

Warszawa, dnia 21 lipca 2016 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin
pl. Armii Krajowej 1
70-456 Szczecin

fax: (91) 42 45 104

e-mail: bzp@um.szczecin.pl

Odwołujący: Polski Związek Pracodawców Budownictwa z
siedzibą w Warszawie
ul. Żelazna 59A lok. 0026
00-848 Warszawa

Fax: (22) 119 95 73

e-mail: sekretariat@pzpb.com.pl

numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: **2016/S 123-221108**

ODWOŁANIE

**WOBEC NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PODJĘTEJ W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE
ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - dalej: „PZP”), niniejszym wnosi odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ulic: Niemierzyńskiej, Arkońskiej,*

Spacerowej do al. Wojska Polskiego – etap III – Przebudowa ul. Arkońskiej (od pętli tramwajowej „Las Arkoński” do al. Wojska Polskiego)” (dalej: „Postępowanie”) wobec następujących czynności Zamawiającego dokonanych niezgodnie z przepisami PZP oraz przepisami dyrektyw Unii Europejskiej:

- dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania (dalej „SIWZ”), polegającej na określeniu w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit b) warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy), w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców;

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (i) art. 22 ust. 5 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy czyni okoliczność w postaci zobowiązania wykonawcy do kary umownej, niezależnie od faktu czy zasadność zobowiązania do zapłaty takiej kary umownej została stwierdzona przez niezawisły organ (sąd lub sąd polubowny) i niezależnie od faktu, czy kara taka została uiszczona w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie winy czy też odpowiedzialnością odszkodowawczą ponoszona przez wykonawcę na zasadzie ryzyka;
- (ii) art. 22 ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób niejednoznaczny, tj., poprzez sformułowanie otwartego katalogu okoliczności traktowanych jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane;
- (iii) z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców tj., poprzez wskazanie, iż podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia;
- (iv) art. 57 ust. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE seria L 2014 r. Nr 94, s. 65 – dalej: „Dyrektywa 2014/24/UE”) w zw. z art. 57 ust. 4 lit c) i g) Dyrektywy 2014/24/UE poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia (w zakresie zweryfikowania rzetelności wykonawcy) w sposób, który pozbawia wykonawców prawa do skorzystania z instytucji self –cleaningu;

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosi o:

(i) uwzględnienie odwołania w całości,

oraz

(ii) nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmiany w Rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit. b) SIWZ (str. 7 SIWZ) oraz Sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu nadając im brzmienie:

„W celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

wykaże wszystkie umowy na usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub inne równoważne przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), w których:

- 1) prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego stwierdzono obowiązek zapłaty przez wykonawcę odszkodowania z tytułu zawinonego przez wykonawcę (lub przez podmioty, za które ponosi odpowiedzialność) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, a jednocześnie łączna wysokość zasądzonych od wykonawcy odszkodowań stanowiła co najmniej 5% wartości przychodu netto ze sprzedaży obliczonego jako średnia z ostatnich trzech lat obrotowych,*
- 2) prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego stwierdzono, że wykonawca z winy własnej (lub podmiotów za które ponosi odpowiedzialność) nie wykonał zobowiązania.*

Wykonawca, w stosunku do którego zaistnieje przypadek, o którym mowa powyżej zostanie wykluczony z postępowania, przy czym Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia.”

ewentualnie:

„W celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

wykaże wszystkie umowy na usługi związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub inne równoważne przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, realizowane w okresie

ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), w których:

- 1) *naliczono w sposób zasadny (a) karę umowną bądź (b) odszkodowanie z tytułu zawinionego przez wykonawcę (lub przez podmioty, za które ponosi odpowiedzialność) niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto, a jednocześnie łączna wysokość naliczonych zasadnie kar umownych bądź odszkodowań stanowiła co najmniej 5% wartości przychodu netto ze sprzedaży obliczonego jako średnia z ostatnich trzech lat obrotowych,*
- 2) *wykonawca z winy własnej (lub podmiotów za które ponosi odpowiedzialność) nie wykonał zobowiązania.*

Wykonawca, w stosunku do którego zaistnieje przypadek, o którym mowa powyżej zostanie wykluczony z postępowania, przy czym Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia.”

- (iii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

oraz

- (iv) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Termin na wniesienie odwołania

Zmiana SIWZ została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 13 lipca 2016 r. Wobec powyższego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1 PZP termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od dnia publikacji i upływa w dniu 23 lipca 2016 r.

Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący, jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 PZP, jest legitymowany formalnie do wniesienia odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W

przypadku odwołującego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

UZASADNIENIE

ZARZUT NARUSZENIA ART. 22 UST. 5 PZP W ZW. Z ART. 7 UST. 1 PZP POPRZECZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB, KTÓRY JEDNĄ Z PODSTAW WYKLUCZENIA WYKONAWCY CZYNI OKOLICZNOŚĆ W POSTACI ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY DO KARY UMOWNEJ, NIEZALEŻNIE OD FAKTU CZY ZASADNOŚĆ ZOBOWIĄZANIA DO ZAPŁATY TAKIEJ KARY UMOWNEJ ZOSTAŁA STWIERDZONA PRZECZ NIEZWISŁY ORGAN (SĄD LUB SĄD POLUBOWNY) I NIEZALEŻNIE OD FAKTU, CZY KARA TAKA ZOSTAŁA UISZCZONA W ZWIĄZKU Z ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ODSZKODOWAWCZĄ PONOSZONĄ PRZECZ WYKONAWCĘ NA ZASADZIE WINY CZY TEŻ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ODSZKODOWAWCZĄ PONOSZONĄ PRZECZ WYKONAWCĘ NA ZASADZIE RYZYKA.

