

Sygn. akt: KIO/KU 93/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 października 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 16.09.2014 r. (wpływ 24.09.2014 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Polskie Koleje Państwowe S A.

ul. Szczęśliwicka 62

00-973 Warszawa oraz

PKP Polskie Linie Kolejowe SA.

ul. Targowa 74

03-734 Warszawa

(Zamawiający działający wspólnie)

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 10.09.2014 r.

(znak: UZP/DKUE/W3/420/112(8)/14/MR (24280) dot. UZP/DKUE/KU/112/14)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Przebudowa budynku dworca kolejowego Szczecin Główny wraz z infrastrukturą torowo-peronową

prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Justyna Tomkowska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej zgłoszonych przez Zamawiającego.

Uzasadnienie

Polskie Koleje Państwowe S A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe SA., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (działający wspólnie) zwany dalej: „Zamawiającym” przeprowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę budynku dworca kolejowego Szczecin Główny wraz z infrastrukturą torowo-peronową” na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Zamawiający 18.08.2014 r. przekazał dokumentację postępowania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Prezesem UZP” albo „Kontrolującym” celem przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - pismo z 10.09.2014 r. (informacja o wyniku kontroli uprzedniej) - wynikają następujące okoliczności. W zakresie pierwszego naruszenia Kontrolujący podniósł co następuje. W przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że Zamawiający był zobligowany do wezwania konsorcjum Winnicki Sp. z o.o. do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązania podmiotu trzeciego - X – zobowiązania potwierdzającego sposób i zakres uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia. Zaniechanie dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Zalecił usunięcie naruszenia: Ze względu na fakt, że oferta konsorcjum Winnicki Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą, Prezes UZP zaleca wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu X potwierdzającego, że ww. podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w sposób i w zakresie niezbędnym do jego realizacji lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia polegającego na opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej. W zakresie trzeciego naruszenia Kontrolujący podniósł co następuje. Zgodnie ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 05.07.2014 r. pod nr 2014/S 127-225795), oraz ze zmianą treści SIWZ z 01.07.2014 r., Zamawiający zmniejszył wartość szacunkową zamówienia, ustalając ją na kwotę 90 735 821,80 zł netto, natomiast wadium na kwotę 2 800 000,00 zł. Jednocześnie, z notatki z szacowania wartości zamówienia z 01.07.2014 r. wynika, że wartość zamówień uzupełniających wynosi 20 939 035,80 zł netto. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 Pzp, Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Natomiast, zgodnie z art. 45 ust. 5a Pzp, jeżeli Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których

mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio. Z treści powyższego przepisu wynika, że Zamawiający ustala kwotę wadium dla wartości szacunkowej zamówienia liczonej bez wartości zamówień uzupełniających, co oznacza, że w niniejszym przypadku jest to wartość 69 796 786,00 zł netto, zaś liczona od tej wartości kwota wadium stanowi 4,01 % wartości szacunkowej zamówienia podstawowego. Zamawiający określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, naruszył art. 45 ust. 4 Pzp.

W zakresie drugiego naruszenia Kontrolujący podniósł co następuje. Zamawiający w sekcji III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. IX ust. 3 SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m.in., że:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto (lub równowartość w innych walutach), polegające na opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m³;

b) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum dwa odrębne zamówienia (umowy) na roboty budowlane polegające na wykonaniu robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN brutto każde (lub równowartość w innych walutach) obejmujących budowę albo przebudowę budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³ każdy. Zakres realizowanych robót budowlanych (...).

c) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum jedno zamówienie (umowę) na roboty budowlane wykonane w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmujące budynek użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny

odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.); Zamawiający nie dopuszczał łączenia spełnienia warunków opisanych w pkt a), b) lub c) w jednym zamówieniu. W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z następującym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ: „*Prosimy o wyjaśnienie (potwierdzenie), że zamawiający uzna za spełnienie warunku w pkt 3 ppkt 1a) jeśli wykonawca przedstawi referencje na obiekt użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj z wyodrębnieniem kwoty, która dotyczyła samych projektów, natomiast na spełnienie ppkt 1c) wykaże inny obiekt także w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wykonawca jest Generalnym Wykonawcą, a więc nie świadczy samych usług projektowych (jedynie wraz z wybudowaniem) i nie umniejsza to w żaden sposób jego wartości jako wykonawcy projektów. Postawienie w ten sposób warunku (że referencja wyłącznie na zaprojektowanie) ogranicza w sposób istotny konkurencję i/lub wymusza na wykonawcach spełniających samodzielnie warunki udziału, korzystanie z potencjału i doświadczenia firm projektowych*”. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „*Zamawiający wyjaśnia, iż warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdz. IX ust. 3 pkt 1 lit. a) SIWZ w żadnym stopniu nie ogranicza możliwości, aby wymagana dokumentacja projektowa (zawierająca projekty budowlane i wykonawcze) była częścią większego zamówienia, w tym umowy zawartej w systemie zaprojektuj i wybuduj. Niemniej nie zwalnia to wykonawcy z konieczności spełnienia wszystkich wymagań dotyczących dokumentacji projektowej, tj. zakres, kubatura budynku, wartość usługi*”. W toku kontroli uprzedniej Prezes UZP zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uzasadnienie zakazu łączenia usług i robót budowlanych, w szczególności wskazanych w pkt a) i b) warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismem z 27.08.2014 r. Zamawiający wyjaśnił m. in.: „*(...).* *Takie działanie było podyktowane przede wszystkim potrzebą określenia wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienia na takim minimalnym poziomie, który dawałby zamawiającemu możliwość dokonania wyboru wykonawcy spośród takich, którzy mogą zrealizować przedmiotowe zamówienie ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie. Mając na uwadze skomplikowany zakres przedmiotu zamówienia (szeroki zakres, różnorodność branż i usług – szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosi 69 796 786,00 zł netto; przedmiotowe zamówienie posiada napięty harmonogram realizacyjny, istnieje konieczność zapewnienia ciągłości pracy dworca, dworzec kolejowy znajduje się pod stałą ochroną konserwatorską) oraz fakt, iż przedmiotowe zamówienie prowadzone jest w systemie zaprojektuj i wybuduj, a także że jest ono współfinansowane ze środków Unii Europejskiej (...) zamawiający chciał, aby w przedmiotowym postępowaniu został wyłoniony wykonawca dający jak największą gwarancję prawidłowej realizacji zadania. (...).* *W ocenie zamawiającego powyższe warunki mogą spełnić wykonawcy, którzy posiadają ugruntowaną wiedzę i doświadczenie na rynku*

