

WYROK
z dnia 11 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2019 r. przez wykonawcę INC Rating sp. z o.o., ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści sekcji III.1.3) ogłoszenia według następującego brzmienia: „Zdolność techniczna lub zawodowa
Określenie warunków: O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali na rzecz jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy) co najmniej sześć usług polegających na nadaniu/aktualizacji i opublikowaniu ratingu krajowego (na rynku polskim) i co najmniej sześć usług polegających na nadaniu/aktualizacji i opublikowaniu ratingu międzynarodowego (należy wskazać: nazwę i lokalizację jednostki samorządu terytorialnego oraz datę nadania/aktualizacji ratingu). Warunek posiadania zdolności zawodowej i technicznej dla podmiotów występujących wspólnie będzie oceniany łącznie dla wszystkich podmiotów. Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób: Nie.”,
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. Kosztami postępowania obciąża Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INC Rating sp. z o.o., ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Miasta Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice na rzecz wykonawcy INC Rating sp. z o.o., ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest nadanie i aktualizacja międzynarodowej i krajowej oceny ratingowej Miastu Gliwice, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nr: ZA.271.3.2019.

W dniu 19 lutego 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowienia w sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia wprowadzając zmienioną następującą treść: „Określenie warunków: O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali na rzecz i na zlecenie jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy) co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu krajowego (na rynku polskim) i co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu międzynarodowego. Usługi te muszą dotyczyć jednostki samorządu terytorialnego na rzecz i na zlecenie której zostały wykonane oraz być wykonane i opublikowane nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania (należy wskazać: nazwę i lokalizację jednostki samorządu terytorialnego oraz datę nadania/aktualizacji ratingu).”.

Nie zgadzając się z powyższą zmianą ogłoszenia Odwołujący: INC Rating sp. z o.o., ul. Krasińskiego 16, 60-830 Poznań w dniu 25 lutego 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiającemu zarzucam działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez podjęcie następujących czynności w postępowaniu:

1. określenie nadmiernego żądania co do warunków, jakie musi spełniać wykonawca, aby wziąć udział w postępowaniu w nowym powyższym brzmieniu postanowienia w sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu,
2. wprowadzenie ograniczenia podmiotowego w kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w nowym powyższym brzmieniu postanowienia w sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazał, że powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy

art. 22 ust. 1a Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności,

art. 1. ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

poprzez sformułowanie w całości nowego brzmienia postanowienia w sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu w sposób bezpodstawnie wprowadzający ograniczenie podmiotowe w kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, polegające na umieszczeniu w warunkach udziału w postępowaniu wymogu wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, na rzecz i na zlecenie jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy) co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu krajowego (na rynku polskim) i co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu międzynarodowego, przy czym usługi te muszą dotyczyć jednostki samorządu terytorialnego na rzecz i na zlecenie której zostały wykonane oraz być wykonane i opublikowane nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania (należy wskazać: nazwę i lokalizację jednostki samorządu terytorialnego oraz datę nadania/aktualizacji ratingu), co uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia.

2. art. 25 ust. 1 i ust. 2. ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Art. 25. 1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) poprzez sformułowanie

nadmiernego żądania co do warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w nowym brzmieniu postanowienia w sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu.

Mając na względzie powyższe, wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu usunięcie kwestionowanych postanowień z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „Rozporządzenie”):

„4. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

(...)

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. ”.

Zauważył przy tym, że Zamawiający w zmienionym postanowieniu w sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu określił, że usługi muszą dotyczyć jednostki samorządu terytorialnego „na rzecz i na zlecenie” której zostały wykonane, kiedy rozporządzenie mówi o wskazaniu podmiotów „na rzecz” których usługi zostały wykonane.

Wskazał, że Słowniki ogólne języka polskiego oraz słowniki frazeologiczne definiują wyrażenie „na rzecz kogoś, czegoś” w znaczeniu: „dla kogoś lub czegoś”, por. zbiórka na rzecz powodzian, działania na rzecz ochrony środowiska, czyli odpowiednio zbiórka dla powodzian, działania dla ochrony środowiska. Tym samym wyrażenia „na rzecz” nie można interpretować rozszerzająco jako „na rzecz i na zlecenie”.

Odwołujący zaznaczył, że rating jednostki samorządu terytorialnego może być zamówiony na przykład przez bank lub fundusz inwestycyjny, czyli wykonany „na zlecenie” tych podmiotów.

