikowanych umów, a które finalnie pozostają bez wpływu na prawidłową realizację świadczenia wykonawcy. Tym niemniej ze względu na wartości tych umów kary umowne określone jako ułamek procenta tej wartości wyrażają się finalnie w znacznych kwotach pieniężnych. Drobne kary umowne pełnią w stosunku do wykonawcy funkcje stymulującą i represyjną zmuszając go do skrupulatnego i terminowego wywiązywania się ze wszystkich obowiązków, nawet najdrobniejszych i niemających bezpośredniego związku z przedmiotem umowy. Nałożenie na wykonawcę w toku realizacji umowy nawet kilku niewielkich kar umownych z tytułu drobnych uchybień pojawiających się w toku wykonywania umowy pozostaje ostatecznie bez wpływu na interes wierzyciela (zamawiającego) jakim jest terminowe uzyskanie świadczenia określonego w umowie. Inaczej mówiąc, obciążenie wykonawcy nawet kilkoma karami umownymi nie może w żadnym wypadku prowadzić do wniosku, że wykonawca jest podmiotem nierzetelnym.

Niezależnie od powyższego trzeba zwrócić uwagę na specyfikę usług nadzoru nad robotami budowlanymi, która powoduje, że wykonawcy tych usług są szczególnie narażeni na ryzyko poniesienia różnorodnych kar umownych. Należy podkreślić, że pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi wymaga wykonywania i koordynowania ze sobą dziesiątek czynności o zróżnicowanym charakterze. Do obowiązku inżyniera kontraktu należy zazwyczaj m. in.: występowanie w imieniu zamawiającego na

podstawie pełnomocnictwa wobec podmiotów trzecich oraz organów państwowych i uzyskiwanie stosownych decyzji administracyjnych, wykonywanie czynności inspektora nadzoru inwestorskiego, bieżący nadzór nad prowadzeniem prac budowlanych, rozpatrywanie skarg i roszczeń osób trzecich w związku z realizacją inwestycji, prowadzenie regularnych inspekcji na terenie budowy, kontrola jakości materiałów budowlanych, obowiązek zapewnienia aby realizowane prace pozostały w zgodzie z właściwymi normami i przepisami prawa, obowiązek zapewnienia przestrzegania na terenie budowy zasad bezpieczeństwa, organizowane narad z udziałem zamawiającego, kompleksowe zarządzanie ryzykiem na terenie budowy (w tym obowiązek natychmiastowego informowania zamawiającego o zagrożeniach), dokonywanie odbioru prac zanikających i ulegających zakryciu, dokonywanie odbiorów częściowych i końcowych, zabezpieczenie znalezisk archeologicznych i in. Wymienienie przynajmniej głównych obowiązków inżyniera kontraktu przekracza niewątpliwie ramy niniejszego odwołania. Załączniki do umów o pełnienie obowiązków inżyniera nadzoru określające obowiązki inżyniera zawierają zazwyczaj co najmniej kilkadziesiąt pozycji, nie inaczej jest również w przedmiotowym postępowaniu (vide załącznik nr 10 do siwz). Charakterystycznym dla usług nadzoru nad robotami budowlanymi jest niewątpliwie to, że są one wykonywane przez rozbudowane zespoły specjalistów z różnych dziedzin. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie zamawiający wymaga, aby w skład zespołu wykonawcy wchodził m. in.: inżynier koordynator, inżynier robót drogowych, inżynier robót torowych, inżynier mostów, inżynier robót sanitarnych, inżynier ds. konstrukcyjno - budowlanych, inżynier robót telekomunikacyjnych, inżynier robót elektrycznych, specjalista ds. zieleni i specjalista ds. rozliczeń. Realizacja usług inżyniera kontraktu wymaga więc koordynacji pracy interdyscyplinarnych zespołów zarówno tych stałych jak i utworzonych ad hoc. Poza tym, elementem charakterystycznym dla tego typu usług jest zastrzeżenie w umowach wielu sztywnych i nieprzekraczalnych terminów na wykonanie określonych obowiązków umownych. Z opisanym przykładowo powyżej szerokim i zróżnicowanym zakresem obowiązków inżyniera kontraktu skorelowany jest rozbudowany katalog kar umownych. Umowy na pełnienie nadzoru przewidują w zasadzie jednolicie kary umowne już za jednodniowe opóźnienie w realizacji jakiegokolwiek obowiązku inżyniera kontraktu. Kary umowne - co oczywiste - są zastrzegane na wypadek niewykonania (nienależytego wykonania) zasadniczych obowiązków nadzorca, jak np. dokonanie obioru robót mimo ich wadliwości, przedłożenie niekompletnego sprawozdania okresowego, odmowa odbycia narady z zamawiającym. Zasadnicza część kar umownych dotyczy jednak pomniejszych obowiązków wykonawcy, co finalnie nie przekłada się na terminową i prawidłową realizację umowy. Tytułem przykładu można podać, że z doświadczenia odwołującego wynika, że w umowach na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu kary umowne zastrzegane są m. in. za: jednokrotne nieodebranie telefonu przez inżyniera, spóźnienie