budowlanym, tym niemniej mając na względzie możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienia (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp) mogą to być zarówno firmy z branży budowlanej, jak również konsorcja składające się z podmiotów realizujących usługi projektowe oraz roboty budowlane. Okoliczność, iż zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji trzech zamówień na roboty budowlane wynika ze specyfiki realizacji robót w systemie BUDUJ oraz Zaprojektuj i WYBUDUJ. Pokazanie doświadczenia tylko w realizacji zamówienia w jednej z tych form nie dałoby zamawiającemu pełnej wiedzy na temat możliwości i umiejętności wykonawcy. Wprawdzie przedmiot zamówienia realizowany będzie częściowo w systemie Projektuj – Buduj, tak część robót będzie realizowana w oparciu o posiadaną przez zamawiającego dokumentację projektową. (...). Zamawiający, nie dopuszczając łączenia spełnienia warunków opisanych w podpunktach a), b) lub c), kierował się dobrem przedmiotowego zadania oraz chęcią zweryfikowania wykonawców pod kątem ich doświadczenia, tj.:

- 1) posiadania doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy). Przedmiotem zamówienia jest nie tylko wykonanie robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj, ale również zaktualizowanie dokumentacji projektowej – roboty budowlane na podstawie przedmiotowej dokumentacji zostaną wykonane w późniejszym terminie;*
- 2) posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych o zbliżonym zakresie i poziomie trudności;*
- 3) posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych wykonanych w systemie zaprojektuj i wybuduj. (...).”*

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego wskazał, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważył, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem Zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez Zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 Pzp).

Podkreślił, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dokonany przez Zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu będzie realizowany w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zatem obowiązkiem wybranego wykonawcy będzie zaprojektowanie robót budowlanych, a następnie ich realizacja. Dodatkowo, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, w skład świadczenia wykonawcy wchodzi również wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej znajdującej się już w posiadaniu Zamawiającego oraz aktualizacja tej dokumentacji. Zgodnie natomiast z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał od potencjalnego wykonawcy wykazania się odrębnie: usługą zaprojektowania (pkt a), realizacją dwóch robót budowlanych (pkt b) oraz realizacją robót budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (pkt c). W konsekwencji, nie istniała możliwość wykazania spełniania warunku opisanego w pkt a) i b) poprzez wykazanie jednego zadania, obejmującego projekt i wykonanie robót budowlanych. Mając na uwadze powyższe stwierdził, że o ile przedmiot zamówienia uzasadnia opisanie warunku zarówno w usłudze zaprojektowania, jak i wykonania robót budowlanych, to zakaz łączenia tych dwóch elementów w jednym zamówieniu w celu wykazania spełniania warunku z pkt a) i b) jest merytorycznie nieuzasadniony. Zamawiający w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi UZP kładzie nacisk na wielkość i poziom trudności realizacji przedmiotu zamówienia, co jednak nie wyjaśnia zakazu łączenia zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót w jednym zamówieniu. Istotną kwestią w przedmiotowym postępowaniu jest bowiem zbadanie, czy wykonawca posiada doświadczenie w zaprojektowaniu i wykonaniu robot budowlanych, nie ma przy tym znaczenia, czy wykonał to w ramach jednego czy dwóch odrębnych zamówieniach. Nie ulega bowiem wątpliwości, że doświadczenie wykonawcy w zakresie realizacji robót w systemie „zaprojektuj i wybuduj” jest takie samo, gdy wykona usługę zaprojektowania i wykonania robót razem, jak i oddzielnie. Zauważył, że Zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi UZP wskazał, że część robót będzie realizowana na podstawie dokumentacji Zamawiającego, co mogłoby uzasadniać postawienie wymogu realizacji robót na podstawie dokumentacji przygotowanej przez inny podmiot niż wykonawca, a zatem mogłoby uzasadniać żądanie odrębnie referencji na zaprojektowanie i odrębnie na wykonanie robót budowlanych. Jednak zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ Zamawiający

