

Ekspert od prawa o zamówieniach publicznych wyjaśnia

Stop niedoświadczonym wykonawcom

Jakie kroki prawne może podjąć wykonawca, jeżeli zamawiający nie określa minimalnego poziomu warunków udziału w postępowaniu lub warunki te są zaniżone? Takie wymagania, a wręcz ich brak powodują, że zamówienia uzyskują niedoświadczone podmioty, które realizują zamówienia publiczne w sposób nienależyty, a czasami w ogóle ich nie kończą; a tymczasem podmioty doświadczone, którym nie powierza się realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych – upadają. Co może zrobić wykonawca w takiej sytuacji? – pyta Czytelnik Biuletynu Górniczego.

Ustalenie poziomu wymaganego doświadczenia

Ustawodawca wskazał w jaki sposób zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu. I tak na przykładzie warunków dotyczących tzw. doświadczenia – zamawiający, oceniając zdolność techniczną i zawodową może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 pzp). Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a pzp). Konieczne jest przy tym przestrzeganie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 pzp).

Proporcjonalność

Przy określaniu warunków dot. doświadczenia kluczowe jest ich „proporcjonalne” dostosowanie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. W uproszczeniu chodzi o to, żeby zamawiający tak określił poziom warunków udziału w postępowaniu, aby dawały one możliwość sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia.

Uczciwa konkurencja

Co do tego, że zbyt wysokie warunki prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji – nikt nie ma wątpliwości. Niektórzy zamawiający jednak zapominają, że zbyt niskie warunki powodują, iż na tych samych zasadach ubiegać się o zamówienie mogą i przedsiębiorcy poważni, wiarygodni, dysponujący niezbędnym potencjałem oraz doświadczeniem, jak i firmy zbyt małe/niedoświadczone, aby dawały rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Na straży „niepamięci” zamawiających stoi KIO, która uważa, że zarówno zbyt wysokie, jak i zbyt niskie warunki są naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Zbyt wygórowane warunki, zdaniem KIO, nadmiernie zawężają krąg potencjalnych wykonawców. KIO uważa, że zaniżone warunki z kolei nadmiernie rozszerzają krąg wykonawców, także o takich, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobytą i ugruntowaną w praktyce, aby przyjąć, iż zrealizują należyte wykonanie zamówienia (np. wyrok KIO 127/18).

Środki zaradcze

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy uważają, że określone warunki udziału w postępowaniu – są „zaniżone” posiadają dwie możliwości weryfikacji działań zamawiającego. Po pierwsze poprzez wniesienie odwołania. Odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 5 lub 10 dni (w zależności od wartości postępowania) od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu lub od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Rozwiązaniem dodatkowym jest złożenie do zamawiającego pytań do SIWZ. Żeby uzyskać odpowiedź zamawiającego na zadane pytania – należy je złożyć nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Stając przed pytaniem, które z dwóch powyższych rozwiązań prawnych wybrać, rekomenduję skorzystać z narzędzia, jakim jest odwołanie. Jest ono co prawda rozwiązaniem zdecydowanie droższym niż skierowanie pytań do SIWZ, ale daje ono gwarancję, że zarówno KIO, jak i sam zamawiający pochylą się nad słusznością konstruowania warunków na niskim poziomie. Natomiast, jak to często bywa w praktyce, na zadane pytanie odnoszące się do SIWZ, można spodziewać się odpowiedzi typu: „zamawiający pozostawia SIWZ bez zmian”, a po uzyskaniu takiej odpowiedzi, będzie już za późno na wnoszenie odwołania na treść SIWZ w zakresie warunków.

Uzasadnione argumenty to podstawa

Przed złożeniem odwołania na treść SIWZ należy pamiętać, że opierając swoją argumentację wyłącznie o niezachowanie zasad uczciwej konkurencji wobec zaniżonych lub określonych na minimalnym poziomie warunków udziału w postępowaniu, raczej nie uzyskasz korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Powołując się bowiem tylko na naruszenie uczciwej konkurencji, KIO może odpowiedzieć, że określenie warunku na minimalnym poziomie nie narusza pzp. Jeśli dodatkowo opisany przez zamawiającego warunek jest związany z przedmiotem zamówienia i nie narusza podstawowej zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, to na gruncie pzp jest dopuszczalny. KIO może wręcz wskazać, że zaniżenie warunku udziału w postępowaniu nie ogranicza dostępu do zamówienia, a wprost przeciwnie, umożliwia szerszą konkurencję w danym postępowaniu, stąd też taka sytuacja nie może być kwalifikowana jako naruszenie pzp (np. wyrok KIO 738/13). Z takim podejściem KIO należy się liczyć podejmując decyzję o składaniu odwołania na treść SIWZ.

Wniosek praktyczny z powyższego płynie taki, że kwestionując zaniżony lub określony na minimalnym poziomie warunek udziału w postępowaniu, konieczne jest wykazanie w odwołaniu braku zachowania odpowiedniej proporcjonalności tego warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odwołaniu należy szczegółowo uzasadnić dlaczego, w ocenie odwołującego, zamawiający nie zachował właściwej proporcji pomiędzy warunkiem, a przedmiotem zamówienia i dlaczego warunek udziału w postępowaniu nie jest wystarczający dla osiągnięcia zamierzonego celu (czyli prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia publicznego). Ponieważ każde zamówienie rządzi się swoją specyfiką, zakresem i stopniem złożoności – każdy przypadek wymaga analizy i oceny skutków, a także dobrania odpowiednich argumentów i środków dowodowych.

Agnieszka Zaborowska
Adwokat z Kancelarii Adwokackiej Zaborowska,
specjalizująca się w procesie udzielania
i realizacji zamówień publicznych