inżyniera na teren budowy dłuższe niż 15 minut, obecność na terenie budowy bez kasku ochronnego i in. Podobne kary umowne zostały zastrzeżone także we wzorze umowy będącym załącznikiem nr 7 do siwz. Tytułem przykładu zgodnie z § 16 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, zamawiający obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 400 złotych za każdy dzień opóźnienia w stosunku do wyznaczonego terminu w przygotowaniu propozycji odpowiedzi na pytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Jak wynika z powyższego wykonawca usługi inżyniera kontraktu zobowiązany jest do znacznej ilości świadczeń niepieniężnych, a jakiegokolwiek najdrobniejsze nawet nieprawidłowości w tym zakresie związane są z obowiązkiem zapłaty kary umownej. Wykonawcy usług nadzoru nad robotami budowlanymi są więc podmiotami szczególnie narażonymi na obowiązek zapłaty kar umownych. Podsumowując należy stwierdzić, że okoliczność, iż na wykonawcę w toku realizacji usług inżyniera kontraktu nakładane są kary umowne nie przesądza, że powinien on zostać uznany a priori na przyszłość za niezdolnego do wykonywania tego typu usług. Trzeba podnieść, że zaskarżony warunek rzetelności eliminuje de facto z udziału w postępowaniu wykonawców ze znacznym doświadczeniem i powoduje, że warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu znacznie łatwiej spełnić wykonawcom początkującym i niedoświadczonym. Należy zauważyć, że zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wymaga wykazania się przez wykonawcę tylko jedną stosunkowo nieskomplikowaną usługą (vide: rozdział V pkt 3.2,b siwz). Powyższe powoduje, że wykonawca niedoświadczony bez problemu spełni zawarte w siwz warunki udziału w postępowaniu - z jednej strony wykaże się zrealizowaniem jednej nieskomplikowanej usługi inżyniera kontraktu, z drugiej strony z uwagi na małą ilość zrealizowanych usług (teoretycznie może być to tylko ta jedna usługa) nie został obciążony karą umowną i spełni warunek rzetelności. Zgoła odmiennie przedstawia się sytuacja wykonawców legitymujących się znacznym doświadczeniem przy realizacji tego typu usług. Z uwagi na fakt, że na przestrzeni swojej działalności realizują oni niejednokrotnie nawet kilkadziesiąt usług inżyniera kontraktu spełnienie określonego przez zamawiającego warunku rzetelności jest w ich przypadku praktycznie niemożliwe.