dopuszczył, aby zarówno referencje na zaprojektowanie, jak i na wykonanie robót były częścią większego projektu zrealizowanego przez tego samego wykonawcę, zatem nie badałyby umiejętności wykonania robót na podstawie cudzego projektu budowlanego. W konsekwencji wymóg, aby wykonawca wykazał się odrębnie usługą zaprojektowania i odrębnie wykonaniem robót budowlanych spowodował, że w postępowaniu nie mogli brać udziału wykonawcy, którzy posiadali ww. doświadczenie, jednak nabyte w ramach jednego zamówienia. Opisany przez Zamawiającego warunek doświadczenia ograniczał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie i byłiby zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia. Podniósł, że wykonawca, który w ramach jednej referencji wykazałby się należyłą realizacją usługi zaprojektowania i wykonania robót budowlanych nie daje mniejszej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się oddzielnie referencją na usługę i oddzielnie na wykonanie robót budowlanych. Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający nie udowodnił, że wykonawca, który wykazałby spełnienie warunku opisanego w pkt a) i b) w jednym zamówieniu (inwestycji) nie dawałby rękojmi należytej realizacji zamówienia. W związku z powyższym, niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt a) i b) łącznie w jednym zamówieniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jednocześnie mogło utrudnić uczciwą konkurencję, w związku z tym stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z 16.09.2014 r. - wpływ 24.09.2014 r.) do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje. Odnośnie do pierwszego naruszenia, a ściśle wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej zaleceniach dotyczących zaniechania przez Zamawiającego wezwania konsorcjum Winnicki Sp. z o.o. oraz MAXTO Sp. z o.o. SKA na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, 12.09.2014 r. skierował do wykonawcy konsorcjum firm reprezentowane przez Winnicki Sp. z o.o. wezwanie do uzupełnienia zobowiązania złożonego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot X, celem uzyskania odpowiedzi w jaki sposób i w jakim konkretnie zakresie ww. podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia. Odpowiedź na ww. wezwanie zamawiający otrzymał 16.09.2014 r. przed upływem wyznaczonego terminu. Zamawiający na potwierdzenie przedkłada w załączeniu do niniejszego pisma przedmiotowe wezwanie oraz odpowiedź wykonawcy, wypełniając tym samym zalecenie sformułowane przez Prezesa UZP. Odnośnie do trzeciego naruszenia Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Względem drugiego naruszenia Zamawiający wniósł zastrzeżenia. Dotyczyły zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez

niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdz. IX ust. 3 pkt 1) lit. a), b) SIWZ łącznie w jednym zamówieniu. Zgodnie z art. 22 ust.1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz zasobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przywołany powyżej przepis stanowi transpozycję na grunt prawa polskiego regulacji art. 44 dyrektywy 2004/18WE zgodnie z którym Zamawiający mogą żądać od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu ("minimalnych zdolności") dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz kwalifikacji technicznych i zawodowych. Wspomniane warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i zarazem proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe podkreślił, iż zarówno ugruntowane orzecznictwo, jak też poglądy prezentowane przez Prezesa UZP wskazują, iż Zamawiający ma swobodę w określaniu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków na potwierdzenie posiadania przez wykonawców doświadczenia i wiedzy niezbędnej do realizacji zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków powinien być proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia. Przy czym, w sytuacji, w której warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia i wiedzy, określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu lub SIWZ są nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, każdy potencjalny wykonawca może zakwestionować je, korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, gdyż właśnie środki ochrony prawnej, ale także instytucja pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia najpełniej realizują zasadę równego dostępu wykonawców do zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż sformułowany przez niego w takiej treści opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wzbudził wątpliwości wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie wniósł odwołania w tym zakresie, żaden nie wnosił o uchylenie tak sformułowanych warunków. Jedyne pytanie postawione przez wykonawcę odnośnie do opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dotyczyło możliwości łączenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o warunek z pkt a) i c). Zaznaczył, iż jedyne odwołanie jakie wpłynęło w przedmiotowym postępowaniu, złożone przez wykonawcę Energopol-Szczecin S.A. (sygn. akt KIO 1286/14) dotyczyło terminu realizacji przedmiotu zamówienia, warunków umowy oraz skomplikowanego opisu przedmiotu zamówienia. Również protokół z rozprawy KIO z 03.07.2014 r. oraz wyrok KIO z 08.07.2014 r. w niniejszej sprawie potwierdzają, iż to

nie opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia mógł spowodować ograniczenie ilości wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, a termin jego realizacji oraz skomplikowanie i zależności projektowo - wykonawcze. W tym miejscu przypomniał, że Zamawiający w sekcji II pkt 2.3) ogłoszenia oraz w rozdz. IX ust. 3 pkt 1) lit. a), b) i c) SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m.in., iż:

- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 1 000 000 zł brutto (lub równowartość w innych walutach), polegające na opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych budowy albo przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., Nr 75, poz. 690, z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m²;
- b) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał minimum dwa odrębne zamówienia (umowy) na roboty budowlane polegające na wykonaniu robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50 000 000, 00 PLN brutto każde (lub równowartość w innych walutach) obejmujących budowę albo przebudowę budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., Nr 75, poz. 690, z późn. zm.) o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m²;
- c) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał minimum jedno zamówienie (umowę) na roboty budowlane wykonane w systemie zaprojektuj i wybuduj obejmujące budynek użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., Nr 75, poz. 690, z późn. zm.).

