



**Adres do korespondencji:**  
ASTALDI S.p.A. SPÓŁKA AKCYJNA  
ODDZIAŁ W POLSCE  
ul. Sapieżyńska 10a  
00-215 Warszawa, Polska  
tel. +48 22 620 05 23  
tel. +48 22 530 09 00  
fax. +48 22 536 01 60  
NIP: 1070012032

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2013 r.

Ref. 0596-13/MG/AK/AR-PL

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

**Odwołujący:**

Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65  
00156 Rzym (Włochy)

**Adres do korespondencji:**

Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce  
ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa  
fax: 22 536 01 60  
e-mail: [biuro@astaldi.com](mailto:biuro@astaldi.com)  
e-mail: [k.stec@astaldi.com](mailto:k.stec@astaldi.com)

**Zamawiający:**

Skarb Państwa - Generalny  
Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad  
Prowadzący postępowanie:  
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad  
Oddział w Warszawie,  
03-808 Warszawa, ul. Mińska 25  
fax: 22 209 24 74

Dotyczy postępowania pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła "Marki" (bez węzła) do węzła "Radzymin Płd." w podziale na zadania: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł "Marki" (bez węzła) – węzeł "Kobyłka", Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku II węzeł "Kobyłka" (bez węzła) – węzeł "Radzymin Płd."

**ODWOŁANIE**

Działając w trybie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 Pzp (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm. - dalej „Pzp”) niniejszym wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła "Marki" (bez węzła) do węzła "Radzymin Płd." w podziale na zadania: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł "Marki" (bez węzła) – węzeł "Kobyłka", Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku II węzeł "Kobyłka" (bez węzła) – węzeł "Radzymin Płd.", a polegające na sporządzeniu niezgodnej z prawem treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu oraz wymogi dotyczące wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w

sposób naruszający zasadę równego traktowania i niedyskryminacji istotnie ograniczając Odwołującemu możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Powyższe powoduje, że interes prawny Odwołującego został naruszony, a także może zostać naruszony w przyszłości, ponieważ mimo, że Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu poprawnie sporządzony wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnił wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, może na podstawie błędnie formułowanego przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu zostać wykluczony z postępowania, co skutecznie uniemożliwi mu ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że działania Zamawiającego naruszają następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp,
- 2) art. 22 ust. 5 Pzp,
- 3) art. 26 ust. 2b Pzp,

i innych wskazanych w treści odwołania

i wnosi o nakazanie zmiany treści ogłoszenia w sposób, który nie będzie naruszał powyższych przepisów.

Odwołanie niniejsze jest wnoszone z zachowaniem przepisanej terminu tj. w dniu 12.04.2013 r. biorąc pod uwagę fakt, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.04.2013 r. pod nr 2013/S 065-108754

### **UZASADNIENIE**

W Postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, w dniu 03.04.2013 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie, w którym znajdują się wymogi i ograniczenia, które są niezgodne z przepisami Pzp, i co do których Odwołujący przedstawił poniżej szczegółowe zarzuty.

**1. W sekcji II.1.8) – Części** – napisano, że „oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części” zamówienia, natomiast w **sekcji VI.3) – Informacje dodatkowe** – w pkt 1.1. i 1.2. napisano, że „1.1. Wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia w zakresie jednego zadania. 1.2. Wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek.”

Zastrzeżenia zamieszczone w sekcji II.1.8) oraz w pkt 1.1. sekcji VI.3) są zgodne z treścią art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający ma prawo określić „maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca”. Należy jednakże zauważyć, że ograniczenie powyższe dotyczy wyłącznie możliwości złożenia oferty.

Wprowadzenie zatem ograniczenia polegającego na możliwości złożenia tylko jednego wniosku powoduje *de facto* konieczność wyboru na tym etapie postępowania zadania, na które wykonawca będzie mógł złożyć ofertę, przy braku szczegółowych informacji dotyczących zakresu robót, które mają być wykonane w ramach każdego z zadań. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wprowadzenia ograniczenia w zakresie ilości składanych w postępowaniu wniosków w sytuacji, gdy zamówienie zostało podzielone na części a zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych. Ponadto podane w Krótkim opisie przedmiotu zamówienia, przedstawionym w sekcji II.1.5), informacje na temat przedmiotu zamówienia i zakresu każdej z części, nie dają wykonawcy możliwości dokonania na tym etapie racjonalnego wyboru pomiędzy zadaniami, co stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji, a zatem stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że sporządzony przez Zamawiającego Krótki opis zamówienia, zawarty w Sekcji II.1.5) odnoszący się do Zadania nr 1 i 2, jest w istocie na tyle ogólny, że nie pozwala wykonawcy na tym etapie postępowania na podjęcie decyzji, którym z tych zadań wykonawca może być zainteresowany. Ograniczenie możliwości złożenia wniosków na obydwie części godzi w jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, jaką jest zasada przejrzystości.

