

Szczecin, 26 maja 2017 r.

URZĄD MIASTA SZCZECIN
Biuro ds. Zamówień Publicznych
pl. Armii Krajowej 1
70-456 Szczecin

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

**ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

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

Odwołujący:

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

Dotyczy:

KIO 1018/17

Data posiedzenia: 05.06.2017r.

Godz. 13.00

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na:
**„Przebudowę ulic Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego,
etap III – Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al.
Wojska Polskiego)”**

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta
Szczecin:

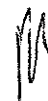
- 1. Uwzględnia częściowo zarzuty podniesione w odwołaniu.**
- 2. Dokonuje niezbędnej modyfikacji zapisów SIWZ.**
- 3. Wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.**

UZASADNIENIE

Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

- 1) **art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP** - poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych i zawodowych (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III. 1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy bez uprzedniego stwierdzenia przez niezawisły organ (sąd powszechny lub sąd polubowny) obowiązku zapłaty tej kary - a zatem w sposób sprzeczny z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP, w którym to przepisie ustawodawca wskazał w sposób wyraźny na zasadzenie odszkodowania, poza tym w przepisie tym ustawodawca wskazał na zamknięty katalog okoliczności, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania, jak również z uwagi na to, że ustawodawca wskazał w tym przepisie wyraźnie na zawinione działania wykonawcy, a takie zatem zachowanie Zamawiającego należy traktować w kategoriach obejścia przepisów PZP odnoszących się do wykluczenia wykonawcy poprzez dodanie nowej nieprzewidzianej przez PZP przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania;

- 2) **§ 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów** - poprzez żądanie od wykonawców (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3, pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) w wykazie robót budowlanych wszystkich robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł brutto, jak również poprzez obowiązek wskazania informacji, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie — w sytuacji, gdy przepis ten wymaga wskazania tylko i wyłącznie wskazania robót, które mają potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ponadto przepis ten nie pozwala Zamawiającemu na żądanie wskazywania robót, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie;



- 3) **art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze PZP w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów** - poprzez żądanie od wykonawców (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III.1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) w wykazie robót budowlanych wszystkich robót budowlanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł brutto, jak również poprzez obowiązek wskazania informacji, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie - w sytuacji, gdy przepis § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów ten wymaga wskazania tylko i wyłącznie wskazania robót, które mają potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ponadto przepis ten nie pozwala Zamawiającemu na żądanie wskazywania robót, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie - co oznacza, że Zamawiający żąda dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, skoro ustawodawca w Rozporządzeniu ws. dokumentów, jak również w przepisach PZP nie upoważnił Zamawiającego do żądania dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych w zakresie w jakim żąda tego Zamawiający;
- 4) **art. 22 d ust. 3 PZP w zw. art. 7 ust. 1 PZP** - poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych i zawodowych (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III. 1.3. pkt 2 lit a) Ogłoszenia) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy bez uprzedniego stwierdzenia przez niezawisły organ (sąd powszechny lub sąd polubowny) obowiązku zapłaty tej kary, jak również niezależnie od faktu, czy kara taka została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie winy czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie ryzyka;
- 5) **art. 22 ust. 1 b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 7 ust. 1 PZP** - poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych i zawodowych (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy, opisanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ oraz Sekcja III. 1.3. pkt 2 lit. a) Ogłoszenia) w sposób niejednoznaczny, tj.

poprzez sformułowanie otwartego katalogu okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane, ponadto w sposób nieproporcjonalny z uwagi na opisany warunek sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami PZP tj. art. 24 ust. 5 pkt 4) PZP, jak również w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji z uwagi na to, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania w sytuacji, gdy kara umowna, która jest zazwyczaj sporna nie będzie zasądzona przez sąd, tylko wystarczające będzie jej naliczenie przez poprzedniego zleceniodawcę (w tym przez Zamawiającego);

Zamawiający nie podziela argumentacji przedstawionej przez Odwołującego i uznaje zarzuty za bezpodstawne.