Zamawiający nie dopuszczał łączenia spełnienia warunków opisanych w pkt a), b) i c). Jednakże w toku postępowania rozumienie tego warunku zostało określone odpowiedzią na pytanie wykonawcy, który zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedź, „(...)czy zamawiający uzna za spełnienie warunku w pkt 3 ppkt 1a) jeśli Wykonawca przedstawi referencje na obiekt użyteczności publicznej, w systemie zaprojektuj i wybuduj z wyodrębnieniem kwoty, która dotyczyła samych projektów, natomiast na

spełnienie pkt 1 c wykaże inny obiekt także w systemie zaprojektuj i wybuduj (...)". W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż „warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale IX ust. 3 pkt 1) lit. a) SIWZ w żadnym stopniu nie ogranicza możliwości, aby wymagana dokumentacja projektowa (zawierająca projekty budowlane i wykonawcze) była częścią większego zamówienia, w tym umowy zawartej w systemie zaprojektuj i wybuduj. Niemniej nie zwalnia to wykonawcy z konieczności spełnienia wszystkich wymagań dotyczących dokumentacji projektowej, tj. zakres, kubatura budynku, wartość usługi”. W świetle powyższego wykonawca, aby spełniać warunki udziału w postępowaniu musiał *de facto* wykazać: Wariant 1: wykonanie:

- jednego projektu o wartości co najmniej 1 000 000 zł (dot. budowy lub przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m²);
- dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł każda (dot. budowy lub przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m²);
- jednego zamówienia na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj (obejmujące budynek użyteczności publicznej), bez względu na wartość

Wariant 2: wykonanie:

- dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł każda (dot. budowy lub przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m²);
- dwóch zamówień na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj (obejmujące budynek użyteczności publicznej), przy założeniu, iż jedno z tych zamówień spełni warunek określony w pkt a), tj. wartość 1 000 000 oraz kubatura nie mniejsza niż 5 000 m²).

Wariant 3 wykonanie:

- 4 zamówień na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj przy założeniu, iż:
 - a) jedno z tych zamówień spełni warunek określony w pkt a), tj. wartość projektu powyżej 1 000 000 zł oraz kubatura nie mniejsza niż 5 000 m²,
 - b) dwa wypełnią warunek z pkt b), tj. będą stanowić dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł każda oraz będą dotyczyć budowy lub przebudowy budynku spełniającego przesłanki budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m²
 - c) czwarty wypełni warunek z pkt c) i będzie stanowił jedno zamówienie na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj (obejmujące budynek użyteczności publicznej), bez względu na jego wartość, czy kubaturę.

Powyższe wskazuje zatem, iż zamiarem Zamawiającego było uzyskanie możliwości wyboru wykonawcy spośród takich, którzy byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie ze względu na posiadana wiedze zarówno w systemie BUDUJ, jak i ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ. Okoliczność ta jest uzasadniona przede wszystkim specyfiką przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, informacja o wynikach kontroli wprawdzie wskazuje, iż powyższe zauważył także Prezes UZP, w tym odniósł się do cytowanej odpowiedzi na pytanie, niemniej jednak wywiódł błędne wnioski. Przyjął bowiem, iż skoro Zamawiający dopuścił, by referencje na zaprojektowanie i wykonanie robót były częścią większego projektu zrealizowanego przez tego samego wykonawcę, to projekt taki powinien wypełniać doświadczenia dla każdego z zakresów którego dotyczył. Jest to jednak błędne stanowisko i nie znajduje ono uzasadnienia, zwłaszcza mając na względzie stan faktyczny niniejszej sprawy, jak i przede wszystkim specyfikę przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia będzie częściowo realizowany w systemie ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ, część robót będzie także realizowana w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację projektową, czyli w systemie BUDUJ, oraz samo ZAPROJEKTUJ (bez buduj) - zgodnie z poniższą tabelą.