Zaskarżony warunek udziału w postępowaniu jawi się więc także jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sprzeczny z art. 22 ust. 4 pzp. Zamawiający organizuje przetarg na wykonywanie usługi nadzoru nad znaczącą inwestycją (jest to postępowanie o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp), wymagając jednocześnie, aby wykonawca nigdy w przeszłości nie był ukarany karą umowną w wysokości 500 złotych lub większą. Oczywistym jest, że wykonawca, który realizował we przeszłości usługi inżyniera kontraktu na znaczną skalę nie będzie w stanie spełnić tego warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, globalny zysk wykonawców z większym doświadczeniem pochodzi zazwyczaj z wielu realizowanych projektów, a co za tym idzie mogą oni zastosować niższą marżę. Wykonawcy z mniejszym doświadczeniem czerpią zyski z realizacji jednego bądź kilku projektów, a co za tym idzie ceny przez niech oferowane są standardowo wyższe. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji zawęził w znaczący sposób krąg wykonawców, którzy nie zostaną wykluczeni z postępowania z powodu ich niespełnienia. Finalnie zamawiający stanie przed koniecznością zapłaty wybranemu wykonawcy wyższej ceny niż w przypadku gdyby siwz została sporządzona zgodnie z pzp.

Zaskarżony warunek jest więc w sposób ewidentny sprzeczny z jedną z naczelných zasad prawa zamówień publicznych - zasadą uczciwej konkurencji (art. 7 pzp) przy czym sprzeczność ta wynika z kilku niezależnych przyczyn. Postawiony przez zamawiającego warunek rzetelności jawi się także jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”

Termin rozprawy w sprawach odwoławczych sygn. akt KIO 1220/16 i KIO 1243/16 został wyznaczony w dniu 19 lipca 2016 r.

W dniu 15 lipca 2016 roku zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo - *Odpowiedź na odwołanie*, informujące, że zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, dokonuje niezbędnych modyfikacji oraz wnosił o oddalenie odwołania w pozostałej części.

W dniu 15 lipca 2016 roku, odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVETST S.A. ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin; sygn. akt KIO 1243/16 złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zatytułowane *Cofnięcie odwołania*. Odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaną w dniu 13 lipca 2016 roku przez zamawiającego zmianą postanowień siwz oraz Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al Wojska Polskiego)* na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy cofa odwołanie wniesione w dniu 8 lipca 2016 roku.

W dniu 15 lipca 2016 r. odwołujący Safege S.A.S. z siedzibą w Naterre, Francja (reprezentowany przez Safege S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa; sygn. akt KIO 1220/16 złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo zatytułowane *Cofnięcie odwołania*. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie złożone w sprawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej,*

Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego - etap III - Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego) wniesione w dniu 7 lipca 2016 roku oraz wnioś o zwrot na rachunek spółki 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania.

W związku z wycofaniem obydwu odwołań, Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu w dniu 19 lipca 2016 r. umorzyła ww. postępowania odwoławcze w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 13 lipca 2016 r. zamawiający powiadomił wykonawców: „Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2015, poz. 2164) dokonuje modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następującym zakresie:

1. Zamawiający przedłuża termin składania, otwarcia ofert i wnoszenia wadium do dnia 08 sierpnia 2016 r. Ilekroć w SIWZ występuje data 04 sierpnia 2016 r. zastępuje się ją datą 08 sierpnia 2016 r.

2. Rozdział V pkt 3 ppkt 2 lit b siwz otrzymuje następujące brzmienie:

b) w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- niewykonane lub
- wykonane nienależycie albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie usługi, o których mowa wyżej wykonał należycie.

Wykonawca, który nie wykonał usługi albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

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

Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.

