

Lublin, dnia 19 kwietnia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02 – 676 Warszawa

Odwołujący:

Grzegorz Pawłowski
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
„MAX-BUD GRZEGORZ PAWŁOWSKI”
NIP: 7130010348
Szerokie 119, 20 – 050 Lublin
adres e-mail: kb@max-bud.pl
tel.: 502 673 390
reprezentowany przez
radcę prawnego Rafała Pilarskiego
adres e-mail: rafal@pilarskilegal.pl
(pełnomocnictwo z dnia 18 kwietnia 2022 r.)

Zamawiający:

**Wojewódzki Ośrodek Medycyny Pracy
Centrum Profilaktyczno – Lecznicze w Lublinie**
ul. Nałęczowska 27, 20-701 Lublin
adres e-mail: zampub@womp.lublin.pl
tel.: (81) 533 00 34

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 p.z.p., którego przedmiotem jest *„Robota budowlana polegająca na dobudowie segmentu 5 kondygnacyjnego przylegającego do istniejącej przychodni oraz dwukondygnacyjnego segmentu poradni dla dzieci w ramach inwestycji pn. „Rozwój i podniesienie jakości usług medycznych Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy Centrum Profilaktyczno - Leczniczego w Lublinie poprzez rozbudowę infrastruktury i doposażenie bloku C w związku ze zwalczaniem skutków pandemii COVID-19”* (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: WOMPCPL Dz.E III 26/5/2022; numer ogłoszenia w Dz. U. UE: 2022/S 070-182144, ogłoszenie z dnia 8 kwietnia 2022 r.)

Działając w imieniu Odwołującego – MAX-BUD Grzegorz Pawłowski, zgodnie z załączonym pełnomocnictwem, na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 tekst jedn., dalej jako „p.z.p.”), **wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia**, które zostały opublikowane przez Zamawiającego – Wojewódzki Ośrodek Medycyny Pracy Centrum Profilaktyczno – Lecznicze w Lublinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 p.z.p., a którego przedmiotem jest *„Robota budowlana polegająca na dobudowie segmentu 5 kondygnacyjnego przylegającego do istniejącej przychodni oraz dwukondygnacyjnego segmentu poradni dla dzieci w ramach inwestycji pn. „Rozwój i podniesienie jakości usług medycznych Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy Centrum Profilaktyczno - Leczniczego w Lublinie poprzez rozbudowę infrastruktury i doposażenie bloku C w związku ze zwalczaniem skutków pandemii COVID-19”* (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: WOMPCPL Dz.E III 26/5/2022; numer ogłoszenia w Dz. U. UE: 2022/S 070-182144, ogłoszenie z dnia 8 kwietnia 2022 r.)

Odwołanie jest wnoszone wobec warunków udziału w postępowaniu dotyczących (i) sytuacji ekonomicznej lub finansowej (ubezpieczenie) oraz (ii) zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie), które zostały postawione przez Zamawiającego w rozdziale IX pkt 2 lit. c) i d) ppkt 1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) oraz w III.1.2 i III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu (dalej jako „Ogłoszenie”), tj. **wobec warunków**

o treści:

- „Warunek spełni Wykonawca posiadający dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną **minimum 30 000 000,00 zł.**”
- „Na potwierdzenie spełnienia niniejszego warunku, Zamawiający żąda od Wykonawcy wykazania się wykonaniem minimum 2 robót budowlanych podobnych do przedmiotu zamówienia, wykonanych nie wcześniej niż w okresie **ostatnich 5 lat**, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty

Za robotę budowlaną podobną Zamawiający uzna wykonanie: **dwóch robót budowlanych** zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, polegających na rozbudowie lub budowie obiektu użyteczności publicznej, **odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 3 000m² każda i o wartości robót co najmniej 25 000 000, 00 zł każda** (z wyłączeniem obiektów o konstrukcji stalowej szkieletowej) - (według wzoru stanowiącego załącznik Nr 8 do SWZ).”