ETAP: Zaprojektuj i wybuduj

Wyburzenie budynku D3

Przystosowanie budynku D4 do potrzeb dworca tymczasowego (Zamawiający nie wyklucza innej lokalizacji dworca tymczasowego)

Wykonanie robót związanych z budową nowego budynku D1p

Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D1

Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D2

Wykonanie nowej kładki pomiędzy budynkiem D1p i ul. Owocową

Wykonanie robót związanych z przebudową tunelu osobowego

ETAP: Uzupełnij istniejącą dokumentację i wybuduj

Wykonanie robót związanych z modernizacją peronów 1 i 4

Wykonanie robót związanych z modernizacją muru oporowego

Wykonanie robót budowlanych związanych z elewacją budynku byłej nastawni

Renowacja elewacji budynku byłego dyżurnego ruchu peronowego na peronie nr 3

Zaprojektuj i nie buduj (sam projekt)

Wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy peronu 2 i 3 oraz łącznika między kładkami

Wykonanie dokumentacji projektowej budowy wiat peronowych na peronie nr 1, 2 i 3

W świetle powyższego za racjonalne i uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia należy uznać sformułowany przez Zamawiającego zakaz łączenia spełnienia warunków opisanych a) b) i c), który miał na celu wyeliminowanie sytuacji, w której

wykonawca mógłby przedstawić jeden projekt na potwierdzenie spełnienia wszystkich trzech warunków. Wymóg doświadczenia dotyczył bowiem 4 odrębnych projektów, zaś ilość projektów, co istotne, nie stanowiła w ocenie Prezesa UZP naruszenia regulacji proporcjonalności warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Inaczej bowiem w tym zakresie skarżona ocena zawierałaby stosowne odniesienie. Każdy z warunków (a, b, i c) tak ilościowo, jak też wartościowo odnosił się do tej części (zakresu) przedmiotu zamówienia, która ma być przedmiotem realizacji, a przy tym każda z nich mogła by stanowić przedmiot odrębnego zamówienia.

Wartości te zostały przy tym potwierdzone w praktyce ofert złożonych w postępowaniu.

Wartość robót: 94 636 815,00 zł brutto,

Wartość dokumentacji: 4 980 885,00 zł brutto,

Wartości z oferty Konsorcjum Winnicki Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o. SKA.

Dopuszczenie możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednym projektem skutkowałaby faktycznie brakiem możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego posiadanej wiedzy wykonawcy dla realizacji zamówienia, gdyż doświadczenie z jednego projektu dla tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia jak będący w ocenianym zamówieniu racjonalnie jest niewystarczające. Celem Zamawiającego było dokonanie wyboru wykonawcy, który nie tylko będzie posiadał wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych w systemie ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ, ale także takiego wykonawcy, który będzie się legitymował możliwością wykonania robót budowlanych w oparciu o projekt innego wykonawcy, gdyż wbrew temu co stwierdził w wyniku kontroli Prezes UZP, inaczej realizuje się inwestycje i wymaga innego przygotowania realizacja wykonywana w oparciu o projekt dostarczony przez Inwestora, a inaczej wykonywany samodzielnie i równolegle z prowadzonymi robotami przez wykonawcę robót. Mając zatem na względzie opis przedmiotu zamówienia takie stanowisko Zamawiającego jest jak najbardziej uzasadnione, nie stanowi wymagań wykraczających poza przedmiot zamówienia i jest wobec niego proporcjonalne. Przywołał wyrok KIO z 04.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 126/07 oraz wyroku KIO z 16.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2603/10. Tym samym w ocenie Zamawiającego za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, szczególnie że przedmiotem zastrzeżeń nie jest ilość projektów referencyjnych (łącznie wymagano 4), tylko niemożność łączenia dla wypełnienia warunku doświadczenia z projektów złożonych. Jest to też o tyle zatem niezasadne, że wariant 3 przedstawiony powyżej dla wypełnienia wymagań Zamawiającego przewiduje bowiem połączenie w każdym z projektów referencyjnych doświadczenia z projektowania i wykonawstwa, czemu Zamawiający dał wyraz w odpowiedzi na w/w pytanie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego zarówno stan faktyczny i okoliczności niniejszej sprawy wskazują, iż nie naruszył on również art. 7 ust. 1 Pzp. Jak wskazywano bowiem

w treści niniejszego pisma Zamawiający kierował się obiektywnymi przesłankami, mając przede wszystkim na względzie przedmiot zamówienia oraz związany z tym cel czyli wyłonienie wykonawcy zdolnego do jak najlepszego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż nie można przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji utożsamiać z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym również niezdolnych do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego potrzeba wyboru wykonawcy zdolnego wykonać w sposób należyty przedmiot zamówienia jak najbardziej uzasadnia opisanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem tego przedmiotu zamówienia, nie może natomiast stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, gdyż już sama wykładnia celowościowa przepisu art. 22 ust. 4 Pzp wskazuje, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki m.in. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a nie zaś wszyscy wykonawcy. Wskazał na wyrok KIO z 27.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2744/12. Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest zatem wybór jakiegokolwiek wykonawcy lecz takiego, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, czyli wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym w ocenie Zamawiającego Prezes UZP w informacji o wynikach kontroli błędnie wskazał, iż Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Sformułowanie ustawodawcy: „*Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*” wskazuje, iż opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez Zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Przywołał jeden z wyroków SO w Warszawie. Mając na uwadze powyższe Zamawiający podkreślił, iż w swej argumentacji Prezes UZP, zupełnie nie odniósł się do wartości wskazanych dla poszczególnych robót/projektów, a także do ilości projektów, jakich Zamawiający mógł żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający wyszczególnił, jakich projektów, robót, o jakiej wartości, jakich cechach i jakim systemie BUDUJ/ ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ oczekuje. Tak sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie spotkał się z dezaprobatą i niezrozumieniem ze strony wykonawców. Także treść złożonych ofert wskazuje, że wykonawcy odczytali zamiar Zamawiającego i nie dostrzegli w jego działaniu żadnych naruszeń przepisów Pzp. Powyższe w ocenie Zamawiającego, mając również na względzie pozostałe treści wskazane w niniejszym piśmie w sposób oczywisty potwierdza, że Zamawiający działał w sposób obiektywny, racjonalny i uzasadniony zarówno specyfiką

przedmiotu zamówienia, jak i celem (realizacja przedmiotu zamówienia). Wskazał na uchwałę SN z 18.09.2002 r. sygn. akt: III CZP 52/02.