1. Zamawiający w dniu 13 lipca 2016 r. dokonał zmiany SIWZ (odniesieniu do opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt 3 ppkt 2 lit. b) SIWZ) i określił, iż „w celu zweryfikowania rzetelności wykonawcy (art. 22 ust. 5 ustawy):

warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże wszystkie usługi realizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, związane z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu lub innej równoważnej przy realizacji robót budowlanych o wartości usługi brutto równej lub większej niż 500.000,00 zł, ale:

- niewykonane lub

- wykonane nienależycie albo

przedstawi informację o tym, że wszystkie usługi, o których mowa wyżej wykonał należycie.

Wykonawca, który nie wykonał usługi albo wykonał usługę nienależycie zostanie wykluczony z postępowania.

Za usługi niewykonane lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.

W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu zweryfikowania rzetelności zobowiązany jest złożyć stosowne oświadczenie także w zakresie wszystkich usług realizowanych przez podmioty trzecie, których zakres zgodny jest z pkt 3 ppkt 2 lit b siwz. Pkt 3 ppkt 2 lit b zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

Zamawiający dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.

2. Jak stanowi SIWZ przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został ustanowiony celem dokonania weryfikacji rzetelności Wykonawcy. Zgodnie z literalnym znaczeniem, „rzetelny” to „1. należycie wykonujący swoją pracę, solidnie wypełniający przyjęte na siebie obowiązki; sumienny, solidny, godny zaufania 2. wykonany w sposób dokładny, należyty; porządny, właściwy, solidny; 3. «zgodny z prawdą, nieudawany; prawdziwy, autentyczny” (za Słownikiem Języka Polskiego). Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć w szczególności solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności jest związany z zazwyczaj profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidnością działań w ramach wykonywanej profesji.
3. Dokonaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy, o której mowa w postanowieniach art. 22 ust. 5 PZP nie może zatem służyć okoliczność polegająca na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty kary umownej, Opisanie w powyższy sposób warunku udziału w postępowaniu wskazuje bowiem, iż już samo zdarzenie polegające na zobowiązaniu przez wierzyciela (zamawiającego) swojego dłużnika (wykonawcy) do zapłaty kary umownej będzie wyznaczało podstawę faktyczną niespełnienia warunku, a w konsekwencji prowadziło do wykluczenia wykonawcy z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. Przy tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu jednostronne stanowisko danego zamawiającego (w tym także Zamawiającego prowadzącego Postępowanie) w przedmiocie zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej będzie skutkować wykluczeniem wykonawcy z Postępowania niezależnie od faktu, czy roszczenie (materialnoprawne) o zapłatę kar umownych w świetle prawa w ogóle powstało (!).
4. Z tego też powodu zobowiązanie do zapłaty kar umownych w ogóle nie powinno stanowić podstawy faktycznej przy dokonywaniu weryfikacji rzetelności wykonawcy w ramach warunku udziału w postępowania dot. wiedzy i doświadczenia. Takie opisanie warunku powoduje, iż jedynie samo subiektywne przekonanie danego zamawiającego (w tym Zamawiającego prowadzącego

Postępowanie) o zasadności kary umownej znajdujące wyraz w zobowiązaniu swojego wykonawcy (dłużnika) do zapłaty takiej kary będzie decydować o wykluczeniu wykonawców. Takie działanie nie da się pogodzić ani z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego, ani z zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 PZP).

5. Z związku z powyższym jedynie zobiektywizowane (tj. niezależne od którejkolwiek stron stosunku cywilnoprawnego) stwierdzenie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy może stanowić podstawę oceny rzetelności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też powodu warunek udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia (w zakresie weryfikacji rzetelności wykonawcy) powinien odnosić się do odszkodowań zasądzonych od wykonawców prawomocnym orzeczeniem sądu powszechnego lub sądu polubownego. Tylko tak dokonane stwierdzenie obowiązku zapłaty odszkodowania nosi walor obiektywizmu i bezstronności i nie uzależnia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu od swobodnego uznania samego Zamawiającego. Ponadto stwierdzenie orzeczeniem sądowym obowiązku zapłaty odszkodowania powinno dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca ponosił odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na zasadzie winy, o czym w dalszej części odwołania.
6. Przedstawiony powyżej normatywny zakres rzetelności, o której mowa w art. 22 ust. 5 PZP, jako cechy wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jest immanentnie związany ze stroną podmiotową odpowiedzialności cywilnej, jaką ponosi wykonawca z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (z kontraktu). Strona podmiotowa odpowiedzialności wykonawcy, czyli wina, jest drugim (obok szkody, jako strony przedmiotowej) elementem składowym instytucji odpowiedzialności cywilnej. W tym kontekście samo tylko zobowiązanie do zapłaty kary umownej (jej naliczenie) nie jest znamięm braku rzetelności wykonawcy, gdyż kara umowna (zresztą również jak odszkodowanie) nie musi być następstwem działania zawinionego przez wykonawcę. Regułą odpowiedzialności cywilnej jest wprowadzić ponoszenie odpowiedzialności na zasadzie winy (art. 471 KC), jednakże na podstawie art. 473 § 1 KC dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.
7. W świetle obowiązującego prawa możliwe jest zatem umowne rozszerzenie odpowiedzialności nawet do odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie ryzyka, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo sądowe. Jak orzekł Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku z dnia 8 sierpnia 2015 r. (sygn. akt II Ca 475/15) *Za jak najbardziej dopuszczalną należy uznać możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności*

niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Analogicznie orzekł Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r. (sygn. akt I ACa 847/14) stwierdzając, iż Co do zasady kara umowna nie należy się wierzycielowi w sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania, gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. W razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (art. 473 § 1 k.c.) ten płaci umowną karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego, od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba, że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia, w granicach swobody umów (art. 3531 k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone, dłużnik może odpowiadać na zasadzie ryzyka.