Niezależnie od podmiotu składającego zamówienie nadania oceny ratingowej, procedura przyznawania ratingu – zdaniem Odwołującego - jest identyczna oraz jest realizowana przy pełnej wiedzy i przy współpracy podmiotu ocenianego.

Według Odwołującego - nie ma również różnicy w jakości samego ratingu, który bez względu na zamawiającego spełnia takie same kryteria określone przez ESMA.

Wyjaśnił, że agencje ratingowe podlegają stałemu nadzorowi i kontroli jakości przez European Securities and Markets Authority (ESMA), które jest agencją Komisji Europejskiej odpowiadającą za nadzór i rejestrację agencji ratingowych na terenie Unii Europejskiej (odpowiednik Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w kraju), a jej status agencji ratingowej nadany decyzją ESMA gwarantuje, że ratingi zostaną wykonane należycie, w terminie i z najwyższą starannością oraz zgodnie z międzynarodowymi wymogami ESMA.

Tym samym – w ocenie Odwołującego - żądanie Zamawiającego jest nadmierne, a kwestionowany warunek służy bezpodstawnemu ograniczeniu kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia i nie ma żadnego przełożenia na osiągnięcie pożądanego przez Zamawiającego celu na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że dokonanie zmiany kryteriów udziału w postępowaniu w sposób opisany powyżej wyklucza Odwołującego, gdyż część ratingów samorządowych wykonanych przez INC Rating było sporządzonych na zlecenie podmiotu innego niż jednostka samorządu terytorialnego.

Podkreślił przy tym, że nie ma żadnej różnicy w sposobie wykonania ratingu w zależności od tego, kto zamawia rating danej jednostki. W związku z powyższymi warunkami, które (po zmianie) określił zamawiający, naruszają wyżej wskazane przepisy prawa.

Podobnie określenie wielkości jednostki samorządu terytorialnego, tj. wskazanie warunku wykonania ratingu dla jednostki samorządu terytorialnego „o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy)” uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że decyzją zarządu ESMA (nr ESM A/2015/1573) - podmiotu uprawnionego do kontroli jakości Agencji ratingowych na terenie Unii Europejskiej, został zarejestrowany jako Agencja ratingowa posiadająca zasoby, procedury i metodologie prawidłowe do opracowywania i nadawania ocen wiarygodności kredytowej Jednostkom Samorządu Terytorialnego i podmiotom z nimi powiązanym, a zatem wykonawcy zarejestrowani lub certyfikowani przez ESMA, zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1060/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie agencji ratingowych (Dz.U.U.E.L.2009.302.1 z dnia 17 listopada 2009 r. z późn.zm.) są zdolni, tj. posiadają zasoby, prawidłową procedurę i metodologię do wykonania ratingu dla jednostki samorządu terytorialnego niezależnie od tego czy liczba mieszkańców wynosi 50 tysięcy czy 5 milionów. Przykładowo, INC Rating posiada uprawnienia do nadawania ratingów nawet największym miastom europejskim, takich jak Londyn, Paryż, Rzym czy Warszawa.

Ponadto, argumentował, że zarówno metodologia, jak i procedura oceny są takie same w przypadku mniejszej, jak i większej (pod względem liczby mieszkańców) jednostki samorządu terytorialnego.

W przekonaniu Odwołującego - liczba mieszkańców jednostek samorządu terytorialnego, dla której rating liczony jest do doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego została określona arbitralnie, bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

Nie ma żadnych dowodów – według Odwołującego, które mogą świadczyć o tym, że metodologia prac przy przygotowaniu ratingu różni się w jakikolwiek sposób dla miast w których zamieszkuje ponad 150 tys. mieszkańców.

Zdaniem Odwołującego - kryterium 150 tys. mieszkańców zostało przyjęte celowo, aby preferować jednego wykonawcę, to jest Fitch Rating, który działa na rynku polskim dłużej i siłą rzeczy wykonał więcej ratingów oraz był w zakresie niniejszego zamówienia dotychczasowym usługodawcą dla Zamawiającego.

Podkreślił przy tym, że każdy rating bez względu na charakter zamówienia, a także podmiot składający zamówienie jest jednoznaczną oceną, wykonywaną zgodnie z określoną metodologią.