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- art. 115 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 2 p.z.p.** – poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej wykonawcy (rozdział IX pkt 2 lit. c] SWZ oraz pkt III.1.2] Ogłoszenia) polegającego na wymaganiu wykazania się przez wykonawcę posiadaniem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na poziomie sumy gwarancyjnej co najmniej 30.000.000 zł;
- art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 2 p.z.p.** – poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wykonawcy (rozdział IX pkt 2 lit.d] SWZ oraz pkt III.1.3] Ogłoszenia) polegającego na wymaganiu wykazaniu się przez wykonawcę, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbudowie lub budowie obiektu użyteczności publicznej, odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 3 000m² każda i o wartości robót co najmniej 25.000.000 zł każda

w sytuacji, gdy:

- takie wymagania wykraczają poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego,
- nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz
- w obliczu obecnej sytuacji rynkowej skutkują jedynie uniemożliwieniem złożenia oferty wykonawcom posiadającym odpowiedni potencjał.

Wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SWZ **poprzez** zmianę postanowień rozdziału IX pkt. 2 lit. c) i d) ppkt 1 SWZ oraz pkt. III.1.2 i III.1.3 Ogłoszenia, które dotyczą

kwestionowanej treści warunków udziału w postępowaniu, **w następujący sposób:**

- i. zmniejszenie minimalnej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej do kwoty 20.000.000 zł;
 - ii. zmniejszenie wymaganej minimalnej powierzchni obiektu użyteczności publicznej, której powinna dotyczyć każda z robót budowlanych, do 1.500 m²;
 - iii. zmniejszenie wymaganej minimalnej wartości robót budowlanych do kwoty 19.000.000 zł każda;
 - iv. dopuszczenie możliwości powoływania się na roboty budowlane wykonane w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert;
 - v. wykreślenie niesprecyzowanego przez Zamawiającego określenia „*odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia*”;
 - vi. odpowiednie dostosowanie żądanych podmiotowych środków dowodowych do zmienionych zgodnie z w/w wnioskami warunków udziału w postępowaniu;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Obecne postanowienia Ogłoszenia oraz SWZ, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej (ubezpieczenia) oraz zdolności zawodowych wykonawcy, naruszają przepisy p.z.p., a w konsekwencji uniemożliwiają Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia (złożenie oferty). Odwołujący jako przedsiębiorca oferujący na rynku wykonywanie robót budowlanych objętych zamówieniem oraz posiadający wystarczające zdolności finansowe i zawodowe, byłby w stanie wykonać je należycie. Aktualna treść postawionych warunków w niezasadniony potrzebami Zamawiającego sposób uniemożliwia Odwołującemu dostęp do zamówienia, co narusza jego interes. Gdyby wymagania Zamawiającego były łagodniejsze, Odwołujący mógłby wziąć udział w postępowaniu oraz złożyć konkurencyjną, zgodną z warunkami zamówienia ofertę.

Termin do wniesienia odwołania:

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 kwietnia 2022 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/597876>). Wobec tego, że wartość zamówienia jest wyższa niż próg unijny, termin do wniesienia odwołania wobec treści Ogłoszenia i SWZ upływa 19 kwietnia 2022 r. (18 kwietnia to drugi dzień Wielkiej Nocy).

Przesłanie odwołania Zamawiającemu oraz uiszczenie wpisu:

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w kwocie 20.000 zł na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych 19 kwietnia 2022 r. Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu w tym samym dniu za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail wskazany w SWZ (zampub@womp.lublin.pl) oraz za pośrednictwem platformy zakupowej platformazakupowa.pl dostawcy Open Nexus Sp. z o. o., przy użyciu której Zamawiający prowadzi postępowanie. Dowód uiszczenia wpisu oraz dowód przekazania odwołania Zamawiającemu stanowią załączniki do odwołania.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne oraz treść SWZ

8 kwietnia 2022 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest robota budowlana polegająca na dobudowie segmentu 5-kondygnacyjnego przylegającego do istniejącej przychodni oraz 2-kondygnacyjnego segmentu poradni dla dzieci w ramach inwestycji pn. „*Rozwój i podniesienie jakości usług medycznych Wojewódzkiego Ośrodka Medycyny Pracy Centrum Profilaktyczno - Leczniczego w Lublinie poprzez rozbudowę infrastruktury i doposażenie bloku C w związku ze zwalczaniem skutków pandemii COVID-19*”. Zamawiający prowadzi to postępowanie w trybie przetargu

nieograniczonego, o którym mowa w przepisie art. 132 p.z.p. Ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia przekracza próg unijny.

