

## USTALANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA ZAKUP TABORU

*Co zrobić, aby warunki udziału nie stały się barierami dla (braku) udziału oferentów? Gdzie jest bezpieczna granica dająca pewność dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich, ale jednocześnie wyłączenie rzetelnych wykonawców? Nad odpowiedzią na to pytanie, w oparciu o najnowsze orzecznictwo KIO dotyczące zakupu taboru, zastanawiają się prawnicy z kancelarii prawnej Domański Zakrzewski Palinka.*

Każdy podmiot nabywający jakiegokolwiek towary (także i tabor) w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) musi na samym początku procedury zakupowej wyznaczyć krąg potencjalnych oferentów, których dopuści do udziału w postępowaniu. Używając terminologii ustawowej, proces ten należałoby określić jako ustalenie warunków udziału w postępowaniu, czyli wskazanie właściwości, które musi posiadać każdy potencjalny wykonawca, aby móc ubiegać się o zamówienie (np. wymagany poziom doświadczenia czy minimalna zdolność finansowa). Poprzez określenie tych cech, zamawiający chcą uniknąć sytuacji, w której wśród oferentów znajdzie się podmiot niedający gwarancji terminowej i rzetelnej realizacji umowy. Z drugiej zaś strony, należy pamiętać, że zbyt wygórowane warunki udziału mogą nadmiernie ograniczyć konkurencję, a w konsekwencji narazić zamawiającego na niepotrzebne spory przed Krajową Izbą Odwoławczą (a może nawet i sądem), czy na tzw. korekty finansowe w przypadku zakupów współfinansowanych z funduszy pomocowych. Gdzie zatem leży bezpieczna granica dająca pewność dopuszczenia do postępowania wszystkich, ale jednocześnie wyłącznie tych rzetelnych wykonawców?

### **Przede wszystkim proporcjonalność**

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że żaden przepis PZP nie nakazuje zamawiającemu aby dopuścił do postępowania wszystkich możliwych wykonawców. **Logicznym bowiem jest, że każdy warunek udziału ze swojej istoty (jako bariera uniemożliwiająca ubieganie się o zamówienie podmiotom, które nie dają rękojmi należytego jego wykonania) ma za zadanie ograniczać dostęp do zamówienia.** W praktyce zatem postawienie jakiegokolwiek warunku udziału może spowodować jego kwestionowanie przez niezadowolonych potencjalnych wykonawców. Nawet ustalenie go na bardzo niskim poziomie (lub wręcz całkowita rezygnacja z niego) może być krytykowana z uwagi na niespełnianie przez niego swojej

funkcji, a w konsekwencji dopuszczenie do postępowania absolutnie wszystkich wykonawców, którzy mogliby choćby w najmniejszym stopniu być zainteresowani danym postępowaniem.

Ustalając warunki udziału w prowadzonym postępowaniu zamawiający powinien zatem wziąć pod uwagę możliwą konieczność wykazania ich zasadności w postępowaniu odwoławczym oraz pamiętać w szczególności o treści art. 22 ust. 1a PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem, **czynność ustalenia owych warunków (a także wymaganych od wykonawców dowodów na potwierdzenie ich spełnienia) powinna być dokonana w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.** W ten sposób dochodzimy do istoty procesu ustalenia warunków udziału w postępowaniu – proporcjonalności.

Nim jednak przejdziemy do omówienia testu na proporcjonalność warunku, warto w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że zamawiający, pozostając gospodarzem postępowania, ma pełne prawo, aby, poruszając się w granicach dozwolonych przepisami PZP, dokonać wyboru nie tylko samego przedmiotu przyszłego świadczenia (czyli tego, co będzie nabywał), lecz posiada również pewien wpływ na to, od kogo owo świadczenie nabędzie. Z drugiej jednak strony, należy pamiętać, że **dowolność zamawiającego w ustalaniu warunków ograniczających konkurencję nie jest nieograniczona. Musi ona zawsze być zbilansowana w świetle, z jednej strony, ograniczenia konkurencji, a z drugiej zaś, uzasadnionych potrzeb zamawiającego.**

### **Dwie szale wagi, czyli test proporcjonalności**

Wobec powyższego, żeby sprawdzić, czy warunek udziału w postępowaniu został ustalony w sposób prawidłowy, należy poddać go właśnie wspomnianemu testowi proporcjonalności. Najkrócej rzecz ujmując, sprowadza się on do odpowiedzi na pytanie, czy dany warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania

(niekoniecznie wykonującym w przeszłości tożsame zamówienia), a w zasadzie, **czy ewentualne ograniczenia konkurencji równoważone są przez uzasadnione potrzeby zamawiającego**.