8. Sama zatem kara umowna nie może być znamieniem nierzetelności wykonawcy. W związku z art. 473 § 1 KC i możliwością umownego rozszerzenia odpowiedzialności kara umowna może całkowicie się oderwać od winy wykonawcy i być przez niego zapłaconą z uwagi na okoliczności od niego niezależne, za które jednak przyjął odpowiedzialność umowną. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 20 maja 2014 r. (sygn. akt I ACa 1502/13) *Przepis art. 473 k.c. dopuszcza możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też żadnych przeszkód, aby strony umówiły się, że odszkodowanie to przybierze postać kary umownej.*
9. Z uwagi na powyższe uregulowania prawne weryfikacja rzetelności wykonawcy za pomocą warunku udziału w postępowaniu nie może się dokonywać tylko poprzez weryfikację faktu zobowiązania do zapłaty kary umownej. Koniecznym jest zbadanie, czy kara taka została naliczona w związku z odpowiedzialnością wykonawcy ponoszoną na zasadzie winy co może znamionować brak rzetelności, czy też na zasadzie ryzyka.
10. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż takiemu opisywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak ma to miejsce w przypadku SIWZ i Ogłoszenia sprzeciwia się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TS” lub „Trybunał”) ukształtowane jeszcze pod rządami dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE seria L Nr 134 z 30.4.2004, str. 114 - dalej: „Dyrektywa 2004/18/WE”). Art. 45 tej dyrektywy (zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”) zawiera kryteria wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania. Art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE przewiduje, że udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

Art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE został transponowany do prawa polskiego poprzez postanowienia art. 24 ust. 2a PZP. Przepis ten stanowi, iż zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Powyższe brzmienie art. 24 ust. 2a PZP zdeterminował wyrok TS z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.), który ostatecznie wskazał, iż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) Dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. W wyroku tym TS stwierdził jednoznacznie, że *Jednak pojęcie 'poważnego wykroczenia' należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.* Tym samym Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie może automatycznie utożsamiać jakiegokolwiek kary umownej z przejawem braku rzetelności wykonawcy i sankcjonować wykonawcy wykluczeniem z postępowania.

11. Dodatkowo wskazać należy, iż automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku stwierdzenia przypadku naliczenia mu kary umownej sprzeciwia się ugruntowanemu orzecznictwu TS. Zgodnie z orzecznictwem

Trybunału (wyrok TS z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*¹, wyrok TS z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni i Consorzio Stabile Edili*,²) Dyrektywa 2004/18/WE nie zabrania państwom członkowskim wprowadzenia innych podstaw wykluczenia niż podstawy określone w art. 45 ust. 2 dyrektywy, które nie są oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych przedsiębiorców, o ile środki te są proporcjonalne do zamierzonego celu. Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyrok TS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*,³; a także wyrok TS z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP i Santorso*,⁴) prawo Unii sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, automatyczne odrzucanie ofert lub stosowanie środków nieproporcjonalnych do założonego celu.

12. Zatem zgodnie z orzecznictwem TS działanie, które może dyskwalifikować wykonawców z ubiegania się o zamówienia musi być przede wszystkim poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych wiążącym się z przypisaniem winy wykonawcy. Prawodawca polski doprecyzował, że ww. zachowaniem jest w szczególności sytuacja, gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Przez pojęcie „zamierzonego działania” rozumieć należy działanie podmiotu, któremu w zakresie tego działania można przypisać winę umyślną. Natomiast pojęcie „rażącego niedbalstwa” oznacza działania obarczone winą nieumyślną, tj. zachowania wykonawcy, który realizując zamówienia w sposób rażący nie dochowuje staranności, jakiej można od niego oczekiwać jako profesjonalisty.
13. Dodatkowo, dla wykluczenia nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, a wykroczenia poważnego. Natomiast za poważne można uznać jedynie takie naruszenie, które odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia "poważnego wykroczenia" wymaga, co do zasady, przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. Jednocześnie działanie wykonawcy można byłoby ocenić jako rażąco niedbałe wtedy, gdy stopień naganności postępowania drastycznie odbiegałby od modelu właściwego w

¹ Opubl. w: Zb. Orz. s. I-9999

² Opubl. w: Zb. Orz. s. I-12169

³ Opubl. w: Zb. Orz. s. I-1559

⁴ Opubl. w: Zb. Orz. s. I-3565

danych warunkach zachowania się wykonawcy (wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 885/15).