W rozdziale IX pkt. 2 lit. c) i d) ppkt 1 SWZ oraz pkt. III.1.2 i III.1.3 Ogłoszenia postawił następujące warunki udziału w postępowaniu:

dot. sytuacji finansowej:

„Warunek spełni Wykonawca posiadający dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 30 000 000,00 zł.”

dot. zdolności zawodowej:

*„Na potwierdzenie spełnienia niniejszego warunku, Zamawiający żąda od Wykonawcy wykazania się wykonaniem minimum 2 robót budowlanych podobnych do przedmiotu zamówienia, wykonanych nie wcześniej niż w okresie **ostatnich 5 lat**, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty*

*Za robotę budowlaną podobną Zamawiający uzna wykonanie: **dwóch robót budowlanych** zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, polegających na rozbudowie lub budowie obiektu użyteczności publicznej, **odpowiadających swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 3 000m² każda i o wartości robót co najmniej 25 000 000, 00 zł każda** (z wyłączeniem obiektów o konstrukcji stalowej szkieletowej) - (według wzoru stanowiącego załącznik Nr 8 do SWZ).”*

W przypadku obydwu warunków Zamawiający mógłby osiągnąć cele postępowania, tj. doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia, stawiając łagodniejsze wymagania.

II. Uzasadnienie zarzutów naruszenia art. 115 ust. 1 pkt 3 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 2 p.z.p.

- (1) Aktualna treść warunków udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej (ubezpieczenia) oraz zdolności zawodowej (doświadczenia) wykonawcy naruszają p.z.p. Wynikające z nich wymagania nie są usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego.
- (2) Zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu przede wszystkim w sposób **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Postawienie przez zamawiającego danego warunku nie może mieć jednak na celu lub wywoływać jedynie (w sposób zamierzony lub niezamierzony) skutku w postaci ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie zrealizować je prawidłowo. Jego treść musi być usprawiedliwiona obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, **które ten powinien być w stanie wykazać i uzasadnić.**
- (3) W tym miejscu należy zauważyć, że stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny mieć na celu wyłącznie zagwarantowanie, by zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który daje tzw. rękojmię jego należytego wykonania. Obowiązek zapewnienia proporcjonalności polega zaś na tym, że stawianie danego warunku będzie uzasadnione wyłącznie o tyle, o ile jest on **konieczny** do

zapewnienia wyboru wykonawcy, który zrealizuje zamówienie zgodnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego. **Innymi słowy – jeżeli zamawiający może osiągnąć w/w cel za pomocą „łagodniejszego” warunku, powinien wówczas zastosować takie postanowienia.** W orzecznictwie (krajowym oraz unijnym) wskazano, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny, wymaga przeprowadzania tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że działania podjęte przez zamawiającego są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. np. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2018 r., sygn. KIO 2737/17; uchwała KIO z dnia 18 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KU 27/18; uchwała KIO z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. KIO/KD 48/19).

- (4) Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej warunek udziału w postępowaniu może zostać uznany za usprawiedliwiony tylko o tyle, o ile jest związany z przedmiotem zamówienia, jest proporcjonalny oraz nie powoduje nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji – kręgu podmiotów, które mają możliwość złożenia oferty:

„Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy- w ocenie Izby- uznać za dopuszczalne **w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia.** Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji. **Podkreślenia wymaga, że zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, powinien być w stanie przedstawić racjonalne i obiektywnie uzasadnione wyjaśnienie, dlaczego dany warunek uznać za niezbędny oraz wykazać, w jaki sposób zapewni on dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia.**” (wyrok z dnia 19 czerwca 2017 r. w sprawach połączonych o sygn. KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17).