Prezes UZP w odpowiedzi z 29.09.2014 r. na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią wskazał co następuje. Analizując przedmiotową sprawę wskazał na cele systemu zamówień publicznych oraz fakt, iż zamówienie jest współfinansowane ze środków europejskich. Przywołał wyrok z 23.12.2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08)*, wyroku z 27.10.2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03)* oraz wyrok z 16.09.1999 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97)*. Nadto wskazał na preambułę do Dyrektywy 2004/18/WE. Stwierdził, stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Pzp, w zakresie merytorycznego kształtowania warunków udziału w postępowaniu, pozostawia Zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Jednocześnie, dążenie Zamawiającego do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia nie może stanowić argumentu dla naruszenia norm ustawy poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy również gwarantują należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają bowiem uniemożliwić skuteczne ubieganie się o zamówienie wyłącznie tym wykonawcom, których posiadany potencjał (w tym wiedza i doświadczenie) nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia. Dlatego art. 22 ust. 4 Pzp wskazuje na konieczność takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który będzie związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tej kwestii ponownie wskazał w ślad za argumentacją przytoczoną w Informacji o wyniku kontroli, iż opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy zdolnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest określić poziom, od którego uzna np. doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, to znaczy ma określić właściwy stosunek niezbędnego poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia dostępu do realizacji zamówienia na równych,

niedyskryminacyjnych zasadach. Wskazał na wyrok SO w Szczecinie z 20.03.2009 r. (sygn. akt. VIII Ga 58/09). Ponownie stwierdził, że żaden z argumentów przytoczonych w wyjaśnieniach Zamawiającego z 27.08.2014 r. (tj. skomplikowany zakres przedmiotu zamówienia, duża wartość szacunkowa zamówienia, napięty harmonogram realizacyjny, konieczność zapewnienia ciągłości pracy dworca, zamówienie prowadzone w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, współfinansowanie ze środków UE) nie uzasadnia - w kontekście opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji - zakazu łączenia w jednym zamówieniu zaprojektowania i wykonania robót budowlanych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w dwóch powyższych dziedzinach ma taką samą wartość, niezależnie od tego, czy jest wykazywane na podstawie dwóch referencji dotyczących różnych inwestycji, czy też na podstawie jednej referencji dotyczącej jednego zamówienia. Żaden z elementów przedmiotu zamówienia przytoczony przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie uzasadnia braku możliwości łącznego wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wybudowaniu w jednym zamówieniu. Gdyby natomiast, jak twierdzi Zamawiający, istotne było zweryfikowanie doświadczenia wykonawcy pod kątem umiejętności realizacji robót budowlanych na podstawie cudzego projektu budowlanego (gdyż w niniejszej sprawie wykonawca będzie realizował w pewnym zakresie roboty również na podstawie dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego), warunek udziału w postępowaniu musiałby zostać inaczej sformułowany. Przede wszystkim wykazywane roboty budowlane nie mogłyby być wówczas częścią inwestycji „zaprojektuj i wybuduj”, zrealizowanej w całości przez jednego wykonawcę. Zamawiający natomiast nie wprowadził takiego ograniczenia, co spowodowało między innymi, że wybrany wykonawca, na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt b), tj. zrealizowanie dwóch odpowiednich robót budowlanych, wykazał się w jednym przypadku inwestycją dotyczącą również wykonania dokumentacji projektowej wykonawczej. Powyższe przeczy argumentom Zamawiającego, że opis warunków miał na celu umożliwienie zbadania, czy wykonawca posiada doświadczenie także w budowaniu na podstawie cudzego projektu. Jak pokazuje powyższy przykład, dopuszczalne było bowiem wykazanie doświadczenia z zakresu budowy budynków w ramach inwestycji typu „zaprojektuj i wybuduj”, czyli bez gotowego projektu. W konsekwencji, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, opisany warunek wiedzy i doświadczenia, w tym będący przedmiotem sporu brak możliwości wykazania spełnienia dwóch elementów warunku w jednym zamówieniu typu „zaprojektuj i wybuduj”, nie umożliwił weryfikacji doświadczenia wykonawcy pod kątem umiejętności realizacji robót budowlanych na podstawie cudzego projektu. Ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której wykonawcy musieli wykazać się nie trzema, ale aż czterema referencjami na różne zamówienia. Wprawdzie, jak zauważył Zamawiający w zastrzeżeniach, bezpośrednią