Mówiąc obrazowo, opisany powyżej test proporcjonalności ustalonego warunku udziału można porównać do wagi z dwoma szalami.

Na jednej szali wagi zamawiający powinien umieścić odważnik oznaczony jako „ograniczenie konkurencyjności”. W celu weryfikacji stopnia obciążenia tej szali, konieczne jest, aby zamawiający każdorazowo dokonał wstępnego badania rynku i ustalił krąg potencjalnych oferentów w świetle planowanych warunków udziału w postępowaniu. **Taki wcześniejszy audyt będzie zawsze stanowił istotny argument na wypadek ewentualnego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądem powszechnym lub w przypadku konieczności obrony stanowiska o prawidłowości przeprowadzonego postępowania w razie grożącej zamawiającemu tzw. „korekty finansowej”.**

Na drugiej szali wagi zamawiający powinien postawić odważnik z napisem „gwarancja należytego wykonania umowy z punktu widzenia potrzeb zamawiającego”. Owe potrzeby zamawiającego, które mogą być brane pod uwagę na potrzeby tego ćwiczenia, powinny być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności lub szczególnymi warunkami jego realizacji.

Mechanizm działania tak opisanej wagi jest prosty. Im bardziej obciążymy szalę „ograniczenie konkurencyjności”, tym bardziej musimy (jako zamawiający) wykazać, że druga szala wagi (gwarancja należytego wykonania umowy z punktu widzenia potrzeb zamawiającego) będzie równoważyła niedopuszczenie do postępowania określonych podmiotów. **Innymi słowy, tak długo, jak będą istniały uzasadnione powody po stronie zamawiającego, aby zawęzić konkurencję, tak długo będzie dopuszczalne ograniczanie konkurencyjności postępowania poprzez stawianie trudnych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.**

### **Wymaganie identycznego doświadczenia**

W tym kontekście warto pochylić się nad kolejną kwestią, w praktyce bardzo często pojawiającą się w procesie ustalania warunków udziału w postępowaniu. Jaka relacja powinna zachodzić pomiędzy przedmiotem obecnie prowadzonego postępowania a ustalonymi warunkami udziału? Innymi słowy, czy zawsze ustalenie warunku na zasadzie 1:1 (skoro zamawiam 10 autobusów niskopodłogo-

wych, to wymagam, aby wykonawca składający ofertę miał w swoim portfolio dokładnie takie samo doświadczenie) daje gwarancję prawidłowości czynności zamawiającego?

Także jednak w tym przypadku należy odnieść się do powyższej grafiki wskazując, że takie **arytmetyczne ujęcie warunków udziału (i proste ich odniesienie do przedmiotu danego zamówienia) będzie w każdym przypadku zależało od konkretnych okoliczności faktycznych (obciążenia szal wagi)**. W przypadku bowiem, jeżeli dany rynek jest dość mało konkurencyjny (np. infrastruktura do ładowania autobusów elektrycznych), wówczas prosta proporcja warunku udziału w stosunku do przedmiotu zamówienia nie będzie zapewniała należytej konkurencyjności postępowania, ponieważ wyeliminuje z udziału podmioty, które potencjalnie mogłyby należycie wykonać zamówienie, a ze względu na specyfikę rynku nie brały jeszcze udziału w realizacji analogicznego kontraktu. Innymi słowy, może ona służyć umacnianiu się na pozycji monopolisty wykonawcy, który w przeszłości realizował już podobne zlecenia i w konsekwencji spowoduje niepożądaną zastój na rynku. Natomiast w przypadku obecności dużej liczby podmiotów mogących potencjalnie należycie zrealizować przyszłe zamówienia (najczęściej te mniej skomplikowane, np. dostawa materiałów biurowych), warunek udziału w pełni zgodny z przedmiotem zamówienia (a właściwie będący jego odwzorowaniem) nie powinien stanowić naruszenia konkurencji.

### **Ustalanie warunków udziału w praktyce**

Teoria jest oczywiście ważna, jednak intencją autorów tego artykułu jest, przede wszystkim, omówienie wskazanych powyżej zagadnień na konkretnych przykładach. W tym celu, poniżej przedstawiamy analizę orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego trzech postępowań na zakup szeroko rozumianego taboru (elektrycznych zespołów trakcyjnych, wagonów metra oraz autobusów niskopodłogowych), które miały miejsce w ostatnim czasie.

