Sygn. akt: KIO/KU 27/18

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 28 czerwca 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 czerwca 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Wodociągi Białostockie sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej (znak sprawy KU/48/18/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa trzeciego pulsatora na terenie Wydziału Produkcji Wody w Pietraszach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Daniel Konicz**

Członkowie: **Emil Kuriata**

Anna Kuszel-Kowalczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego są niezasadne.

Sygn. akt: KIO/KU 27/18

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu", „Prezes UZP" lub „Kontrolujący") przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie"), w wyniku której stwierdził m.in. naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a Pzp przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale VIII pkt 8 ppkt 3) lit. b) SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym i do realizacji zamówienia skierują m.in. Kierownika budowy posiadającego co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego oraz Kierownika robót konstrukcyjno-budowalnych, Kierownika robót sanitarnych, Kierownika robót elektrycznych, posiadających co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego.

Ponadto Zamawiający w przypisie na str. 8-9 SIWZ wskazał, że:

„Przez doświadczenie zawodowe (w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych, doświadczenie liczone jest w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert), zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia j instytucjach rynku pracy (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.), należy rozumieć doświadczenie zawodowe uzyskane w trakcie:

- zatrudnienia,
- wykonywania innej pracy zarobkowej,
  lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Oznacza to, że doświadczenie zawodowe uzyskuje się m.in. poprzez lata pracy zarobkowej w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej prowadzonej co najmniej 6 miesięcy. Warunek doświadczenia zawodowego zawiera także doświadczenie praktyczne tj. wymóg nabycia, w trakcie tego doświadczenia zawodowego, określonych umiejętności praktycznych do wykonywania pracy przez wykonywanie zadań o określonym stopniu złożoności".

Prezes Urzędu stwierdził, że tak sformułowany warunek jest nieproporcjonalny, ponieważ ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy mogliby wykazać się osobami posiadającym 5- lub 3-letnie doświadczenie, na które składało się doświadczenie nabyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej przez okres krótszy niż 6 miesięcy, pomimo że byliby oni zdolni do wykonania zamówienia.

Powyższe, zdaniem Kontrolującego, stanowiło naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp w zakresie wskazanego w tym przepisie wymogu proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP nadmienił, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w uchwale Izby wydanej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 15/18.

Pismem z dnia 1 czerwca 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 171a Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający wyjaśnił, że definicja z art. 2 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2017 r., poz. 1065 j.t. ze zm.), zwana dalej „Ustawą") ma charakter ogólny. Podkreślił również, że w treści warunku zamieścił swoiste klauzule rozumienia doświadczenia zawodowego poszczególnych osób posiadających uprawnienia budowlane, które nie są tożsame z definicją wynikającą z przytoczonego przepisu [„Przez doświadczenie zawodowe (w przypadku osób od których wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych doświadczenie liczone jest w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert)"].

Zamawiający podkreślił, że przepis art. 2 ust. 1 pkt 9a Ustawy został przez niego zastosowany odpowiednio, co odróżnia przedmiotową sprawę od zagadnienia rozstrzygniętego w przywołanej przez Kontrolującego uchwale KIO/KU 15/18, gdzie ww. przepis znajdował zastosowanie wprost. Odpowiednie stosowanie wzmiankowanej regulacji polegało na zastosowaniu zacytowanej powyżej klauzuli. W konsekwencji Zamawiający uwzględniał doświadczenie zawodowe osób niezależnie od tego, czy poszczególne okresy ich doświadczenia trwały powyżej, czy też poniżej 6 miesięcy, pod warunkiem że doświadczenie było nabywane w okresie od daty uzyskania uprawnień do daty składania ofert.

Zamawiający nadmienił, że żaden z wykonawców uczestniczących w Postępowaniu nie wnosił o wyjaśnienie zakwestionowanego przez Prezesa Urzędu warunku, a nadto, że w Postępowaniu złożonych zostało 6 ofert.

Pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, wobec czego – na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 Pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje – zastrzeżenia Zamawiającego są nieuzasadnione.

Skład orzekający, wobec braku kontrowersji w zakresie stanu faktycznego sprawy, podziela i przyjmuje za własne ustalenia i argumentację Kontrolującego w zakresie stwierdzonego naruszenia, zawarte w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia.

Dla przypomnienia, jako że kwestia proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekała się kompleksowej analizy w doktrynie i judykaturze KIO i ETS (obecnie – TSUE), Izba ogólnie wskazuje, że określenie „proporcjonalny" oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję". Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy – warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano*).

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że Zamawiający nie przedstawił w zgłoszonych zastrzeżeniach wystarczających powodów uzasadniających zawarte w treści warunku ograniczenie dotyczące nabywania doświadczenia zawodowego. Argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do nieuzasadnionego, w ocenie Izby, twierdzenia, że definicja z art. 2 ust. 1 pkt 9a Ustawy stosowana była odpowiednio, z uwzględnieniem dodatkowych klauzul wprowadzonych do treści spornego warunku. Jakkolwiek zgodzić należy się z teoretycznym wywodem Zamawiającego dotyczącym rozumienia pojęcia odpowiedniego stosowania przepisów, tym niemniej nie sposób nie zauważyć, że polegało ono *de facto* na ocenie sytuacji podmiotowej wykonawców (doświadczenia wskazanych przez nich osób) wbrew niebudzącej wątpliwości treści zakwestionowanego przez Prezesa UZP warunku, tj. z pominięciem jednego ze wskazanych w nim wymogów. Przyjęta przez Zamawiającego interpretacja treści warunku i stanowiąca jej konsekwencję ocena zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia nie wynika jednak z treści warunku, wobec czego nie może stanowić podstawy uwzględnienia zastrzeżeń. Ocenie Kontrolującego, a następnie Izby, podlegał bowiem warunek udziału w Postępowaniu i jego wpływ na krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie zaś sposób późniejszego faktycznego zastosowania warunku do oceny sytuacji podmiotowej wykonawców. Powyższe wynika z faktu, że to na podstawie treści warunku, a nie jego interpretacji dokonywanej po złożeniu ofert, wykonawcy oceniają możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jako że warunek zawierał w swej treści ograniczenie, które Prezes UZP trafnie zidentyfikował i opisał jego wpływ na krąg potencjalnych wykonawców w informacji o wyniku kontroli, a Zamawiający nie przedstawił powodów uzasadniających zastosowanie takiego ograniczenia, Izba stwierdziła naruszenie przepisu art. 22 ust. 1a Pzp.

Na marginesie skład orzekający zwraca uwagę, że rację miał Kontrolujący stwierdzając, że rozstrzygnięte w przedmiotowej uchwale zagadnienie ocenione zostało przez Izbę w uchwale wydanej pod sygn. akt KIO/KU 15/18. Analizując bowiem treść warunków udziału w postępowaniu w tych sprawach skład orzekający doszedł do przekonania, że pomimo nieznacznej różnicy w sposobie ich sformułowania, wnioski z nich płynące są identyczne. Wobec tego poglądy wyrażone przez Izbę we wspomnianej uchwale zachowują aktualność także w tej sprawie.

Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: **……**

Członkowie: **……...**

……..