Ustawodawca unijny w dyrektywie wprowadził dwustopniową weryfikację wykonawców. W pierwszej kolejności następuje badanie czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a następnie czy spełnia kryteria kwalifikacji. W konsekwencji nie każdy wykonawca, który nie podlega wykluczeniu z postępowania będzie zdolny wykazać, że spełnia kryteria selekcji w tym m.in. odnoszące się do jego rzetelności. Również na gruncie ustawy zastosowanie jednego z przepisów (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy) nie wyklucza możliwości zastosowania drugiego (art. 22d ust. 3 ustawy), a wręcz przeciwnie – są to dwa zupełnie odmienne mechanizmy weryfikacji podmiotowej wykonawców i dopiero ich łączne stosowanie zapewnia wybór rzetelnego wykonawcy.

Należy wskazać, że przesłanka wykluczenia uregulowana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy stanowi odrębną i w pełni niezależną instytucję od regulacji zawartych w art. 22d ust. 3 i postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania zdolności technicznych i zawodowych w zakresie wykazania rzetelności, efektywności i doświadczenia. W świetle powyższego Zamawiający w oparciu o art. 22 d ust. 3 ustawy w zw. z art. 58 ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE seria L 2014 r. Nr 94, s. 65), zwanej dalej „dyrektywą” jest w pełni uprawniony do weryfikacji rzetelności wykonawców. Zarówno dyrektywa jak i ustawa definitywnie rozróżnia przesłanki wykluczenia od warunków udziału, w tym tych dotyczących zdolności wykonawców w odniesieniu do ich umiejętności, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne” rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa

wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego. Czymś innym jest jednak badanie czy w stosunku do wykonawcy nie zachodzą okoliczności stanowiące podstawy do wykluczenia („warunki negatywne”). Umiejętność rozgraniczenia tych dwóch przepisów jest kluczowa dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Na marginesie należy podkreślić, że przed nowelizacją ustawy, która weszła w życie 28.07.2016r. oraz na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy funkcjonowały analogiczne zapisy odnośnie badania rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia wykonawców (dawny art. 22 ust. 5 ustawy oraz art. 58 ust.5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) dlatego zasadne jest odnoszenie się do orzecznictwa i doktryny wypracowanych również na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów.

Zgodnie z przepisem 22d ust. 3 „zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego **rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia**”. Wskazany artykuł daje Zamawiającemu fakultatywną, dodatkową (niezależną od art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy) możliwość zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. weryfikacji wykonawcy w zakresie **wszystkich wykonywanych przez niego w określonym czasie zamówień określonego rodzaju**, w tym także wykonywanych nierzetelnie. Regulacja art. 22 d ust. 3 w zamyśle ustawodawcy ma zerwać z dokonywaniem oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego tylko i wyłącznie na podstawie należycie wykonanych umów potwierdzonych referencjami. Taki sposób badania zdolności technicznych i zawodowych w ocenie Zamawiającego jest niewiarygodny i nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Dopiero wiedza o całokształcie realizowanych umów (w tym również m.in. tych, na podstawie których Zamawiający naliczył kary umowne) pozwala na jednoznaczne i niebudzące wątpliwości stwierdzenie czy wykonawca solidnie i sumiennie wywiązywał się z uprzednio zaciągniętych zobowiązań. Nie powinno budzić wątpliwości, że głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jedynie formalne badanie dokumentów w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie czy w ich świetle wykonawca spełnia minimalne wymagania zamawiającego. Spełnianie warunku posiadania doświadczenia nie zawsze jest bowiem tożsame ze