14. Tymczasem z brzmienia kwestionowanych postanowień zmiany SIWZ należy wnosić, iż zostanie wykluczony wykonawca, z którym zamawiający rozwiązał albo któremu wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także wykonawca który został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.. W świetle przytoczonego zapisu nie podlega zatem badaniu, w toku sprawdzenia oferty, czy wykonawca obciążony karą umowną lub inną formą odszkodowania za takie obciążenie ponosi odpowiedzialność ani też czy odpowiedzialność z tytułu kary umownej lub innej formy odszkodowania jest efektem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie ukształtował w zmianie SIWZ żadnych zapisów, które umożliwiłyby mu weryfikację i ocenę rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawców w świetle wszystkich dodatkowych informacji i wyjaśnień o zadaniach niewykonanych bądź wykonanych niezajęcie. Wykonawcy bowiem nie zostali zobligowani do podania przyczyn, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania danej usługi. Należy uznać, iż Zamawiający zaniechał tym samym kompleksowej oceny sytuacji wykonawcy, co w konsekwencji nie pozwala na zgodne z prawem sformułowanie wniosku o wykluczeniu (bądź nie) wykonawcy z postępowania. W kontekście obecnie obowiązującego zapisu SIWZ Zamawiający będzie podejmował decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie biorąc pod uwagę oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w takim stopniu, który podważa zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.
15. Z wyżej przedstawionej argumentacji w sposób jednoznaczny wynika, iż ustalenie sposobu oceny warunku udziału, który automatycznie pozwala Zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy, tj. bez możliwości dokonania oceny tego, czy kara umowna czy inna forma odszkodowania została naliczona zasadnie, w szczególności bez orzeczenia właściwego sądu, jak również bez odniesienia wysokości tej kary umownej do całej działalności wykonawcy tj. wszystkich zrealizowanych przez niego umów, a tylko w odniesieniu do danej umowy jest niedopuszczalny zarówno w świetle przepisów PZP jak i prawa unijnego. Tylko przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a PZP, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikację przesłanki ustawowej (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 142/15).

ZARZUT NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP POPRZECZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB SPRZECZNY Z ZASADĄ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW TJ. POPRZECZ WSKAZANIE, IŻ PODSTAWĄ WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA BĘDZIE KARA UMOWNA W KWOCIE OPISANEJ WARTOŚCIĄ BEZWZGLĘDNĄ NIEODNIESIONĄ (JAKO PROCENT) DO KWOTY PRZYCHODÓW OSIĄGNIĘTYCH PRZECZ WYKONAWCÓW ZE ŚWIADCZENIA USŁUG STANOWIĄCYCH PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA.

16. *W modyfikacji SIWZ Zamawiający wskazał, iż za usługi lub nienależycie wykonane uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.*
17. Taki sposób opisanego spełnienia warunku jest dyskryminujący dla wykonawców większych prowadzących działalność na większą skalę. Wskazanie, że podstawą wykluczenia z postępowania będzie kara umowna w kwocie opisanej wartością bezwzględną nieodniesioną (jako procent) do kwoty przychodów osiągniętych przez wykonawców ze świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia powoduje całkowite wypaczenie celu tak sformułowanego warunku, czyli badania rzetelności wykonawcy. W przypadku wykonawców prowadzących działalność na większą skalę naliczenie kary umownej może stanowić niewielki procent (lub nawet promil) ich aktywności, zaś ta sama kara umowna wyrażona kwotowo, w przypadku wykonawców mniejszych może oznaczać, iż są po prostu nierzetelni.
18. Przykładowo, wykonawca któremu naliczono kary umowne na kwotę 10.000 PLN w okresie 3 lata, który zrealizował w tym czasie usługi na kwotę 100.000.000 PLN dopuścił się nienależytego wykonania zamówienia na 1% wartości swoich usług. Wykonawca, który w tym samym czasie wykonał zamówienia jedynie na 100.000 PLN nie zrealizował należycie 10% swoich usług.
19. Ponadto tak opisany warunek udziału w postępowaniu powoduje, iż nawet jednorazowe naliczenie kary umownej jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy z postępowania chociażby w badanym okresie wzorowo wykonał kilkanaście czy też kilkadziesiąt innych zamówień. Trudno jednorazowy przypadek „zobowiązania do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania” uznać za okoliczność przesądzającą o tym, że dany wykonawca jest wykonawcą nierzetelnym bez odniesienia się do skali działalności tego wykonawcy i doniosłości takiego przypadku ocenianej z punktu widzenia całokształtu usług wykonywanych przez tego wykonawcę.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 22 UST. 4 PZP W ZW. Z ART. 7 UST. 1 PZP POPRZECZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY, TJ, POPRZECZ SFORMUŁOWANIE OTWARTEGO KATALOGU OKOLICZNOŚCI TRAKTOWANYCH JAKO USŁUGI NIEWYKONANE LUB NIENALEŻYCE WYKONANE

20. Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji wykonawców powinna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie zamawiający. Rolą zamawiającego jest konkretyzacja i sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu, w sposób który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcom pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełniania warunków
21. Odszkodowanie może przyjmować wielorakie formy rekompensaty ponoszonej przez wierzyciela, a w opisie warunku udziału brak jest definicji odszkodowania. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż określenie „inne formy odszkodowania” jest użyte na tyle nieprecyzyjnie, iż nie ma możliwości ustalić o jaką dokładnie odpowiedzialność chodzi. Przyjęcie w tym względzie definicji z KC. powodowałoby znaczne rozszerzenie katalogu form odszkodowania przywołanych w SIWZ i Ogłoszeniu, a tym samym katalogu podstaw do wykluczenia wykonawcy w sposób pozostający w sprzeczności zarówno z przepisami PZP jak i Dyrektywy 2014/25/UE.
22. Sprzeczne z zasadą prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji jest także nadanie w zaskarżanej zmianie SIWZ takiej treści warunku, które wyznacza otwarty katalog zdarzeń (okoliczności) które Zamawiający będzie traktował jako usługi niewykonane lub nienależycie wykonane. Zamawiający wskazał bowiem, że za takie usługi „uznaje się w szczególności sytuacje, w których Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto.”. W związku z taką treścią warunku udziału w postępowaniu zachodzi niepewność jakie jeszcze zdarzenia Zamawiający uzna za tego rodzaju przypadki, co godzi w prawa wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
23. Należy z całą mocą podkreślić, że orzecznictwo KIO sformułowało i podtrzymuje pogląd o konieczności jednoznacznego opisu warunku udziału w postępowaniu. Jak orzekła to KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2895/13) *Warunki szczegółowe (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) muszą być - ze względu na sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, prowadzącą do przekreślenia szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia – jednoznaczne.* Analogicznie, w wyroku z