- (5) W przypadku zakwestionowania zasadności postawionego warunku to zamawiający powinien zatem wykazać, że jego treść jest usprawiedliwiona uzasadnionymi i poprawnie zidentyfikowanymi potrzebami:

„Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zasadności ustalenia wymogu w zakresie doświadczenia kierownika projektu przy realizacji projektu o wartości 50 mln zł. W sytuacji, gdy wobec tak ustalonego warunku został podniesiony zarzut nieproporcjonalności, to zamawiający winien był wykazać bezpodstawność tego zarzutu. **Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że kwota 50 mln jest trzykrotnie niższa od wartości przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby nie przesądza o tym, iż postawiony warunek jest zgodny z wymogami ustawy P.z.p.** Zamawiający winien był również wyjaśnić, dlaczego- w jego ocenie- doświadczenie w wykonywaniu projektu o wartości 50 mln zł gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a na poziomie 48 mln zł już nie. Nie przekonuje Izby stwierdzenie, że zamawiający musiał przyjąć jakiś poziom i że w sytuacji, gdyby obniżył postawiony wymóg do 48 mln zł, mógłby spotkać się z zarzutem, że powinna być to jeszcze inna, niższa kwota. Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, winien jest wykazać ich zasadność i zgodność z przepisami ustawy p.z.p.” (wyrok z dnia 15 maja 2017 r., sygn. KIO 714/17)

- (6) Również przedstawiciele Urzędu Zamówień Publicznych w opublikowanym w 2021 r. komentarzu do ustawy p.z.p. wskazują, że:

„Co do zasady zamawiający może wymagać wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień porównywalnych do udzielanego zamówienia. Porównywalny nie oznacza taki sam lub identyczny, ale raczej, że stopień skomplikowania wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług był pod

względem technicznym lub organizacyjnym na takim samym poziomie. Nie chodzi więc o taki sam rodzaj lub zakres świadczeń, ale o taki sam stopień trudności ich wykonania. Dlatego warunek, aby świadczenie było tego samego rodzaju (a także tożsame z przedmiotem zamówienia, takie jak przedmiot zamówienia, odpowiadające przedmiotowi zamówienia itp.) jest, poza przypadkami robót budowlanych, dostaw lub usług **wymagających szczególnych kwalifikacji**, nieproporcjonalny.”¹

- (7) W przypadku warunku dot. zdolności finansowej (ubezpieczenia) Zamawiający niewątpliwie mógłby zabezpieczyć swoje potrzeby także w sytuacji, w której minimalna suma gwarancyjna ubezpieczenia wynosiłaby 20.000.000 zł.

Nic nie stoi na przeszkodzie, by obniżając te wymagania Zamawiający wskazał jednocześnie w projektowanych postanowieniach umowy, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, będzie miał obowiązek zapewnić **na etapie jego realizacji** ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na wyższym poziomie (np. na poziomie nie mniejszym niż wartość złożonej oferty). W taki sposób Zamawiający nie ograniczałby niepotrzebnie konkurencji poprzez eliminację podmiotów, które na dziś nie posiadają wymaganego ubezpieczenia, ale byłyby w stanie je uzyskać na etapie zawierania umowy o zamówienie.

Wydaje się, że aktualna (surowa) treść tego warunku może być wynikiem błędnej interpretacji przez Zamawiającego charakteru warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W tym miejscu należy przywołać, w szerszym zakresie, treść komentarza do art. 115 ustawy p.z.p. pod red. Marzeny Jaworskiej, Doroty Grześkowiak-Stojek, Julii Jarnickiej, Agnieszki Matusiak (Legalis 2022 r.):

„2. Cel regulacji. Ostatecznie ukształtowało się stanowisko, że wskazany warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy, a nie zabezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej tego wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia – ubezpieczeniu przedkładane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest innym ubezpieczeniem niż ubezpieczenie, jakie będzie musiało zostać ustanowione w toku realizacji zamówienia, np. ubezpieczenie danej inwestycji.
(...)

3. Zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym. Zasadniczo przyjmuje się, że stawianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego ubezpieczenia OC ma weryfikować zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawcą, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiekującą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia (tak m.in. SO w Gdańsku, powołujący się na linię orzeczniczą KIO, w wyr. z 16.10.2019 r., XII Ga 649/19, niepubl.).