Ponadto, zarzucił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie uczynił zadość ani nakazowi równego traktowania wykonawców, ani obowiązkowi zapewnienia przejrzystości postępowania, gdyż warunek w zmienionym postanowieniu w sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu został opisany w sposób tak zawężający, że wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia de facto nie będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Przekonywał, że nie istnieje żaden racjonalny powód dla wprowadzenia w dniu 19 lutego 2019 r. dodatkowego warunku konieczności wykonania i opublikowania ratingów „nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania”, a nie przed upływem terminu składania ofert, jak to miało miejsce w pierwotnym brzmieniu ogłoszenia.

W związku z tym Odwołujący założył, że ma do czynienia ze świadomym działaniem Zamawiającego ograniczającym możliwość złożenia oferty w przetargu Wykonawcy, gdyż do dnia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, tj. 19 lutego 2019 r. Wykonawca nie miał opublikowanych na swojej stronie internetowej (brakujących do spełnienia warunku udziału w postępowaniu) ratingów krajowych i międzynarodowych 5 jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys., co uczynił 20 lutego 2019 r., tj. przed upływem pierwotnego terminu składania ofert, który został określony na 21 lutego 2019 r.

Zwrócił uwagę, że tym samym mimo spełnienia pierwotnego warunku, tj. wykonania 6 ratingów i aktualizacji krajowych i międzynarodowych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, po zmianie w ogłoszeniu o zamówieniu Odwołujący nie spełnia już warunku udziału w postępowaniu.

Zauważył, że pytania Wykonawcy nie dotyczyły wątpliwości co do terminu wykonania ratingów, a Zamawiający wprowadzając wskazaną zmianę postąpił samowolnie poza zakres pytań.

Ponadto zaznaczył, że w obecnym brzmieniu postanowienie w sekcji III, pkt 1.3) jest wewnętrznie sprzeczne, bowiem raz wskazuje, że ratingi mają być wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, by w kolejnym zdaniu wskazywać na wykonanie nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia postępowania.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że żądanie jest nadmierne, gdyż skraca termin na wykonanie ratingu do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia postępowania, gdy rozporządzenie daje czas do upływu terminu składania ofert.

Wyraził również wątpliwość co do arbitralnego określenia przez Zamawiającego minimalnej liczby ratingów na 6, jako warunku, jest nieuzasadnionym wymogiem, ograniczającym konkurencję.

W ocenie Odwołującego - nie da się uzasadnić, dlaczego agencja ratingowa, która wykonała np. 4 ratingi, jest podmiotem mniej kompetentnym niż ta, która wykonała 6, w warunkach, gdy działalność agencji ratingowej nie podlega swobodzie działalności gospodarczej i jest działalnością ściśle regulowaną, i to przez organy na szczeblu unijnym.

Wyraził pogląd, że sporne warunki nie potwierdzają zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia (gdyż potwierdza to już sam fakt zarejestrowania Wykonawcy jako Agencji ratingowej przez ESMA), czemu wszakże służą warunki udziału w postępowaniu, a poprzez swoją nadmierność i kierunkową szczegółowość eliminują z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia.

Wskazał, że całość sprawy należy ocenić z uwzględnieniem specyfiki polskiego rynku agencji ratingowych, gdzie podmiotem, który wykonał ponad 100 ratingów i aktualizacji, głównie dla dużych miast i metropolii jest agencja Fitch Ratings, będąca spółką zależną amerykańskiej agencji ratingowej. Jest ona w praktyce monopolistą na rynku ratingów polskich dużych jednostek samorządu terytorialnego.

Natomiast, Odwołujący, będący w pełni polską firmą, otrzymał zgodę na funkcjonowanie jako agencja ratingowa od Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) zaledwie w roku 2015 i siłą rzeczy nie był w stanie w tak krótkim czasie zrealizować tak wielu ratingów, jak w/w podmiot funkcjonujący na rynku już od dziesięcioleci.

Dodał przy tym, że zastosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert łamią rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (patrz: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0575&from=pl>) w preambule, którego (akapit 98) ustawodawca europejski stwierdza: „Uznanie agencji ratingowej za zewnętrzną instytucję oceny wiarygodności kredytowej (ECAI) nie powinno prowadzić do większego utrudnienia dostępu do rynku, który jest już zdominowany przez trzy główne przedsiębiorstwa (tj. Fitch

Rating, Moody's oraz Standard and Poor's - przyp. Wnioskodawcy) EUNB oraz banki centralne ESBC powinny zapewnić, bez ułatwiania procesu lub obniżania jego wymogów, uznanie większej liczby agencji ratingowych za ECAI, jako sposób na umożliwienie wejścia na rynek innym przedsiębiorstwom.”.