dnia 2 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2223/13) KIO zwróciła uwagę, że *Opis warunku udziału w postępowaniu musi być jednoznaczny, nie może powodować swobody przy jego interpretacji, co zachwiałoby zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Im precyzyjniej jest opisany warunek udziału w postępowaniu, tym mniej wątpliwości może wystąpić przy ocenie spełniania tego warunku.* Wreszcie, w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1711/12), KIO stwierdziła, że *Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty jakimi ma wykazać się wykonawca, aby wypełnić treścią wymagania Zamawiającego muszą być konkretnie określone i wskazane.*

ZARZUT NARUSZENIA ART. 57 UST. 6 W ZW. Z ART. 57 UST. 4 LIT C) I G) DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE Z DNIA 26 LUTEGO 2014 R. W SPRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, UCHYLAJĄCEJ DYREKTYWĘ 2004/18/WE (Dz. URZ. UE SERIA L 2014 R. NR 94, S. 65), POPRZECZ OPISANIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOT. POSIADANIA WIEDZY I DOŚWIADCZENIA (W ZAKRESIE ZWERYFIKOWANIA RZETELNOŚCI WYKONAWCY) W SPOSÓB, KTÓRY POZBAWIA WYKONAWCÓW PRAWA DO SKORZYSTANIA Z INSTYTUCJI SELF –CLEANINGU.

24. Celem wyczerpania krytyki zaskarżanych czynności Zamawiającego trzeba wreszcie zwrócić uwagę, iż kwestionowany warunek udziału w postępowaniu narusza normy prawa Unii Europejskiej, tj. art. 57 ust. 6 w zw. z art. 57 ust. 4 lit c) i g) Dyrektywy 2014/24/UE. Odwołujący wskazuje, iż zaskarżany warunek udziału w postępowaniu został skonstruowany przez Zamawiającego w sposób prowadzący do obejścia wskazanych powyżej przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Skutek prawny zaskarżanych postanowień SIWZ i Ogłoszenia w postaci obejścia prawa UE przejawia się w tym, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu powoduje, iż bezprzedmiotowe i niemożliwe do zastosowania stają się postanowienia art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.
25. Zgodnie z treścią zaskarżanego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca, w stosunku do którego Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także, gdy Wykonawca został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co najmniej 10% wartości umowy brutto zostanie wykluczony z postępowania. W wymiarze formalnoprawnym podstawą prawną takiego wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, który stanowi o wykluczeniu z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
26. Tak skonstruowany warunek powoduje jednakże, iż bezprzedmiotowe stają się uprawnienia wykonawców opisane w Dyrektywie 2014/24/UE. Zgodnie z 57 ust. 4 tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane

przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy jeżeli (a) instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość (art. 57 ust. 4 lit c Dyrektywy 2014/24/UE) bądź (b) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji (art. 57 ust. 4 lit g Dyrektywy 2014/24/UE). Obie wskazane przesłanki, pomijając różnice semantyczne pomiędzy PZP, a Dyrektywą 2014/24/UE, odnoszą się do przypadków nienależytego wykonywania zamówień przez wykonawców, a zatem swoim zakresem przedmiotowym pokrywają się z warunkiem udziału w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

27. W przypadku jednakże podstaw wykluczenia wskazanych w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, prawo unijne gwarantuje wykonawcom uprawnienie do skorzystania z instytucji tzw. self-cleaningu (samooczyszczenia) uregulowanej w art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE. Jak stanowi przywołany przepis każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.
28. Self-cleaning jest prawem wykonawcy zagwarantowanym Dyrektywą 2014/24/UE i prawo krajowe zharmonizowane z prawem UE powinno uwzględniać tą instytucję. Z tego też powodu jako sprzeczne z Dyrektywą 2014/24/UE uznawać należy działania zamawiających, które wykorzystując instytucję warunków udziału w postępowaniu pozbawiają wykonawców uprawnienia przyznane postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE. W przedmiotowym przypadku wykonawca, z którym zamawiający rozwiązał albo któremu wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a także wykonawca który został zobowiązany do zapłaty kary umownej lub innej formy odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w łącznej wysokości co

najmniej 10% wartości umowy brutto, zostanie wykluczony z postępowania. Ocena tego wymagania dokonywana przez Zamawiającego będzie jednakże sprowadzać się do weryfikacji wykazu usług, a Zamawiający nie przewiduje w SIWZ, ani też w Ogłoszeniu procedury z art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

29. Dyrektywa nie jest wprawdzie, co do zasady, aktem prawnym bezpośrednio skutecznym w przepisach prawa krajowego i wymaga transpozycji do krajowych porządków prawnych Państw Członkowskich, tym nie mniej w określonych sytuacjach wskazywanych w orzecznictwie TS dyrektywa, jako akt prawny, wywołuje skutek bezpośredni. Jak podkreśla judykatura TS, we wszystkich przypadkach, gdy przepisy dyrektywy wydają się, z punktu widzenia ich treści, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, można się na nie powołać w razie niewprowadzenia środków wykonawczych w wyznaczonych terminach, wobec wszelkich przepisów krajowych niezgodnych z dyrektywą, bądź też wtedy, gdy charakter przepisów dyrektywy pozwala określić uprawnienia, jakich osoby fizyczne mogą dochodzić od państwa⁵.