podstawą naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli nie była zbyt duża liczba żądanych przez Zamawiającego referencji, to jednak pośrednio, poprzez brak możliwości połączenia w jednym zamówieniu dwóch elementów warunku i konieczność zwiększenia przez to liczby wykazywanych zamówień, również liczba referencji była nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem, w opinii Prezesa UZP, należało dopuścić możliwość wykazania doświadczenia opisanego w pkt a) i b) łącznie w jednej referencji, to w konsekwencji prawidłowe spełnienie warunku nastąpiłoby poprzez wykazanie się przez wykonawcę realizacją mniejszej liczby zamówień, niż żądał Zamawiający. Innymi słowy, poprzez nieuzasadniony zakaz łącznego spełnienia warunku w jednym zamówieniu Zamawiający bezzasadnie wymagał od wykonawców większej liczby referencji. Jest to nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, polegającego na wybudowaniu jednego budynku, i ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie, jednak w mniejszej liczbie inwestycji. Ponadto ponownie wskazał, że usługę projektowania oraz roboty budowlane można wykonać zarówno w ramach jednej inwestycji (*"zaprojektuj i wybuduj"*), jak i w ramach dwóch odrębnych zadań. Nie ma zatem powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji inwestycji obejmującej zaprojektowanie i budowę, nie może wykazać jej na potwierdzenie spełniania zarówno warunku dotyczącego projektowania, jak i warunku dotyczącego budowy. Co za tym idzie, nie ma powodu, aby wykonawcy takiemu umożliwiano wykazanie tej inwestycji na potwierdzenie np. tylko warunku dotyczącego budowy, a dla wykazania spełniania warunku dotyczącego projektowania zmuszano go do wykazania się inną, dodatkową inwestycją. Należy podkreślić, że poziom doświadczenia wykonawcy pod kątem zdolności do należytej realizacji zamówienia mógł zostać zbadany poprzez żądanie wykazania się inwestycją o odpowiedniej wielkości i charakterze, czy warunkach realizacji usługi/roboty budowlanej, a nie poprzez niczym nieograniczone zwiększanie liczby żądanych inwestycji. W tym miejscu podkreślił, że tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu wyeliminował z przedmiotowego postępowania wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji np. dwóch lub trzech inwestycji w systemie *"zaprojektuj i wybuduj"*, a więc wykonawców niewątpliwie posiadających duże doświadczenie w tym zakresie. Zamawiający nie wykazał jednocześnie, że wykonawcy dysponujący takim doświadczeniem nie byłiby w stanie prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia, a jak zostało wskazane w Informacji o wyniku kontroli i powtórzone następnie przez samego Zamawiającego w zastrzeżeniach *"dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego"*. Argumenty przytoczone przez Zamawiającego nie pozwalają na uznanie, że minimalny poziom doświadczenia, jaki pozwala na weryfikację wykonawcy pod kątem zdolności do realizacji zamówienia, to realizacja aż czterech różnych inwestycji. Podkreślił, że naruszenie

stwierdzone przez Prezesa UZP dotyczyło wyłącznie elementów warunku opisanych w pkt a) i b), nie zaś wszystkich elementów (pkt a-c). Zatem argument Zamawiającego, iż nie chciał dopuścić do sytuacji, w której cały warunek wiedzy i doświadczenia mógłby zostać spełniony przez jedno zamówienie, jest bezprzedmiotowy. Odnosząc się do argumentów dotyczących zasady zachowania uczciwej konkurencji należy zgodzić się z Zamawiającym, iż nie może ona mieć na celu dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców występujących w danej branży na rynku. Bez wątpienia jednak powyższa zasada powinna gwarantować udział w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast opisany w przedmiotowym postępowaniu warunek nie pozwalał na skuteczne wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom posiadających wystarczające doświadczenie. O ograniczeniu konkurencji w postępowaniu może świadczyć fakt, iż na rynku całej UE znaleźli się tylko dwaj wykonawcy (w tym jedno konsorcjum), którzy spełnili opisany przez Zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia, dodatkowo przy wykorzystaniu potencjału innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Natomiast sama okoliczność niezłożenia odwołania na opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może przesądzać, że opis ten został skonstruowany przez Zamawiającego prawidłowo. W konsekwencji, Prezes UZP podtrzymuje stanowisko, iż niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt a) i b) łącznie w jednym zamówieniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jednocześnie mogło utrudnić uczciwą konkurencję, a w związku z tym stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na podstawie Protokołu kontroli uprzedniej (UZP/DKD/KU/112/14), Informacji o wyniku kontroli, zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli przekazanych przy piśmie z 16.09.2014 r. - wpływ 24.09.2014 r., stanowiska Kontrolującego zajętego w piśmie z 29.09.2014 r. po złożeniu zastrzeżeń, a także dokumentacji postępowania przekazanej Prezesowi UZP przez Zamawiającego w toku kontroli Izba oceniła stanowisko organu kontrolującego za prawidłowe, dzielając także prezentowaną przez Kontrolującego argumentację.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę, uznając za zasadne podkreślenie następujących okoliczności.