*4. Okres ubezpieczenia. Skoro warunek dotyczący ubezpieczenia ma na celu zbadanie zdolności wykonawcy do uzyskania ubezpieczenia w wysokości żądanej przez zamawiającego, to **nie można wymagać, aby wykonawca już w toku postępowania o udzielenie zamówienia posiadał ubezpieczenie wykonania danego zamówienia w pełnym spektrum przedmiotowym i w całym okresie obowiązywania umowy** (wyr. KIO z 3.1.2017 r., KIO 2395/16, Legalis).”*

- (8) Obecny warunek dotyczący doświadczenia jest zaś nieprawidłowy z tego powodu, że także wykonawca, który zrealizował roboty o niższej wartości oraz dotyczące mniejszych obiektów użyteczności publicznej

¹ "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do przepisu art. 116 p.z.p., str. 439

(o mniejszej powierzchni) będzie w stanie wykonać roboty objęte zamówieniem.

Jego przedmiot nie jest skomplikowany technologicznie lub organizacyjnie. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że roboty budowlane objęte postępowaniem mają dość typowy charakter. Ich wielkość (sama w sobie) nie powinna zaś uzasadniać surowych wymagań, które w praktyce uniemożliwiają możliwość złożenia dobrej, korzystnej dla Zamawiającego oferty podmiotom z sektora *małych i średnich przedsiębiorstw*. Należy zauważyć, że zwiększenie zaangażowania takich podmiotów w rynek zamówień publicznych stanowiło jeden z zasadniczych celów obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Działania Zamawiającego zdają się przeczyć tym założeniom.

W obliczu obecnej sytuacji rynkowej, która z jednej strony naraża Zamawiającego na ryzyko otrzymania ofert z wysokimi cenami (najprawdopodobniej poza założonym budżetem), z drugiej zaś w największym stopniu zagraża mniejszym i średnim przedsiębiorcom, Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, by także mniejsze podmioty, które byłyby w stanie sprostać zakresowi zamówienia, były w stanie skutecznie ubiegać się o jego udzielenie. Wymagania, o których ustanowienie wnosi Odwołujący, spełniają te kryteria.

Należy zauważyć, że zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu zamawiający może dopuścić możliwość powoływania się przez wykonawców na roboty budowlane wykonane w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat.

W ocenie Odwołującego, w obecnej sytuacji rynkowej adekwatnym okresem, w którym Zamawiający powinien dopuścić możliwość powoływania się przez wykonawców na roboty budowlane opisane w treści warunku, jest 7 lat przed upływem terminu składania ofert. Ograniczenie możliwości wykazywania doświadczenia do standardowych 5 lat zwiększa prawdopodobieństwo uzyskania przez Zamawiającego ofert jedynie od największych wykonawców, z zagranicznym kapitałem; eliminuje jednocześnie lokalne podmioty, które byłyby w stanie zaoferować korzystne ceny chociażby ze możliwość ponoszenia niższych kosztów np. mobilizacji, utrzymania bazy sprzętowej.

- (9) Dziwi również to (tym bardziej w obliczu przyznanego dofinansowania ze środków unijnych), dlaczego Zamawiający posługuje się w treści warunku dot. doświadczenia wysoce nieprecyzyjnymi określeniami, tj. wymaga, by wykazywane roboty budowlane *„odpowiadały swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia”*, przy czym nie definiuje, co należy rozumieć przez takie sformułowanie. Dodatkowo w tym samym punkcie SWZ wskazuje, że wykazywane roboty budowlane powinny być *„podobne do przedmiotu zamówienia”*, zaś kwestionowany wymóg, by takie roboty *„odpowiadały swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia”* to element określonej przez Zamawiającego definicji, w której wyjaśnia, co należy rozumieć przez roboty *„podobne do przedmiotu zamówienia”*. Jest to zatem przykład błędu logicznego *idem per idem* („to samo przez to samo”).