W sprawie o sygnaturze C-236/92 (*Comitatodi Coordinamentoper la DifesaDella Cava v Regione Lombardia*), TS wskazał, że: „jeżeli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”. Zbliżone stanowisko wyrażone zostało przez TS w wyroku C-148/78 (*Publico Ministerio vs. Ratti*), w którym TS orzekł, iż „Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy. (...) Ponadto, w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego.”.

30. Z przypadkiem takim mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Po pierwsze, wskazać należy, iż termin transpozycji Dyrektywy 2014/24/UE minął z dniem 18 kwietnia 2016 r. (art. 90 ust. 1 Dyrektywy). Pomimo tego do dnia dzisiejszego nie weszły w życie przepisy krajowe wprowadzające do prawa polskiego postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE. Tym samym spełniony zostaje pierwszy z warunków bezpośredniego stosowania dyrektywy opisywany w orzecznictwie TS, tj. upływ terminu na transpozycję dyrektywy do prawa krajowego. Po drugie, Dyrektywa 2014/24/UE przyznaje wykonawcom jednoznacznie określone

⁵ Wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie 8/81 Becker (Rec. str. 53, pkt 25), wyrok z dnia 10 września 2002 r. w sprawie C-141/00 Kügler, (Rec. str. I-6833, pkt 51) oraz wyrok z dnia 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 Österreichischer Rundfunk i in. (Rec. str. I-4989, pkt 98).

uprawnienia w zakresie procedury self-cleaningu, co oznacza, iż mogą się oni powoływać na dyrektywę wprost.

31. Zamawiający wprowadzie w treści zaskarżanej zmiany SIWZ wskazał, że „(...) dokona oceny rzetelności Wykonawcy z uwzględnieniem indywidualnego charakteru każdego z naruszeń i na podstawie okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Wykonawców. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadach spełnia/nie spełnia.”, jednakże zapis ten nie oddaje istoty uprawnienia wykonawców do self-cleaningu wynikającej z postanowień art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Z zapisu tego wynika bowiem, iż Zamawiający będzie dokonywać weryfikacji podstaw wykluczenia w oparciu o informacje przekazane przez wykonawców w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Dyrektywa 2014/24/UE gwarantuje wykonawcom prawo do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów, niezależnie od informacji przekazanych pierwotnie zamawiającemu. Jak stanowi motyw 102 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE *Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.* Z kolei przepis art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE równie jednoznacznie przewiduje, że każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia.

Uprawnienie to powinno być zatem wyrażone w SIWZ, a Zamawiający winien jednoznacznie określić w treści SIWZ, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu w każdym przypadku dokona indywidualnej oceny zaistnienia okoliczności uzasadniających ewentualne wykluczenie wykonawcy, pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia w kontekście rzetelności zgodnie z postanowieniami art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. że wykonawca może przedstawić dowody

na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia podstawy wykluczenia.

32. **Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak na wstępie.**


PREZES ZARZĄDU
Jan Styliński

Załączniki:

- wypis z KRS,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania.

CENTRALNA INFORMACJA KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO

KRAJOWY REJESTR SĄDOWY

Stan na dzień 20.07.2016 godz. 13:09:48

Numer KRS: 0000224113

**Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu
Z REJESTRU STOWARZYSZEŃ, INNYCH ORGANIZACJI SPOŁECZNYCH I ZAWODOWYCH,
FUNDACJI ORAZ SAMODZIELNYCH PUBLICZNYCH ZAKŁADÓW OPIEKI ZDROWOTNEJ**

PODMIOT WPISANY TAKŻE DO REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW

Data rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym	27.12.2004		
Ostatni wpis	Numer wpisu	14	Data dokonania wpisu
	Sygnatura akt	WA.XII NS-REJ.KRS/45482/15/173/NIP	
	Oznaczenie sądu	-----	
		07.12.2015	

Dział 1

Rubryka 1 - Dane podmiotu	
1.Oznaczenie rodzaju organizacji	ZWIĄZEK PRACODAWCÓW
2.Numer REGON/NIP	REGON: 015796734, NIP: 5262786889
3.Nazwa	POLSKI ZWIĄZEK PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA
4.Dane o wcześniejszej rejestracji	-----
5.Czy podmiot posiada status organizacji pożytku publicznego?	---

Rubryka 2 - Siedziba i adres podmiotu	
1.Siedziba	kraj POLSKA, woj. MAZOWIECKIE, powiat M.ST. WARSZAWA, gmina M.ST. WARSZAWA, miejsc. WARSZAWA
2.Adres	ul. ŻELAZNA, nr 59A, lok. 0026, miejsc. WARSZAWA, kod 00-848, poczta WARSZAWA, kraj POLSKA
3.Adres poczty elektronicznej	-----
4.Adres strony internetowej	-----