Zdaniem Odwołującego - nadmierne i nieproporcjonalne określanie warunków udziału w postępowaniu wśród zamawiających jednoznacznie preferuje jednego wykonawcę należącego do wymienionych w powyższym rozporządzeniu 3 podmiotów dominujących na rynku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 marca 2019 r, pisma procesowego Odwołującego z dnia 8 marca 2019 r. jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.22 ust.1a oraz art.25 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z § 2 ust.4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do zmiany ogłoszenia w sekcji III.1.3) ogłoszenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także czy postanowienia te nie są sprzeczne z cyt. wyżej rozporządzeniem Ministra Rozwoju.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że pierwotnie w ogłoszeniu z dnia 13 lutego 2019r. Zamawiający określił treść sekcji III.1.3) ogłoszenia w następującym brzmieniu:

„Zdolność techniczna lub zawodowa Określenie warunków: O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali na rzecz jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy) co najmniej sześć usług polegających na nadaniu/aktualizacji i opublikowaniu ratingu krajowego (na rynku polskim) i co najmniej sześć usług polegających na nadaniu/aktualizacji i opublikowaniu ratingu międzynarodowego (należy wskazać: nazwę i lokalizację jednostki samorządu terytorialnego oraz datę nadania/aktualizacji ratingu). Warunek posiadania zdolności zawodowej i technicznej dla podmiotów występujących wspólnie będzie oceniany łącznie dla wszystkich podmiotów. Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób: Nie.”

Następnie, Izba stwierdziła, że w ogłoszeniu z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający podał następującą modyfikację powyższej treści ogłoszenia, wskazując, że w ogłoszeniu powinno być: „Określenie warunków: O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali na rzecz i na zlecenie jednostek samorządu terytorialnego o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy) co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu krajowego (na rynku polskim) i co najmniej sześć usług polegających na nadaniu lub aktualizacji i opublikowaniu ratingu międzynarodowego. Usługi te muszą dotyczyć jednostki samorządu terytorialnego na rzecz i na zlecenie której zostały wykonane oraz być wykonane i opublikowane nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania (należy wskazać: nazwę i lokalizację jednostki samorządu terytorialnego oraz datę nadania/aktualizacji ratingu).”.

Odnosząc się do powyższych zarzutów odwołania, opierając się o zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że w znacznej części zarzuty te zasługują na uwzględnienie.

Wstępem do rozważań w rozpoznawanej sprawie jest przepis art.7 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Owa proporcjonalność i przejrzystość procedury o udzielenie zamówień publicznych oznacza, że zachowania Zamawiających muszą być obiektywnie jasne i zrozumiałe dla wszystkich uczestników obrotu, a postawione warunki podmiotowe nie mogą być nadmierne i wykroczać poza niezbędne potrzeby Zamawiających.

Analizując całokształt okoliczności sprawy, Izba uznała, że Zamawiający ustanowił w sekcji III.1.3) ogłoszenia po zmianie warunków ograniczający krąg potencjalnych wykonawców poprzez zbyt rygorystyczne jego określenie, to jest poprzez wprowadzenie wymogu wykonania usługi dodatkowo na zlecenie jednostki samorządu terytorialnego, a nie tylko na jej rzecz z klauzulą jej wykonania i opublikowana nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania.

W swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 marca 2019 r. w pkt.2.1 Zamawiający nie posłużył się żadną rzeczową argumentacją uzasadniającą dokonaną zmianę ogłoszenia, w szczególności taką okolicznością nie jest dysponowanie przez różne agencje ratingowe odmiennymi kryteriami i metodami analiz dokonywanych na potrzeby ocen ratingowych jednostek samorządu terytorialnego, a także sama specyfika zobowiązań samorządów.

Podobnie rzecz się miała jeżeli chodzi o pkt 2.2 powyższej odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający przywołał oczywiste fakty, jak chociażby wyjaśnienie postawienia warunków udziału w postępowaniu dla zapewnienia, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi zdolnemu do jego prawidłowej realizacji.

Dodatkowo, zdumienie Izby spowodowało stwierdzenie Zamawiającego, że postawienie w przetargu nieograniczonym warunków brzegowych będzie wiązało się z ograniczeniem konkurencji, a także, że celem Zamawiającego nie powinno być dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieograniczonej liczby wykonawców w imię uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, jest zupełnie odwrotnie, przetarg nieograniczony jako procedura otwarta jest trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skierowanym do nieograniczonej liczby wykonawców, co nie oznacza, że każdy z tych podmiotów spełni warunki podmiotowe tego przetargu.