spełnieniem warunku rzetelności. Oczywiście jest, że inaczej należy ocenić wykonawcę, który wykazał jedynie prawidłowe wykonanie np. dwóch podobnych robót budowlanych, a inaczej wykonawcę, który poza robotami budowlanymi wykazanymi w celu potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia ma w swoim dorobku również wiele innych, nienależycie wykonanych umów. Mając powyższe na uwadze **Zamawiający w celu ograniczenia ryzyka związanego z realizacją umów ze względu na ochronę interesu publicznego i realizację zadań publicznych musi mieć prawo skorzystania z uprawnienia dodatkowej weryfikacji wykonawcy pod kątem jego rzetelności, efektywności i doświadczenia.** Za powyższym twierdzeniem jednoznacznie opowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w wydanej w 2013 r. publikacji pod nazwą „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych - wprowadzenie do przepisów ustawy”. W rozdziale dot. zasad wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy PZP wskazano, że wprowadzenie do ustawy tego mechanizmu ma na celu ograniczenie ryzyka związanego z realizacją umów w sprawie zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że celem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej. Wybór ten jest ściśle powiązany z uprzednim pozytywnym zweryfikowaniem przez zamawiającego wiarygodności wykonawcy, który tę ofertę złożył. Nie można natomiast mówić o dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności, że wybór ten dotyczy wyłącznie sprawdzonego wykonawcy. Zasadność badania rzetelności wykonawców potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie, który w wyroku z dnia 9 kwietnia 2014 r. orzekł, co następuje: **„W następstwie przeprowadzonej nowelizacji (art. 22 ust. 5) weryfikacja wykonawców, która do tej pory miała charakter wyłącznie pozytywny, została wolą ustawodawcy zmodyfikowana w taki sposób, aby zamawiający miał możliwość sprawdzenia niepowodzeń, nierzetelnych, nieprawidłowych realizacji prac przez podmioty biorące udział w przetargu. (...) Zamawiający, jako podmiot który ma dokonywać oceny ofert, powinien kierować się nie tylko ceną zaproponowaną w ofertach, ale także jakością, sposobem wykonania tej realizacji. Powinien dokonać wyboru najlepszej oferty - najlepszej, to nie znaczy tylko najtańszej, ale najlepszej z punktu widzenia szans jej prawidłowej realizacji i do oceny tych właśnie przesłanek służy art. 22 ust. 5 p.z.p., dający możliwość oceny rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. (...) To zamawiający, jako inicjator postępowania o zamówienie publiczne, samodzielnie określa warunki zamówienia poprzez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu, brzmienie SIWZ, a także treść postanowień przyszłej umowy zawartej z podmiotem wygrywającym przetarg. Od niego tym samym zależeć będzie, czy w toku przetargu dokona oceny złożonych ofert, uwzględniając wskazane w art. 22 ust. 5 p.z.p.**

kryteria rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia”. (sygn. akt V Ca 3618/13). Warte podkreślenia jest, że od momentu wprowadzenia do ustawy artykułu 22 ust. 5 ocena rzetelności wykonawców dokonywana w oparciu o roboty niewykonane lub nienależycie stosowana była, m.in. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, co nie zostało zakwestionowane w żadnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Obecna treść art. 22 d ust. 3 ustawy podobnie jak treść uchylonego art. 22 ust. 5, przewiduje możliwość oceny rzetelności wykonawców na podstawie zarówno zamówień wykonanych należycie, jak i zamówień niewykonanych albo wykonanych nieprawidłowo, na zasadach dowolnie opisanych przez Zamawiającego, pod warunkiem zachowania zasad proporcjonalności, uczciwej konkurencji i zgodności z prawem.

Ustawa, dyrektywa ani publikacja wydana przez Urząd Zamówień Publicznych nie określają niestety w jaki sposób należy definiować rzetelność. Nie zawierają również praktycznych wytycznych lub przykładowych, wzorcowych zapisów pozwalających badać efektywność i rzetelność wykonawców. W związku z powyższym każdy Zamawiający, jako autor postępowania, ma prawo samodzielnie opisać warunek udziału w postępowaniu, w taki sposób, aby, w jego ocenie, wyeliminować wykonawców, którzy dopuścili się poważnych uchybień na etapie realizacji wcześniejszych umów. Warunki mają być opisane w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

Z uwagi na wagę przedmiotowego postępowania Zamawiający wymagał, aby wykonawca, który zostanie najwyżej oceniony, na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie rzetelności, efektywności i doświadczenia wykazał wszystkie realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł brutto. W wykazie należy wskazać informacje, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie. Zamawiający doprecyzował, że za roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane uzna te roboty, przy 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 w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.