#### **Przykład 1 – wyrok KIO 786/16 z 31.05.2016 r.**

W pierwszej kolejności zwracamy uwagę na wyrok KIO zapadły na gruncie postępowania na zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych („EZT”) prowadzonego przez Województwo Zachodniopomorskie.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się doświadczeniem w dostawie co najmniej trzech EZT posiadających zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z normami technicznymi w zakresie interoperacyjności (TSI).

W omawianym wyroku, uwzględniając odwołanie jednego z wykonawców, Izba podkreśliła, że „warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego”. Innymi słowy KIO uznała, że **nie zawsze określenie pewnej matematycznej proporcji będzie oznaczać proporcjonalność warunku**. Konieczne jest bowiem zbadanie każdorazowo, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania (tj. **przeprowadzenie testu proporcjonalności**). W tym konkretnym stanie faktycznym warunek został uznany za nieproporcjonalny, a w konsekwencji, Izba nakazała jego zmianę.

Przykład 2 – wyrok KIO 1081/17, 1084/17, 1091/17 z 19.06.2017 r.

Kolejne z orzeczeń KIO dotyczy postępowania na dostawę wagonów przeznaczonych do przewozu pasażerów metra w Warszawie.

Prowadzące postępowanie Metro Warszawskie Sp. z o.o. ustaliło warunek udziału polegający na posiadaniu przez wykonawców wskaźnika bieżącej płynności finansowej za trzy ostatnie lata obrotowe na poziomie nie mniejszym niż 1,2.

Izba podkreśliła, iż **to po stronie zamawiającego leży obowiązek wykazania dlaczego dany warunek udziału w postępowaniu uznał za niezbędny i w jaki sposób zapewni on dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia**. W konkretnym stanie faktycznym zamawiający nie dopełnił tego obowiązku, **nie dokonał bowiem analizy warunku z punktu widzenia specyfiki branży taboru szynowego**, w której spowodowałby on pozbawienie możliwości udziału w postępowaniu niektórych z i tak wąskiego kręgu wykonawców. Izba zwróciła również uwagę na omawianą powyżej konieczność zachowania „*równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania*”. Z uwagi na zachwianie tej równowagi, Izba zdecydowała o uwzględnieniu odwołania i nakazała wykreślenie wskazanego warunku.

Przykład 3 – uchwała KIO/KU 51/16 z 10.08.2016 r.

Ostatnie z omawianych rozstrzygnięć dotyczy postępowania na dostawę autobusów niskopodłogowych dla po-

trzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Bielsku-Białej.

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w dostawie 15 sztuk fabrycznie nowych autobusów komunikacji miejskiej, w ten sposób, że konieczne było wykazanie się minimum trzema dostawami, każda po minimum 5 autobusów. Jednocześnie, udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, zamawiający odmówił możliwości wykazania się 1 dostawą obejmującą łącznie 15 sztuk autobusów, gdyż jego zdaniem jednorazowe wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że danemu wykonawcy można przypisać cechę wiarygodności biznesowej.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego wskazując, że „*duże zamówienia realizowane są na przestrzeni nawet kilku lat, a zatem, wykonawca, który wcześniej zaangażował swoje możliwości produkcyjne pod jedno duże zamówienie (kilkadziesiąt autobusów), mógł nie realizować na przestrzeni ostatnich trzech lat innych dostaw*”. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że **zamawiający nie wykazał, aby ustalony sposób badania doświadczenia wykonawcy nie dyskryminował w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia** i w konsekwencji uznała wskazany warunek za nieproporcjonalny i nadmierny.

### Podsumowanie

Ustalenie warunków udziału w postępowaniu należy uznać za kluczową fazę w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ich właściwe określenie pozwoli bowiem zamawiającemu na uzyskanie maksymalnie szerokiego kręgu potencjalnych oferentów, z których jednocześnie każdy będzie dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Z drugiej strony, nieproporcjonalne warunki udziału mogą skutkować przedłużeniem postępowania w związku z ewentualnymi sporami przed Krajową Izbą Odwoławczą. Z tego względu, przed podjęciem decyzji o ustanowieniu danego warunku udziału, zamawiający powinien dokonać dogłębnej analizy wszystkich „za” i „przeciw” oraz przeprowadzić badanie w oparciu o test proporcjonalności.

Dokonana na samym wstępie rzetelna analiza ustalonego warunku (zarówno z punktu widzenia prawnego, technicznego, jak i ekonomicznego) da zamawiającemu gwarancję, że ustanowione przez niego warunki udziału nie okażą się w konsekwencji barierami dla (braku) udziału w postępowaniu przez rzetelnych wykonawców.