

Pruszków, dnia 5 stycznia 2021r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie, ul. Pocztowa 54, 22-100 Chełm, NIP 563 20 77 608 tel./fax 82 564 04 54, e-mail: zamowieniapubliczne@pwsz.chelm.pl

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, nr KRS 0000054588, NIP 521-04-21-928, REGON 010676681 reprezentowana przez pełnomocnika p. Magdalenę Zadorę-Redzko **adres do korespondencji:** CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 , 05-800 Pruszków, Tel.:+ 48 22 714 43 68, fax:+ 48 22 714 49 07, e-mail: magdalena.zadora-redzko@bauholding.com

ODWOŁANIE

W imieniu Odwołującego Strabag Sp. z o.o., działając na podstawie na podstawie 505 ust 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz.U. 2019.2019) z późn. zm. w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019.2020) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. **„Roboty budowlane w zakresie budowy dróg kołowania Alfa, Charli, Delta oraz zjazdu w drogę nieutwardzoną Golf II na lotnisku PWSZ w Deputykach Królewskich** (dalej: Postępowanie), polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz postawieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami pzp.

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Art. 29 ust 1, art. 31 ust. 1, art. 31 ust 4 ustawy z 29 stycznia 2004r. (Dz.U nr 19 poz. 177 z późn. zm) zwanej dalej ustawą pzp lub pzp w zw. z §4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury

z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 , poz. 1129) (*dalej jako: „Rozporządzenie”*) poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą kompletnej dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

- 2) art. 22 ust 1a, 22 d ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp poprzez określenie w rozdziale 4 pkt 3.1SIWZ i 3.1.3. Ogłoszenia warunku udziału w postępowaniu, w ten sposób, że o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali lub realizują (przy czym w tym przypadku będzie liczona ilość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną robotę budowlaną (przy czym przez robotę budowlaną rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy) polegającą na budowie lub przebudowie infrastruktury lotniskowej w branżach drogowej i sanitarnej i elektrycznej, przy czym wartość robót jest nie mniejsza niż 5 500 000,00 zł brutto choć doświadczenie w realizacji (wykonywaniu) robót budowlanych w toku w ramach umowy nie jest równoznaczne z doświadczeniem w zrealizowaniu (wykonaniu) robót budowlanych objętych umową i nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jak też nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czego potwierdzeniem § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. DzU. 2020 poz.1282 z późn.zm.) z którym postawiony warunek jest wprost sprzeczny jako, że zgodnie ze wskazanym przepisem w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać jedynie wykazu robót wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat, co w konsekwencji powoduje, że powstaniowy tak warunek narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji traktując wykonawców o nieporównywalnie innym doświadczeniu jako tak samo zdolnych do wykonania zamówienia
- 3) naruszenie art. 25 ust 1 i 2 ustawy pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 1 i 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 (t.j. DzU. 2020 poz.1282 z późn.zm.) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez określenie, że wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani są do złożenia na żądanie Zamawiającego „(...) wykazu robót budowlanych wykonanych (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do Oferty), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonanie i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty 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 (...)*” podczas gdy z przywołanych przepisów wynika, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia którego przedmiotem są roboty budowlane Zamawiający żądać może wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone

II. W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o projekty wykonawcze i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ i ogłoszenia w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia Wykonawcy poprzez usunięcie postanowień dotyczących możliwości legitymowania się doświadczeniem w wykonywaniu, a nie wykonaniu, robót budowlanych oraz dostosowanie postanowień SIWZ i ogłoszenia w zakresie żądanych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków do zmienionej treści warunku oraz przywołanych przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. DzU. 2020 poz.1282 z późn.zm.)

III. Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący zainteresowany jest pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta polega na ryzyku wyłączenia możliwości pozyskania zamówienia w wyniku wadliwego opisu przedmiotu zamówienia i ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji utracie możliwości osiągnięcia zysku związanego z jego realizacją. W uzasadnieniu stanowiska o posiadaniu przez Odwołującego interesu prawnego we wnoszeniu odwołania na etapie kwestionowania elementów specyfikacji istotnych warunków wskazujemy na wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2036/10).

IV. Terminy:

- 31.12.2020r. Zamawiający zamieści na stronie internetowej SIWZ dla przedmiotowego postępowania. W tym samym dniu z Biuletynie zamówień Publicznych opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu.

Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP. Odwołujący składając odwołanie w dniu 5 stycznia 2021r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust 2 pkt 2 ustawy (jak też art. 182 ust 2 pkt 2 ustawy pzp) tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

V. Informacje pozostałe:

Strona internetowa Zamawiającego:

<http://pwszchelm.edu.pl>

Mail Zamawiającego:

zamowieniapubliczne@pwsz.chelm.pl

Miejsce publikacji Ogłoszenia:

BZP nr ogłoszenia 776027-N-2020 z dnia 31.12.2020 r.

VI. UZASADNIENIE

Zamawiający, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Roboty budowlane w zakresie budowy dróg kołowania Alfa, Charli, Delta oraz zjazdu w drogę nieutwardzoną Golf II na lotnisku PWSZ w Deputyczach Królewskich*”.

Ad. zarzut 1.

Zgodnie z rozdziałem 2. SIWZ oraz pkt II. 4) Ogłoszenia:

1. „*Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie budowy dróg kołowania Alfa, Charli, Delta oraz zjazdu w drogę nieutwardzoną Golf II na lotnisku PWSZ w Deputyczach Królewskich. Drogę kołowania na terenie Lotniska Deputycze Królewskie należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową oraz przepisami ICAO Załącznika 14 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym.*

Roboty budowlane obejmują zakres określony w Projekcie budowlanym jako ETAP II:

1) Branża drogowa: a. Roboty przygotowawcze, b. Roboty ziemne, c. Nawierzchnia drogi kołowania, d. Stała organizacja ruchu, e. Humusowanie.

2) Sieć kanalizacji deszczowej: a. Roboty ziemne, b. Roboty instalacyjne, c. Zbiorniki odparowujące,

3) Branża elektryczna: a. Dostawa, montaż opraw oświetleniowych oraz integracja z istniejącym systemem nawigacyjnym, b. Kanalizacja kablowa. 2. Dokładny opis przedmiotu zamówienia zawiera kompletna dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ

2. „*Dokładny opis przedmiotu zamówienia zawiera kompletna dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ*

Załącznik nr 1 do SIWZ to Projekt budowlany, co podwędza też Zamawiający na 1 stronie SIWZ wskazując, że Załącznik nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia, Projekt budowlany.

Reasumując, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w formule buduj Zamawiający ograniczył opis przedmiotu zamówienia do projektu budowlanego nie załączając do SIWZ projektów wykonawczych ani Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), wskazując m.in. że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazując, że z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż „*opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)*”.

Odwołujący wskazuje, że w zamierzeniu ustawodawcy wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych wykonywanych w formule „buduj” realizowany jest, zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy pzp za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót określa – wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 31 ust 4 ustawy pzp, **rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn. 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego** (t.j. Dz.U. 2013, poz. 1129) dalej Rozporządzenie.

Zgodnie z §4 ust 1 Rozporządzenia dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę (tak jak w tym przypadku), składa się w szczególności z:

1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;

- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;

Dalej, zgodnie z §4 ust 3 Rozporządzenia, jeżeli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Zgodnie z §5 Rozporządzenia projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Zgodnie zaś z §12 Rozporządzenia Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. W dużym uproszczeniu dokumentacja projektowa złożona z projektu budowlanego i wykonawczego określać ma zakres robót koniecznych do wykonania podczas gdy specyfikacja techniczna sposób ich wykonania.

Analiza przywołanych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ograniczając opis przedmiotu zamówienia do projektu budowlanego zamieszczonego w Załączniku nr 1 do SIWZ wadliwie bo niekompletnie opisał przedmiot zamówienia.

Wnioski te potwierdza tak orzecznictwo jak i doktryna, tytułem przekładu których wskazać można:

- 1) wyrok KIO z 5 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1204/13 zgodnie z którym „Zamawiający zawsze ma obowiązek opisać roboty budowlane w sposób określony w rozporządzeniu z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072), natomiast od jego decyzji zależy zakres i forma prezentacji treści oferty składanej przez wykonawcę, w szczególności czy wymaga przedstawienia kosztorysu ofertowego, czyli wycenionego przedmiaru robót, i na jakim poziomie szczegółowości.
- 2) wyrok KIO z 8 sierpnia 2018r. w połączonych sprawach KIO 1354/18 i 1355/18 w którym w odpowiedzi na pytanie o to czy opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wobec zastosowania instytucji umowy ramowej dla robót budowlanych musi być opisem kompletnym, zgodnym z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, **Izba potwierdziła, że nawet w tej formule Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 31 Ustawodawca nie bez przyczyny doprecyzował sposób jak Zamawiający ma opisać przedmiot zamówienia na roboty budowlane, chociażby niejednokrotnie ze względu na skomplikowany charakter tych prac.**