Zamawiający opisał warunek na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś nieuzasadnionego ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.

Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że przyjęte przez Zamawiającego przypadki uznania roboty za niewykonaną lub nienależyte wykonaną nie stanowią drobnych nieprawidłowości przy realizacji umowy. Przykładowo zamawiający uzna, że wykonawca nie wykazał rzetelności, efektywności i doświadczenia, jeżeli w ciągu ostatnich trzech latach została mu naliczona kara opiewająca na kwotę przynajmniej 1 000 000 zł przy wartości umowy na 10 000 000 zł. Przy takiej wysokości kar umownych bez znaczenia jest okoliczność, czy kara ta została zasądzona przez sąd czy też dobrowolnie zapłacona przez wykonawcę. Sam fakt zaktualizowania się, na podstawie dobrowolnie zawartej przez strony umowy, obowiązku naliczenia przez Zamawiającego kar umownych w tak ogromnym wymiarze, przesądza o tym, że wykonawca nie wywiązał się należycie z ciężących na nim zobowiązaniach i nie były to drobne, nieistotne uchybienia. Postawiony przez Zamawiającego warunek, ze względu na przyjęte wartości, wyklucza takie sytuacje. Zamawiający doskonale zdaje sobie bowiem sprawę, że nie każda naliczona kara umowna przesądza o nierzetelności wykonawcy. Nie można natomiast domniemywać, że Zamawiający nalicza wielomilionową karę bezpodstawnie, bazując na swoim subiektywnym przekonaniu, podczas gdy wykonawca bez zarzutu realizuje obowiązki wynikające z umowy. Wymagany od wykonawcy wyłonionego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności związany z profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią. Zamawiający za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, w przypadkach przewidzianych w umowie, **ma prawny obowiązek nałożyć na wykonawcę karę umowną i już wówczas roszczenie staje się wymagalne.** W sytuacji, gdy wykonawca nie zgadza się z nałożeniem kary umownej, może się zwrócić do sądu o rozstrzygnięcie sporu. Trzeba mieć na względzie, że większość kar umownych płacona jest przez wykonawców bezspornie i rzadko trafia pod rozstrzygnięcie sądu. Nie oznacza to, że wykonawca, który zapłacił karę umowną dobrowolnie i nie wstąpił w spór co do jej zasadności, powinien się znaleźć w gorszej sytuacji niż wykonawca, który zapłacił karę umowną dopiero po prawomocnym wyroku zasądzającym. Na marginesie należy także wskazać, że sądy w wyrokach nie przesądzają o winie wykonawcy czy jej braku (wyroki są zasądzające albo oddalające).

Trzeba podkreślić, że od wykonawcy, czyli podmiotu, którego działania uznaje się za fachowe, oczekuje się podwyższonej staranności, skrupulatności, zapobiegliwości i zdolności przywydywania. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu zobowiązuje się do zawarcia umowy, której wzór stanowił załącznik do specyfikacji. Każdy z wykonawców podejmując się zatem realizacji zamówienia publicznego powinien być świadomy wszelkich ryzyk z tym związanych. Zdarzają się przypadki, gdy dla Zamawiającego nie ma znaczenia, czy wykonawca wykonał zobowiązanie nienależycie z własnej winy, czy też w sposób niezawiniony (np. w sytuacji gdy upadnie firma dostarczająca wykonawcy materiały służące do wykonywania zamówienia, w związku z czym wykonawca popadnie w opóźnienie, co z kolei spowoduje znacznych rozmiarów szkodę Zamawiającego). Należy jednak zauważyć, że Zamawiający badając czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym również warunek rzetelności, efektywności i doświadczenia, nie stosuje automatyzmu. Zamawiający dokonuje oceny rzetelności wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. W tym celu może skorzystać z uprawnienia wezwania do wyjaśnień na mocy art. 26 ust. 4. Działanie takie jest typowe dla każdej procedury weryfikacji podmiotowej wykonawcy.