Niniejsza modyfikacja stanowi integralną część SIWZ. Pozostałe zapisy SIWZ pozostają niezmienione. Powyższa modyfikacja SIWZ została ogłoszona w Dz. Urz. UE 2016/S 135-243383 z 15.07.2016 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołującemu, jako Polskiemu Związkowi Pracodawców Budownictwa - organizacji uprawnionej do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 154 pkt 5 ustawy Pzp - przysługuje legitymacja czynna wynikająca z art. 179 ust. 2 tej ustawy do korzystania ze środków ochrony prawnej. Jako Związek Pracodawców Budownictwa - tego rodzaju odwołujący nie reprezentuje swego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia, ale z reguły - statutowo działa na rzecz podmiotów, które do niego przynależą, aby one mogły realizować swoje interesy w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają żadnych odstępstw proceduralnych w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do podmiotów wpisanych na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Oznacza to, że Izba ma obowiązek traktować takich odwołujących identycznie, jak innych odwołujących - ubiegających się o zamówienie. W tym, obowiązkiem Izby jest ustalenie, czy przesłanki formalne warunkujące merytoryczne rozpoznanie odwołania zostały spełnione. Zgodnie z art. 189 ust. 4 ustawy Pzp Izba kieruje odwołanie na rozprawę, jedynie wówczas, gdy stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania.

Izba wzięła pod uwagę ustalone fakty, że przedmiotem zaskarżenia odwołaniami z dnia 7 i 8 lipca 2016 r. przez:

1. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVETST S.A. ul. L. Szenwalda 20, 71-281 Szczecin; sygn. akt KIO 1243/16
2. Safege S.A.S. z siedzibą w Naterre, Francja (reprezentowana przez Safege S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa; sygn. akt KIO 1220/16

- były postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiadających im postanowień ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanych w dniu 29 czerwca 2016 r. o brzmieniu:

„Rozdział V SIWZ punkt 3 ppkt 2) wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym zgodnie z pkt 3.2) lit. b) w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy): warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi zrealizowane w okresie

ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- *niewykonane lub*
- *wykonane nienależycie lub*
- *na podstawie których zobowiązano wykonawcę do zapłaty kar umownych lub*

innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie prace wykonał należycie i nie zobowiązano go do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł.

Wykonawca, którego zobowiązano do zapłaty kar umownych lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 500 zł, lub który nie wykonał albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

Przez usługi niewykonane lub nienależycie wykonane Zamawiający uzna w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał, wypowiedział umowę lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność”

- zmodyfikowanych przez zamawiający w dniu w dniu 13 lipca 2016 r., w sposób satysfakcjonujący wykonawców Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INVETST S.A. oraz Safège S.A.S. z siedzibą w Naterre, Francja (reprezentowana przez Safège S.A.S. Oddział w Polsce, którzy - należy przyjmować, że z tych względów wycofali złożone odwołania.

W dniu 13 lipca 2016 r. zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dokonał modyfikacji SIWZ, w wyniku, której skarżonym postanowieniom nadał następujące brzmienie:

2. Rozdział V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ

b) w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- niewykonane lub

- wykonane nienależycie albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie usługi, o których mowa wyżej wykonał należycie.

Wykonawca, który nie wykonał usługi albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

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

Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.

Wymagało więc zauważenia, że w stosunku do pierwotnego brzmienia omawianego Rozdziału V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ - zamawiający przeredagował brzmienie warunku, ale jedyne wprowadzone merytoryczne zmiany, to:

- podwyższenie wysokości kary umownej, do której zapłaty został zobowiązany wykonawca lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości z „co najmniej 500 zł” na treść: „w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, oraz

- wprowadzenie zapisu: „Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.

Zarzuty odwołującego nie ograniczają się jedynie do wprowadzonych zmian SIWZ z dnia 13 lipca 2016 r., ale odnoszą się do treści całego warunku, ustanowionego w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ, którego charakter nie został merytorycznie zmieniony, i który został zakomunikowany wykonawcom w dniu publikacji ogłoszenia oraz SIWZ - 29 czerwca 2016 r.