- 3) „ Dla zapewnienia ujednolicenia i zachowania jednakowego poziomu uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia na podstawie delegacji wynikającej z art. 31 ust. 4 p.z.p. Minister Infrastruktury 2.09.2004 r. wydał rozporządzenie w sprawie określenia szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2013 r. poz. 1129). Przepisy te nie zostały zmienione w wyniku nowelizacji z 22.06.2016 r. Zgodnie z przepisami wykonawczymi do Prawa zamówień publicznych inaczej opisuje się przedmiot zamówienia w zależności od tego, co jest jego przedmiotem. Treść ww rozporządzenia opisuje ramowy zakres i określa formę zarówno dokumentacji projektowej, jak i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Nie konkretyzuje jednak przedmiotu prac projektowych. To jest rola zamawiającego.” Tak E.Wiktorowska w Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany/ Lex 2020.

Ad. zarzut 2) i 3)

Jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w rozdziale 4 pkt 3.1. SIWZ (Sekcja III pkt 1.3. Ogłoszenia) Zamawiający zapisał, że wykonawca musi wykazać, że „(...) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona ilość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną robotę budowlaną (przy czym przez robotę budowlaną rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy) polegającą na budowie lub przebudowie drogowej infrastruktury lotniskowej w branżach drogowej i sanitarnej i elektrycznej, przy czym wartość robót jest nie mniejsza niż 5 500 000,00 zł brutto.” Na potwierdzenie spełniania tak postawionego warunku, zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 3 lit c) SIWZ (sekcja III.5.1. Ogłoszenia), Zamawiający zażądał „(...) wykazu robót budowlanych wykonanych (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do Oferty), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty 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 wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.

Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO nie można przyznawać punktów za nie ukończone inwestycje (KIO 1067/19 z 27 czerwca 2019r.), nie ukończone inwestycje nie mogą również stanowić o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Wskazuje na to wprost treść §2 ust 4 pkt 1 i 2 przywołanego rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o