Zamawiający powinien zatem wykreślić zawarte w treści warunku zastrzeżenie, by roboty budowlane „odpowiadały swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia”. Na tę chwilę jedynie Zamawiający wie (lub póki co sam nie wie), jaki „rodzaj” robót ma na myśli posługując się takim sformułowaniem i według jakich kryteriów będzie oceniał (dokonując weryfikacji podmiotowej wykonawców) czy dana (wykazywana) robota je spełnia. Taka lub podobna treść warunków dotyczących doświadczenia, w których zamawiający publiczni posługują się nieostrymi, ogólnymi sformułowaniami, stanowi przy tym dość powszechny błąd, który jest jednak szczególnie piętnowany i dotkliwy (finansowo) dla zamawiającego w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków

unijnych (zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 2 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. III SA/Łd 832/16: „Określenie „roboty budowlane o podobnym charakterze” uznać trzeba za zbyt ogólne, aby mogło stanowić kryterium oceny warunku. Zamawiający zobowiązany jest do precyzyjnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania postawionych przez siebie warunków, tj. tak, aby każdy oferent mógł być w identyczny sposób oceniany. Wykonawca zaś, już na etapie przygotowywania oferty, musi móc ocenić to, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Warunek udziału w postępowaniu ma być przy tym związany z przedmiotem zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz proporcjonalny do niego. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają służyć weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca nałożyła korektę finansową w wysokości 25% za ww. naruszenie ustawy Pzp (tabela 2, poz. 11 „Taryfikatora”).”

- (10) Stawiając warunki zgodnie z ich aktualnym brzmieniem Zamawiający nie tylko pozbawia się zatem możliwości uzyskania **rzeczywiście** najkorzystniejszej oferty (dostępnej na rynku), ale i ze względu na przyznane mu na realizację zamówienia dofinansowanie ze środków unijnych naraża się także na **poważne ryzyko** polegające na możliwości obciążenia go przez podmiot udzielający tego dofinansowania **korektą finansową**, o której mowa w ustawie z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818 tekst jedn. z późn. zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 tekst jedn. z późn. zm.) Zgodnie z poz. 11 załącznika do w/w rozporządzenia zastosowanie warunków udziału w postępowaniu (kryteriów kwalifikacji) prowadzących do nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia może skutkować obciążeniem Zamawiającego korektą finansową/pomniejszeniem w wysokości 10 % lub 25 % kosztów kwalifikowalnych.
- (11) Jeżeli cel, który Zamawiający zamierza osiągnąć za pomocą kwestionowanych postanowień Ogłoszenia/SWZ, może zostać osiągnięty za pomocą łagodniejszych warunków, to jego treść narusza zasadę proporcjonalności, a tym samym p.z.p. W ocenie Odwołującego takie okoliczności zachodzą w tym przypadku. Zamawiający jest w stanie zapewnić, by zamówienie zostało powierzone wiarygodnemu wykonawcy (dającemu tzw. rękojmię jego należytego wykonania), nie ograniczając przy tym kręgu mogących ubiegać się o nie podmiotów wyłącznie do takich, które posiadają niższe, aczkolwiek w dalszym ciągu w pełni wystarczające, zdolności.
- (12) Zdaniem Odwołującego zmiana kwestionowanych warunków w sposób wskazany w odwołaniu z jednej strony zabezpieczy uzasadnione interesy Zamawiającego polegające na zapewnieniu, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zdolnemu do jego prawidłowej realizacji (w tym pod względem zdolności finansowej [ubezpieczenia] oraz zdolności zawodowej [doświadczenia]), z drugiej zaś nie ograniczy w nadmierny (nieproporcjonalny) sposób dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie wykonać je prawidłowo.
- (13) Jeżeli natomiast Zamawiający posiada i jest w stanie wykazać szczególne potrzeby, które uzasadniają wprowadzenie surowych warunków (zgodnie z ich aktualnym brzmieniem), to ich treść powinna być przede wszystkim adekwatna i proporcjonalna do tych potrzeb. Powinna również spełniać cechę „niezbędności” – nie może natomiast skutkować nieuzasadnionym jego potrzebami ograniczeniem konkurencji.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w odwołaniu.

r. pr. Rafał Pilarski

Załączniki

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
2. odpis KRS odwołującego
3. pełnomocnictwo z 18 kwietnia 2022 r. (kwalifikowany podpis elektroniczny)
4. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu (wydruk wiadomości e-mail oraz zrzut ekranu z platformy zakupowej)