Analizując niżej przytoczone, skonkretyzowane zarzuty odwołującego, naruszenia przez zamawiającego:

(i) art. 22 ust. 5 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia

wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do kary umownej, niezależnie od faktu czy zasadność zobowiązania do zapłaty takiej kary umownej została stwierdzona przez niezawisły organ (sąd lub sąd polubowny) i niezależnie od faktu, czy kara taka została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną przez wykonawcę na zasadzie winy, czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszoną przez wykonawcę na zasadzie ryzyka

- Izba zauważa, że zamawiający w dokonanej modyfikacji SIWZ nie odstąpił od podstawy wykluczenia wykonawcy - w postaci przeszłego zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej, bez względu na to, czy jej zasadność została stwierdzona przez sąd, zatem zarzut powinien być podnoszony wobec treści SIWZ, dostępnej od 29 czerwca 2016r.;

(ii) art. 22 ust. 4 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób niejednoznaczny, tj., poprzez sformułowanie otwartego katalogu okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane

- Izba zauważa, że zamawiający w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ, w brzmieniu pierwotnym sformułował otwarty katalog okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane, i niczego w tej kwestii nie zmienił w dokonanej modyfikacji SIWZ, zatem zarzut powinien być podnoszony wobec treści SIWZ, dostępnej od 29 czerwca 2016r.;

(iii) z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców tj. poprzez wskazanie, iż podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia

- a) Izba zauważa, że zamawiający w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ, w brzmieniu pierwotnym wskazał, iż podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w łącznej wysokości, co najmniej 500 zł; zdaniem Izby w powyższym pojęciu (co najmniej 500 zł) mieści się również dokonana modyfikacja z dnia 13 lipca 2016 r. w odniesieniu do kary umownej, do której zapłaty został zobowiązany wykonawca z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto

- b) zarzut, iż podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia,

zdaniem Izby, powinien być podnoszony wobec treści SIWZ, dostępnej od 29 czerwca 2016r., gdyż w pierwotnej treści SIWZ, wskazana została wysokość kary umownej określona kwotowo, która nie odnosiła się do przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia;

(iv) art. 57 ust. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE seria L 2014 r. Nr 94, s. 65 - dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 57 ust. 4 lit c) i g) Dyrektywy 2014/24/UE poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który pozbawia wykonawców prawa do skorzystania z instytucji self-cleaningu

- Izba zauważa, że zamawiający w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) SIWZ, w brzmieniu pierwotnym nie przewidział instytucji self-cleaningu, ani niczego w tej kwestii nie zmienił modyfikacją z dnia 13 lipca 2016 r.; skoro odwołujący uznawał, że opisanie prawa wykonawcy do skorzystania z instytucji self-cleaningu musi być ujęte w SIWZ, powinien podnosić ten zarzut wobec treści SIWZ, dostępnej od 29 czerwca 2016 r.

Z powyższego wynika, że wszystkie podnoszone przez odwołującego zarzuty *de facto* odnoszą się do pierwotnego - merytorycznie niezmiennego brzmienia SIWZ, zatem podnoszone na obecnym etapie postępowania - pozostają spóźnione.

Nie można było pominąć, że wprowadzony w dniu 13 lipca 2016 r. zapis: „Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia” - nie został zaskarżony w zarzutach odwołania.

Zdaniem Izby całokształt zarzutów i żądań przedstawionych obecnie przez odwołującego, ze wszechstronnym zróżnicowaniem sposobów ich ujęcia - był możliwy do sformułowania i podniesienia przy podważaniu treści SIWZ, ogłoszonej 29 czerwca 2016 r. Postanowienia SIWZ wraz z ich modyfikacją z 13 lipca 2016 r., którą zamawiający zliberalizował kwestionowany warunek, zostały zaakceptowane przez wykonawców EKO-INVETST S.A. oraz Safege S.A.S. - mają charakter obowiązujący, co nie pozbawia zamawiającego możliwości dokonywania dalszych modyfikacji SIWZ, w trybie zgodnym z art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp.