udzielenie zamówienia (t.j. DzU. 2020 poz.1282 z późn.zm.) (dalej: rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów) jak też charakter umowy o roboty budowlane, która jest umową rezultatu nie starannego działania a której przedmiot – szczególnie w przypadku inwestycji liniowych (jak ta objęta warunkiem) jest niepodzielny a wykonie części umowy nie oznacza, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Wskazane przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów wyraźnie rozróżniają sytuację, kiedy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi legitymować się doświadczeniem w wykonaniu przedmiotu umowy (dostaw, usług, robót budowlanych) a kiedy może wykazać się doświadczeniem jedynie w wykonywaniu umowy dostaw, usług, robót budowlanych). **Jedynie w przypadku dostaw lub usług, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągle ustawodawca dopuścił możliwość wykazania się** w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia realizowanymi (nie zrealizowanymi) dostawami lub usługami. Umowami. Jest to uzasadnione charakterem takich świadczeń. W pzp brak definicji świadczeń okresowych i świadczeń ciągłych, stąd niezbędne jest odniesienie się do regulacji Kodeksu cywilnego. I tak cechą świadczenia okresowego jest cykliczna powtarzalność, w określonych odstępach czasu – przy czym każde z tych świadczeń jest odrębne, samoistne; jako przykład można podać umowę na cykliczne dostawy, np. materiałów biurowych czy też umowę na sprzątanie obiektów. Świadczenia ciągle z kolei to stałe zachowanie wykonawcy, bez możliwości wyróżnienia samodzielnych, odrębnych czynności; typowym przykładem tego typu umów są umowy na dostawę mediów czy też umowy prowadzenia rachunku bankowego. Zarówno charakter tych świadczeń jak i fakt, że praktyce umowy w tym zakresie są to umowy wieloletnie – podczas gdy §2 ust 4 pkt 2) Rozporządzenia jako okres referencyjny przewiduje okres 3 lat stanowią uzasadnienie dla wyjątku poczynionego przez ustawodawcę w przywołanych przepisach. Wyjątek ten, jak każdy wyjątek od zasady, nie może być jednak traktowany rozszerzająco i przenoszony nie tylko na roboty budowlane ale i świadczenia inne niż ciągle lub okresowe. Dopuszczalne odstępstwo w tym zakresie określa przepis §2 ust 5 pkt 1) rozporządzenia, z którego Zamawiający nie skorzystał. Świadczenie w umowy o roboty budowlane – zgodnie z opinią UZP z 3 lutego 2009r. jest świadczeniem jednorazowym, tym bardziej więc wykonanie jego części nie może być porównywane w należyтым wykonania całości. Przeciwna interpretacja i uznanie postawionego warunku za prawidłowy nie uwzględnia tego, że mimo prawidłowego wykonania części robot całość może nie osiągnąć zamierzenia inwestycyjnego a tym samym nie potwierdzać doświadczenia wykonawcy w należyтым wykonywaniu robót. Prowadzi to do sytuacji w której dopuszczalne byłoby powoływanie się przez wykonawcę z którym Zamawiający np. rozwiązał umowę w części na prawidłowo wykonaną część robót budowlanych i twierdzenie o posiadaniu w tym zakresie doświadczenia mimo, że cała umowa nie została nienależycie wykonana. Tak postawiony warunek w przedmiotowym postępowaniu nie pozostaje też w związku z przedmiotem zamówienia pozwalając na ocenę zdolności wykonawcy do jego realizacji. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem wykonanie części robót ale całości zadania inwestycyjnego. W ocenie odwołującego, przyjęcie że wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku jest wykonie części robót w ramach realizowanego zadania jest też nieporównywalne z wykonaniem całego zadania, na które składają się te roboty. Choćby dlatego, że jako całość te same roboty oznaczają osiągnięcie funkcjonalnego rezultatu pozwalającego na użytkowanie tych robót (wykonanie robót budowlanych oznacza osiągnięcie zamierzonego rezultatu) podczas gdy takie

same roboty stanowiące część wykonywanej inwestycji stanowią wciąż jedynie jej część zmierzająca do zapewnienia zamierzonego przez całość inwestycji rezultatu. W analizowanym przypadku oznacza to, że przypadku zrealizowania objętej warunkiem inwestycji z zakresu infrastruktury lotniskowej w branży drogowej, sanitarnej i eklektycznej mamy do czynienia z rezultatem w postaci wielobranżowej inwestycji z zakresu infrastruktury lotniskowej, podczas gdy w przypadku realizowania takiej inwestycji taki rezultat może zostać nigdy nie osiągnięty lub też osiągnięty w całości w sposób uniemożliwiający sklasyfikowanie go jako należycie wykonany. Z tych samych powodów postawiony warunek w ocenie Odwołującego nie stanowi też minimalnego warunku umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie i narusza zasadę proporcjonalności.

Jak wyjaśniła KIO w wyroku z 2 listopada 2016r. (KIO 1959/16) „(...) Regulacje ustawy wskazują wręcz na przyjęcie diametralnie odmiennego założenia, czyli realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty należycie zweryfikowane pod kątem możliwości należytego wykonania przez nie umowy. **Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt XII Ga 143/09; niepubl.), przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.**

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09), podkreślono, że „(...) zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Bardzo szeroko analizując zasadę proporcjonalności w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu w wyroku z 18 maja 2018r. (sygn. akt KIO 857/18) KIO wyjaśniła, że „(...) Zgodnie z zasadą proporcjonalności nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie może stawiać określone wymagania - powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania (...)”

Po części zapewne konsekwencją wadliwie postawionemu warunkowi jest wadliwie żądany dokument na potwierdzenie jego spełnienia. Zgodnie art. 25 ustawy pzp na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądać może dokumentów podmiotowych niezbędnych do przeprowadzenia postępowania a ich zamknięty katalog określa rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów. Zgodnie ze wskazywanym już §2 ust 4 pkt 1) tego rozporządzenia takim dokumentem jest wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 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 rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Zakres dokumentów żądanych przez Zamawiającego nie jest więc zgodny z przywołanymi przepisami.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem
r.pr. Magdalena Zadora-Redźko

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z KRS
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. Potwierdzenia wysłania odwołania do Zamawiającego.