Zastrzeżenia Zamawiającego, jak i jego argumentacja są niekonsekwentne, na co także zwraca uwagę Kontrolujący. Z jednej bowiem strony podkreśla Zamawiający, że - jego celem było dokonanie wyboru wykonawcy, który nie tylko będzie posiadał wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”, ale także takiego wykonawcy, który będzie się legitymował możliwością wykonania robót budowlanych w oparciu o projekt innego wykonawcy, gdyż inaczej realizuje się inwestycje i wymaga innego przygotowania realizacja wykonywana w oparciu o projekt dostarczony przez Inwestora, a inaczej wykonywany samodzielnie i równoległe z prowadzonymi robotami przez wykonawcę robót – z drugiej przyznał, że rozumienie zakazu łączenia spełnienia warunków opisanych w pkt a), b) i c) zostało określone odpowiedzią z 01.07.2014 r. na pytanie 1 i wskazał m. in. na wariant 3 będący konsekwencją udzielonej odpowiedzi. W jego ramach istnieje możliwość wykazania się spełnieniem warunku opisanego w pkt b), który został stworzony jakoby celem weryfikacji doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych w oparciu o projekt innego wykonawcy, w oparciu o doświadczenie uzyskane w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”, czyli także w ramach którego Generalny Wykonawca (jeden Wykonawca) będzie realizował robotę budowlaną nie na podstawie cudzego, ale własnego projektu. Wynika z powyższego sprzeczność, gdyż Kontrolujący nie zaprzecza, że opis przedmiotu zamówienia uprawniał do sformułowania takich, a nie innych wymogów, ale podważa sens ustanowionego zakazu. Skoro bowiem nie można łączyć doświadczenia opisanego w pkt a) i b), co jest przedmiotem naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli, w ramach jednej referencji z powodów różnic w realizacji roboty budowlanej w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”, a w systemie „BUDUJ”, to dlaczego można było wykazać się na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt b) poprzez robotę budowlaną zrealizowaną de facto w sposób wynikający z pkt c) /czyli w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”/. Izba wskazuje także, że w ramach wariantu 3 Zamawiający dopuszcza również możliwość potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt a) poprzez usługę zrealizowaną w sposób wynikający z pkt c) /czyli w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”/.

Dodatkowo, przywołany przez Kontrolującego stan faktyczny w odpowiedzi na zastrzeżenia i skorzystanie z opisanej powyżej możliwości wykazania, poprzez doświadczenie będące częścią inwestycji w systemie „ ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ” (c) doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt b) znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania przekazanej Prezesowi UZP przez Zamawiającego w toku kontroli.

W konsekwencji, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie tylko nie udowodnił zasadności zakwestionowanego przez Kontrolującego zakazu, ale poprzez wskazany

wariant 3 w zastrzeżeniach, zaprzeczył wręcz istnieniu jakiegokolwiek różnicy w doświadczeniu uzyskanemu w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ” i w systemie „BUDUJ”, a ściśle jego celowości. Należy także uznać, że słusznie Kontrolujący argumentował, że poprzez zakwestionowanie samego zakazu miało miejsce zakwestionowanie żądanej ilości referencji, gdyż jedno wynika z drugiego. Nadto, uznanie samego zakazu łączenia, tzn. konieczności wykazania się oddzielnymi referencjami, przy przyjęciu, że będą one mogły obejmować określone roboty budowlane i usługę, czyli ich faktycznej równorzędności, czyni zakaz pozbawiony uzasadnienia merytorycznego i skutkuje jedynie sztucznym zwiększeniem liczby referencji, które należało przedstawić na potwierdzenie sformułowanych wymogów w pkt a), b) i c). Z tych także powodów, Izba nie uznała za trafny argument Zamawiającego, że dopuszczenie możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednym projektem skutkowałoby brakiem możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego posiadanej wiedzy Wykonawcy dla realizacji zamówienia, gdyż doświadczenie z jednego projektu dla tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia, jak będący przedmiotem zamówienia jest niewystarczające, skoro sam de facto Zamawiający poprzez wariant 3 oraz odpowiedź z 01.07.2014 r. na pytanie 1 uznaje ich równorzędność.

Niewątpliwie usługę projektowania oraz roboty budowlane można wykonać zarówno w ramach jednej inwestycji („ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”), jak i w ramach dwóch odrębnych zadań. Nie ma powodu, aby wykonawcy takiemu umożliwiano wykazanie tej inwestycji na potwierdzenie np. tylko warunku dotyczącego budowy, a dla wykazania spełniania warunku dotyczącego projektowania zmuszano go do wykazania się inną, dodatkową inwestycją. Niewątpliwie także - poziom doświadczenia wykonawcy pod kątem zdolności do należytej realizacji zamówienia mógł zostać zbadany poprzez żądanie wykazania się inwestycją o odpowiedniej wielkości i charakterze, czy warunkach realizacji usługi/roboty budowlanej, a nie poprzez zwiększanie liczby żądanych inwestycji. Proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru/ wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisywany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu bezsprzecznie wyeliminował z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji np. dwóch lub trzech inwestycji w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”, a więc wykonawców niewątpliwie posiadających duże doświadczenie w tym zakresie - „*Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 Pzp, jeśli uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia*” (tak: wyrok KIO z 17.04.2012 r., sygn. akt: KIO 655/12, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyt nr 13).

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....