Kluczowe jest stwierdzenie, że Zamawiający wydając publiczne pieniądze musi zabezpieczyć się przed tym, aby wykonawca wykonywał zobowiązanie zgodnie z umową (m.in. w umówionym terminie, z zachowaniem przepisów BHP) bez względu na to, czy ponosi za to winę, czy też nie. Weryfikacja wykonawcy w zakresie rzetelności leży więc nie tylko w interesie Zamawiającego, ale przede wszystkim w interesie publicznym, chodzi bowiem o wydatkowanie środków publicznych. Obowiązkiem Zamawiającego jest, aby nie dopuścić do wykonywania zamówienia przez podmioty nierzetelne i tym samym narazić się na możliwość poniesienia szkody.

W kwestii zarzutu naruszenia § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rozdziałów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwanego dalej „rozporządzeniem” Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem wykonawcy, zgodnie z którym w wykazie robót budowlanych nie można żądać informacji, które z które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie. Zmiana rozporządzenia i usunięcie zapisu o możliwości



żądania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach i usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie podyktowana jest daleko idącą zmianą całego zapisu o wykazie. Prawodawca zrezygnował bowiem z zapisu dotyczącego najważniejszych robót budowlanych, co samo przez się w obecnej sytuacji odnosi się do szerokiego pojęcia robót, w tym robót wykonanych nienależycie lub niewykonanych.

W świetle powyższego, twierdzenie Odwołującego zarzucające Zamawiającemu, że żąda on dokumentów, do których nie jest uprawniony jest bezpodstawne. Przepisy rozporządzenia, jako aktu wykonawczego powinny dopełniać normy zawarte w prawie zamówień publicznych, umożliwiając ich pełną realizację. W par. 1 rozporządzenia wymieniono dokumenty, których złożenia może żądać zamawiający, za pomocą których wykonawca może potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oczywistą konsekwencją swobodnego formułowania przez Zamawiającego opisu warunku jest żądanie w wykazie robót informacji, które pozwolą mu na pełną realizację jego uprawnienia do badania rzetelności wykonawcy.

Podsumowując, należy stwierdzić, że sformułowany przez Zamawiającego opis warunku udziału w postępowaniu w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP ani nie stanowi próby obejścia przepisów ustawy o przesłankach wykluczenia. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa weryfikacja wykonawców pod tym kątem wykonawców jest w pełni dopuszczalna. Skorzystanie z uprawnienia wynikającego wprost z przepisu art. 22 d ust. 3 ustawy nie może stanowić naruszenia prawa, jak twierdzi Odwołujący. Gdyby Zamawiający nie miał prawa skorzystania z uprawnień określonych w tym przepisie, bezcelowe byłoby jego wprowadzenie. Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający tworzy w ten sposób nową przesłankę wykluczenia bądź też modyfikuje już istniejącą jest całkowicie błędne. Określony przez Zamawiającego warunek badania zdolności wykonawcy stanowi jedynie dodatkowy mechanizm, mający na celu zagwarantowanie należytego wykonania zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest, aby nie dopuścić do wykonania zamówienia przez podmioty nierzetelne. Wykonawca który nie wykaże spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu zostanie wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, a nie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4. Porównywanie tych dwóch, zupełnie odrębnych, przesłanek wykluczenia jest bezzasadne, gdyż Zamawiający nie tworzy w tym przypadku nowej podstawy wykluczenia, lecz korzysta z przysługujących mu

uprawnień do wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie należy podkreślić, że żądanie usunięcia ze specyfikacji warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie swojej rzetelności, efektywności i doświadczenia jako sprzecznej z prawem de facto stanowi wniosek do Ustawodawcy o usunięcie z ustawy art. 22d ust. 3, co w świetle obowiązujących dyrektyw UE jest niemożliwe.