Rubryka 3 - Jednostki terenowe lub oddziały	
Brak wpisów	

Rubryka 4 - Informacje o statucie	
1.Informacja o sporządzeniu lub zmianie statutu	1 22 PAŹDZIERNIKA 2004R. - STATUT POLSKIEGO ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA UCHWALONY I PRZYJĘTY ZOSTAŁ NA POŁĄCZENIOWYM (ZAŁOŻYCIELSKIM) ZGROMADZENIU CZŁONKÓW POLSKIEGO ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA Z KRAJOWYM ZWIĄZKIEM

	PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA.
2	29.11.2011 R. ZMIENIONO: ART. 1; ART. 4; ART. 5 PKT A, C, E; ART. 6 PKT B, E, G, H; ART. 7; ART. 8 UST. 1; ART. 9 PKT 4; ART. 10 UST. 2 PKT C; ART. 10 UST. 3 PKT C; ART. 11 UST 1 I 2; ART 14 UST. 1 PKT B,E, F, G, H; ART. 16; ART. 17 UST. 2; ART. 18; ART. 19,20, 21,22,23; ART. 24 UST 3; ART. 28 UST 2; ART 30 UST 1 I 2, TYTUŁ CZĘŚCI V; ART 32 UST. 4; AIT 34 DODANO: ART. 6 PKT I; ART. 10 UST. 3 PKT D; ART. 17 UST. 2A; ART. 23 A, B, C, D; USUNIĘTO: ART. 11 UST.3

Rubryka 5	
1.Czas, na jaki została utworzona organizacja	NIEOZNACZONY

Rubryka 6 - Sposób powstania podmiotu	
1.Określenie okoliczności powstania	POŁĄCZENIE
2.Opis sposobu powstania podmiotu	A. UCHWAŁA POLSKIEGO ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA O POŁĄCZENIU Z KRAJOWYM ZWIĄZKIEM PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA Z DNIA 22.10.2004R. - UCHWAŁA NR 2; B. UCHWAŁA KRAJOWEGO ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA O POŁĄCZENIU Z POLSKIM ZWIĄZKIEM PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA Z DNIA 22.10.2004R. - UCHWAŁA NR 2; C. ZGROMADZENIE POŁĄCZENIOWE (ZAŁOŻYCIELSKIE) CZŁONKÓW POLSKIEGO ZWIĄZKU PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA Z KRAJOWYM ZWIĄZKIEM PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA Z DNIA 22.10.2004R. - UCHWAŁA NR 4 I UCHWAŁA NR 5;
3.Numer i data decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o zgodzie na dokonanie koncentracji	-----

Podrubryka 1		
Podmioty, z których powstała organizacja		
1	1.Nazwa	POLSKI ZWIĄZEK PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA
	2.Nazwa rejestru, w którym podmiot był zarejestrowany	KRAJOWY REJESTR SĄDOWY
	3.Numer w rejestrze	0000215133
	4.Nazwa sądu prowadzącego rejestr	*****
	5.Numer REGON	015796734
	6.Numer NIP	-----
2	1.Nazwa	KRAJOWY ZWIĄZEK PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA
	2.Nazwa rejestru, w którym podmiot był zarejestrowany	KRAJOWY REJESTR SĄDOWY
	3.Numer w rejestrze	0000180085
	4.Nazwa sądu prowadzącego rejestr	*****
	5.Numer REGON	010152140
	6.Numer NIP	-----

Rubryka 7 - Komitet założycielski
Brak wpisów

Rubryka 8 - Organ sprawujący nadzór

Brak wpisów

Dział 2

Rubryka 1 - Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu
--

1.Nazwa organu uprawnionego do reprezentowania podmiotu		ZARZĄD ZWIĄZKU
2.Sposób reprezentacji podmiotu		DO ZACIĄGANIA ZOBOWIĄZAŃ MAJĄTKOWYCH ORAZ SKŁADANIA OŚWIADCZEŃ WOLI W IMIENIU ZWIĄZKU UPOWAŹNIENI SĄ: PREZES ZARZĄDU DZIAŁAJĄCY SAMODZIELNIE ALBO DWÓCH CZŁONKÓW ZARZĄDU ŁĄCZNIE. DO ZACIĄGANIA ZOBOWIĄZAŃ MAJĄTKOWYCH W WYSOKOŚCI PRZEKRACZAJĄCEJ 200 TYS. ZŁOTYCH KONIECZNE JEST UZYSKANIE UPRZEDNIEJ ZGODY RADY ZWIĄZKU.
Podrubryka 1 Dane osób wchodzących w skład organu		
1	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	STYLIŃSKI
	2.Imiona	JAN
	3.Numer PESEL/REGON	78092900511
	4.Numer KRS	****
	5.Funkcja w organie reprezentującym	PREZES ZARZĄDU
2	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	BAŁDYS
	2.Imiona	RAFAŁ SEBASTIAN
	3.Numer PESEL/REGON	73011602312
	4.Numer KRS	****
	5.Funkcja w organie reprezentującym	WICEPREZES ZARZĄDU

Rubryka 2 - Organ nadzoru

1	1.Nazwa organu	KOMISJA REWIZYJNA
Podrubryka 1 Dane osób wchodzących w skład organu		
1	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	WOSIK
	2.Imiona	ANDRZEJ STANISŁAW
	3.Numer PESEL/REGON	55031805492
2	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	KONWINSKI
	2.Imiona	JAN
	3.Numer PESEL/REGON	45050402679
3	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	GRZYBCZAK
	2.Imiona	MARIAN
	3.Numer PESEL/REGON	43041802275
4	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	SOBIERAJ
	2.Imiona	JANUSZ
	3.Numer PESEL/REGON	55012707739
5	1.Nazwisko / Nazwa lub firma	SKOWROŃSKI
	2.Imiona	DARIUSZ