W ocenie Izby również tak zwana przez Zamawiającego dbałość o interes własny i publiczny przejawiający się również dążeniem do wzrostu jego prestiżu nie może stać w kolizji z istotą powołanych wyżej zasad określonych w art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Natomiast, w pkt 2.3 tej odpowiedzi Zamawiający skoncentrował się jedynie na wyjaśnieniu ewentualnych różnic pomiędzy ratingiem na zlecenie ocenianego podmiotu i bez takiego zlecenia, a także na różnicie pomiędzy ratingiem zamówionym i niezamówionym, co – zdaniem Izby – nie ma wpływu na ocenę zasadności zmiany warunku.

Zresztą w tym względzie, Odwołujący na rozprawie oświadczył, że w każdym przypadku, zarówno jeżeli chodzi o rating zamówiony, jak i niezamówiony musi występować bezpośredni kontakt z informacjami lub dokumentacją z podmiotem, u którego jest prowadzony rating, co odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Z powyższych względów należało przyjąć, że pomiędzy stronami nie było sporu w tej mierze.

Izba nie podzieliła również zapatrywania Zamawiającego, że w każdym przypadku firma ratingowa dokonując oceny wiarygodności finansowej jednostki samorządu terytorialnego nie ma dostępu do informacji i dokumentów będących w gestii jednostek samorządu terytorialnego, a niezbędnych do oceny ratingowej.

W myśl przepisu art. 4 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności: podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego.

Poza tym, wymaga również zauważenia, że Zamawiający próbując obecnie posługiwać się pojęciem ratingu niezamówionego nie opisał czy dla oceny warunku będzie wymagał kategorii ratingu zamówionego czy niezamówionego.

Izba uznała, że Zamawiający ma prawo do opisanego warunku w sposób zabezpieczający jego potrzeby, jednak musi znajdować to odzwierciedlenie w treści ogłoszenia.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się wykonaniem usług ratingowych w okolicznościach zapewniających pełny dostęp do dokumentacji jednostki samorządu terytorialnego, to powinien to uczynić, a nie ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców jedynie do podmiotów, które świadczyły zarówno na rzecz, jak i na formalne zlecenie jednostki samorządu terytorialnego.

Zgodnie z przepisem art.22 ust.1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Według Izby proporcje tego warunku w stosunku do potrzeb Zamawiającego i możliwości wykonawcy zostały zachwiane(wykonanie usług ratingowych na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, lecz nie na zlecenie tych jednostek), a zatem należało stwierdzić, że doszło do naruszenia powołanego wyżej przepisu prawa.

Jeżeli chodzi o część sekcji III.1.3) ogłoszenia dotyczącą warunku wykonania i opublikowania ratingu nie później niż do dnia poprzedzającego dzień ogłoszenia niniejszego postępowania, Izba uznała, że Zamawiający dokonał jego zawężenia, a w konsekwencji ograniczenia puli wykonawców poprzez niedopuszczenie wykazania się przez Odwołującego wykonaniem zamówienia na potwierdzenie doświadczenia w wykonywaniu usług ratingowych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W tym przypadku – w ocenie Izby – doszło do złamania przepisów art.25 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z § 2 ust.4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do przepisu § 2 ust.4 pkt 2 cyt. wyżej rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty

potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Powyższy przepis prawa nie zawiera sformułowania „w szczególności”, co oznacza zamknięty katalog dokumentów i warunków w nich określonych przez Zamawiających, a nie jedynie ich przykładowe wskazanie, a to świadczy o tym, że przepis § 2 ust.4 pkt 2 cyt. wyżej rozporządzenia należy interpretować w sposób zawężający, a nie rozszerzający.

Jeżeli chodzi o pozostałe zarzuty odwołania Izba je oddaliła uznając je za spóźnione. Przepis art.182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że sporny warunek w zakresie wymaganej przy wykonanych zamówieniach liczby mieszkańców nie mniejszej niż 150 tys. (sto pięćdziesiąt tysięcy), a także tego, że ma to być wykazanych przez wykonawców co najmniej sześć usług został opublikowany w dniu 13 lutego 2019r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione w dniu 25 lutego 2019r., to jest z przekroczeniem terminu przewidzianego w powyższym przepisie.

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

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

Przewodniczący:.....