Niemniej jednak, Zamawiający uznaje za zasadne spostrzeżenie Odwołującego, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu powinny być sformułowane jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości, w związku z czym postanowił, poprzez dokonanie modyfikacji, doprecyzować brzmienie warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykazania rzetelności, efektywności i doświadczenia.

W konsekwencji warunek ten otrzymał następujące brzmienie:

„W celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawca przedstawi w wykazie robót budowlanych, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2 lit. b) wszystkie realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł brutto. W wykazie należy wskazać informację, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie.

Za roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się te roboty, przy 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 w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto. Warunek dotyczy również umów zawartych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

W przypadku składania oferty wspólnej w/w informację przedstawia każdy z wykonawców składający ofertę wspólną.

W sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych i zawodowych (o których mowa w ppkt 2 lit. b2 i b3) podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia zobowiązany jest wskazać także wszystkie roboty budowlane realizowane przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z ppkt 2 lit a”.

W wyniku modyfikacji Zamawiający, zgodnie z żądaniem Odwołującego, usunął zapis, który wyznaczał przykładowy katalog okoliczności, które Zamawiający będzie traktował jako roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane. Modyfikacja ograniczyła również katalog form odszkodowania, pozostawiając jedynie precyzyjny i jednoznaczny zapis o karach umownych. Wyeliminowało to ryzyko ewentualnej swobody przy interpretacji oceny spełniania warunku przez Zamawiającego, gwarantując przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dowód:

- modyfikacja nr 1 do SIWZ;

W związku z powyższym odwołanie zostało częściowo uwzględnione przez Zamawiającego poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ, w pozostałym zakresie podlegać powinno oddaleniu.

Z poważaniem

Z-ca DYREKTORA BIURA

Bartłomiej Miłuch

DW:

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

Załączniki:

- modyfikacja siwz nr 1 z dnia 25.05.2017r.
- upoważnienia pełnomocnika Zamawiającego;



Szczecin, dn. 25.05.2017 r.

**Wykonawcy biorący
udział w postępowaniu**

Nasz znak: BZP.S.271.55.5.2017.MK

Znak sprawy: BZP/13/17

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:
**„Przebudowę ulic Niemierzyńskiej, Arkońskiej, Spacerowej do al. Wojska Polskiego,
etap III – Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al.
Wojska Polskiego)”**

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) dokonuje modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

Pkt 2 ppkt 2 lit a rozdziału V siwz otrzymuje brzmienie:

- a) jest zdolny do należytego wykonania zamówienia poprzez wykazanie swojej rzetelności, efektywności i doświadczenia (art. 22d ust. 3 ustawy)

W celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawca przedstawi w wykazie robót budowlanych, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2 lit. b) wszystkie realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlane o wartości równej lub większej niż 10.000.000 zł brutto. W wykazie należy wskazać informację, które z tych robót nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie.

Za roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się te roboty, przy 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 w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.

Warunek dotyczy również umów zawartych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

W przypadku składania oferty wspólnej w/w informację przedstawia każdy z wykonawców składający ofertę wspólną.

W sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych i zawodowych (o których mowa w ppkt 2 lit. b2 i b3) podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności, efektywności i doświadczenia zobowiązany jest wskazać także wszystkie roboty budowlane realizowane przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z ppkt 2 lit a.”

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają niezmienione. Niniejsza modyfikacja stanowi integralną część SIWZ.

Członkowie komisji przetargowej:

1. *P. Podemyska*
2.
3.
4. *Bożena Kowalska*
5. *Wojciech*

Dyrektor Biura ds. Zamówień Publicznych

DYREKTOR BIURA

I. Miller-Rutkowska

.....
Iwona Miller - Rutkowska

Dyrektor Komórki merytorycznej

DYREKTOR WYDZIAŁU

25.05.2017r.

Bożena Kowalska

.....
Bożena Kowalska