Biorąc natomiast pod uwagę treść odwołania, zakres zarzutów, ich uzasadnienia oraz żądań, należało stwierdzić, iż w znacznej części pokrywały się one z treścią odwołań

wniesionych przez wykonawców EKO-INVETST S.A. oraz Safège S.A.S. Stąd uprawniony wniosek, że odwołanie dotyczyło przypisywanych cytowanym wyżej postanowieniom SIWZ uchybień, którymi obarczone były od samego początku, tj. od daty publikacji w dniu 29 czerwca 2016 r., a nie stały się wadliwymi dopiero na skutek dokonanej przez zamawiającego zmiany w dniu 13 lipca 2016 r. Odwołujący przedstawia/powtarza zarzuty, obejmując ich zakresem także inne postanowienia pierwotnej SIWZ w kształcie udostępnionym w dniu publikacji, tj. 29 czerwca 2016 r., utrzymując, że zaskarżone postanowienia specyfikacji są na tyle wadliwe, że wnosił o nakazanie zamawiającemu postulowanych zmian w zakresie szerszym niż wynikającym z dokonanej przez zamawiającego modyfikacji SIWZ. Wynika z tego, że w ocenie odwołującego - dokonane zmiany przez zamawiającego w dniu 13 lipca 2016 r. - nie wyeliminowały niezgodności tkwiących pierwotnie w skarżonej specyfikacji.

Gdyby wykonawcy EKO-INVETST S.A. oraz Safège S.A.S. nie wycofali w całości swoich odwołań, obowiązkiem Izby byłoby merytoryczne ich rozstrzygnięcie w granicach zarzutów i żądań, podtrzymanych w trakcie rozprawy.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie w przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia [jak w niniejszym postępowaniu] jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przytaczany przepis nakazuje zatem liczyć termin na wniesienie odwołania wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień SIWZ ściśle od daty zdarzenia jakim jest opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE. Nie mają w tym przypadku zastosowania przepisy ust. 3 art. 182 ustawy Pzp, że od innych czynności, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że jakoby dopiero w wyniku zapoznania się z treścią zmiany SIWZ z dnia 13 lipca 2016 r. SIWZ - powziął informację o braku proporcjonalności i adekwatności warunków udziału w postępowaniu oraz naruszeniu imperatywnego przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż nie odpowiada ona postawionym zarzutom. Odwołujący bowiem oparł się na literalnej treści całego warunku zamieszczonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie Izby, złożenie odwołania w trybie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa - stanowił niedopuszczalne obejście przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - traktującego o ustawowym terminie wnoszenia odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia. Organizacja pracodawców, korzystająca ze środków ochrony prawnej na podstawie ustawy Pzp, podlega takim samym regułom proceduralnym jak wykonawcy, i skoro uchybi wiążącym terminom wyznaczonym w tej ustawie - wniesione odwołanie podlega odrzuceniu.

Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której odwołujący będący organizacją pracodawców, w kolejnym wnoszonym w przetargu odwołaniu - co Izba uznała za zabieg taktyczny, mający na celu „przywrócenie terminu” na zaskarżenie SIWZ - przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić w treści SIWZ zaraz po jej opublikowaniu, gdyż tak samo, jak każdy inny wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej.

Zdaniem Izby całokształt zarzutów i żądań przedstawionych obecnie przez odwołującego, ze wszechstronnym zróżnicowaniem sposobów ich ujęcia - był możliwy do sformułowania i podniesienia przy podważaniu treści SIWZ, ogłoszonej 29 czerwca 2016 r.

Termin na wniesienie odwołania na postanowienia ogłoszenia oraz na postanowienia SIWZ - biorąc pod uwagę treść zgłaszanych zarzutów - bezskutecznie upłynął w dniu 9 lipca 2016 r., co spowodowało wygaśnięcie uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe, zarzuty odwołania Izba uznała za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, nawet jeżeli zamawiający wnosi o oddalenie odwołania - obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia odwołania.

Zgodnie z postanowieniami art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....