3.Numer PESEL/REGON

55120102394

Rubryka 3

Brak wpisów

Dział 3

Rubryka 1 - Nie dotyczy

Brak wpisów

Rubryka 2 - Nie dotyczy

Rodzaj dokumentu	Nr kolejny w polu	Data złożenia	Za okres od do
1.Wzmianka o złożeniu rocznego sprawozdania finansowego	1	28.01.2013	01.09.2004-31.12.2004
	2	28.01.2013	01.01.2005-31.12.2005
	3	28.01.2013	01.01.2006-31.12.2006
	4	28.01.2013	01.01.2007-31.12.2007
	5	28.01.2013	01.01.2008-31.12.2008
	6	28.01.2013	01.01.2009-31.12.2009
	7	28.01.2013	01.01.2010-31.12.2010
	8	28.01.2013	01.01.2011-31.12.2011
	9	19.04.2013	01.01.2012-31.12.2012
	10	03.04.2014	OD 01.01.2013 DO 31.12.2013
	11	17.07.2015	OD 01.01.2014 DO 31.12.2014
3.Wzmianka o złożeniu uchwały lub postanowienia o zatwierdzeniu sprawozdania finansowego	1	*****	01.09.2004-31.12.2004
	2	*****	01.01.2005-31.12.2005
	3	*****	01.01.2006-31.12.2006
	4	*****	01.01.2007-31.12.2007
	5	*****	01.01.2008-31.12.2008
	6	*****	01.01.2009-31.12.2009
	7	*****	01.01.2010-31.12.2010
	8	*****	01.01.2011-31.12.2011
	9	*****	01.01.2012-31.12.2012
	10	*****	OD 01.01.2013 DO 31.12.2013
	11	*****	OD 01.01.2014 DO 31.12.2014

Rubryka 3 - Cel działania organizacji

1.Cel działania	1. OCHRONA PRAW I REPREZENTOWANIE INTERESÓW CZŁONKÓW WOBEC ZAWODOWYCH PRACOWNIKÓW, ORGANÓW WŁADZY I ADMINISTRACJI PAŃSTWOWEJ, ORGANÓW ADMINISTRACJI SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO ORAZ KRAJOWYCH, ZAGRANICZNYCH I MIĘDZYNARODOWYCH
-----------------	---

ORGANIZACJI GOSPODARCZYCH, ZWIĄZKÓW ZAWODOWYCH, SAMORZĄDOWYCH LUB INNYCH TEGO RODZAJU ORGANIZACJI O ZBLIŻONYM DO ZWIĄZKU PRZEDMIOCIE DZIAŁANIA;
 2. ORGANIZOWANIE POMOCY CZŁONKOM ZWIĄZKU W ROZPATRYWANIU PROBLEMÓW EKONOMICZNYCH, ORGANIZACYJNYCH I PRAWNYCH ZWIĄZANYCH Z PODEJMOWANIEM PRZEZ NICH DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W KRAJU I ZA GRANICĄ;
 3. WSPÓŁTWORZENIE WARUNKÓW DZIAŁANIA I ROZWOJU ŻYCIA GOSPODARCZEGO W ZAKRESIE BUDOWNICTWA I USŁUG TECHNICZNYCH;
 4. KSZTAŁTOWANIE ZASAD RZETELNEGO DZIAŁANIA, ETYKI ZAWODOWEJ I UCZCIWOŚCI KUPIECKIEJ W DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ;
 5. DZIAŁANIE NA RZECZ REALIZACJI WSPÓLNYCH CELÓW I INTERESÓW PRZEDSIĘBIORCÓW BUDOWLANYCH.

Rubryka 4 - Przedmiot działalności statutowej organizacji pożytku publicznego

Brak wpisów

Rubryka 5 - Informacja o dniu kończącym rok obrotowy
--

1.Dzień kończący pierwszy rok obrotowy, za który należy złożyć sprawozdanie finansowe	31.12.2004
---	------------

Dział 4

Rubryka 1 - Zaległości

Brak wpisów

Rubryka 2 - Wierzytelności

Brak wpisów

Rubryka 3 - Informacje o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe albo o zabezpieczeniu majątku dłużnika w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości albo w postępowaniu restrukturyzacyjnym albo po prawomocnym umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego

Brak wpisów

Rubryka 4 - Umorzenie prowadzonej przeciwko podmiotowi egzekucji z uwagi na fakt, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych

Brak wpisów

Dział 5

Rubryka 1 - Kurator

Brak wpisów

Dział 6

Rubryka 1 - Likwidacja

Brak wpisów

Rubryka 2 - Informacja o rozwiązaniu organizacji
--

Brak wpisów

Rubryka 3 - Informacja o połączeniu lub podziale
--

Brak wpisów

Rubryka 4 - Informacja o postępowaniu upadłościowym

Brak wpisów

Rubryka 5 - Informacja o postępowaniu układowym

Brak wpisów

Rubryka 6 - Informacje o postępowaniach restrukturyzacyjnych lub o postępowaniu naprawczym
--

Brak wpisów

Rubryka 7 - Informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej
--

Brak wpisów

data sporządzenia wydruku 20.07.2016

adres strony internetowej, na której są dostępne informacje z rejestru: https://ems.ms.gov.pl