Ponadto w sekcji II.2.1) ogłoszenia – Całkowita wielkość lub zakres – wpisano jedynie informację, że wartość zamówienia wynosi „Powyżej 20 000 000 EUR”, co nie pozwala po pierwsze stwierdzić, jaka jest szacowana wartość poszczególnych części zamówienia, a po drugie stanowi na tyle ogólną i nieprecyzyjną informację, że niemożliwe jest sprawdzenie czy warunki udziału w postępowaniu określone w sekcji III.2) są zgodne z treścią art. 22 ust. 4 Pzp, czyli czy są adekwatne, a w szczególności proporcjonalne, do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że 1 euro = 4,0196 złotego wiadomo jedynie, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi powyżej 80 392 000 złotych – na dwa zadania. Podane w warunkach udziału w postępowaniu w Sekcji III.2.2) i III.2.3) wartości wydają się być nieadekwatne do przedmiotowego zamówienia.

Żądamy zatem podania w treści ogłoszenia informacji o bardziej zbliżonej do rzeczywistości wartości przedmiotowego zamówienia oraz podania informacji o wartości każdej z części.

Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS) w swym orzeczeniu (Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall* Zbiór Orzeczeń 2010 I-02815) „*obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne, zaś na mocy art. 4 ust. 3 TUE do wszystkich organów władzy państw członkowskich należy zapewnienie w ramach ich kompetencji przestrzegania zasad prawa Unii.*”

Z kolei w orzeczeniu w sprawie *Teleaustria* (Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Zbiór Orzeczeń 2000 I-10745) i *Parking Brixen* (Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, *Parking Brixen*, Zbiór Orzeczeń 2005 I-08585.) TS zwrócił uwagę na obowiązek przejrzystości, który polegać winien na zapewnieniu „*odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi usług otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych*”.

Brak w ogłoszeniu istotnych informacji niezbędnych do podjęcia decyzji, odnośnie części zamówienia, którą mógłby być zainteresowany wykonawca może mu uniemożliwić skuteczne złożenie oferty w drugim etapie postępowania i w konsekwencji ubieganie się o udzielenie zamówienia. Żądamy zatem usunięcia z treści ogłoszenia przedmiotowego ograniczenia oraz wprowadzenia zmian w innych częściach ogłoszenia, których treść stanowi konsekwencję tego ograniczenia.

**2. W sekcji III.2.1) – Sytuacja podmiotowa wykonawców [...] – w pkt 1 napisano, że „Warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania zamieszczony w Sekcji III.2.1), Sekcji III.2.2), Sekcji III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: Ogłoszenia) mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.**

**Zamawiający oceni zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”**

I dalej w pkt 3. napisano, że „Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w Sekcji III.2.1), Sekcji III.2.2), Sekcji III.2.3) Ogłoszenia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.” W dalszych częściach tej sekcji także znajdują się podobne odniesienia.

Ustalenie, że ocena spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, włączając w to warunki odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej (Sekcja III.2.2) oraz formalne podstawy wykluczenia (Sekcja III.2.1), będzie się odbywać w odniesieniu do „rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia”, jest błędem.

Zgodnie z treścią art. 48 ust. 5 obowiązującej zamawiającego dyrektywy klasycznej (Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe), „(...) zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Przepis dyrektywy odnosi się zatem wyłącznie do kwalifikacji technicznych i zawodowych

(zawartych właśnie w art. 48 dyrektywy), a nie do podmiotowej sytuacji wykonawcy - czyli podstaw wykluczenia, które zawarte są w art. 45 dyrektywy, czy też sytuacji ekonomiczno-financejowej zawartej z kolei w art. 47 dyrektywy.

Ponadto ocena efektywności czy rzetelności wykonawcy, podobnie jak w przypadku pozostałych warunków, wymaga uprzedniego zdefiniowania, co zamawiający rozumie pod tym pojęciem i jak przebiegać będzie ocena spełnienia tego warunku.

Żądamy zatem usunięcia z treści ogłoszenia w części odnoszącej się do rzetelności i efektywności odniesienia do formalnych podstaw wykluczenia wykonawców oraz zdefiniowania tych pojęć, jak również określenia sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków zgodnie z powoływaną wyżej zasadą przejrzystości, która i w tym przypadku została naruszona.

Przepisy zawarte w dyrektywach, a odnoszące się do przesłanek wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o udzielenie zamówienia, były wielokrotnie przedmiotem orzeczeń wydawanych przez Trybunał Sprawiedliwości, który wypowiadał się na temat ich zgodności z normami zawartymi w dyrektywach. Orzeczenia wydane na gruncie dyrektywy klasycznej czy sektorowej, jak również na gruncie dyrektyw obowiązujących do 2004 r. zachowały swą aktualność z uwagi na fakt, że wszystkie dyrektywy zawierały w tej materii identyczne uregulowania. Jednym z najważniejszych orzeczeń, którego tezy sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości stanowią odzwierciedlenie jego stanowiska w przedmiocie możliwych podstaw wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne jest orzeczenie C-213/07 w sprawie *Michaniki*.<sup>1</sup> Trybunał wskazał w nim, że koncepcja prawodawcy europejskiego polegała na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy, mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania zamówienia. Przepisy dyrektywy należy zatem rozumieć jako zawierające enumeratywne wyliczenie przypadków mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym ze względu na ustalone obiektywnie przyczyny dotyczące jego cech zawodowych. W konsekwencji stoi to na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie lub właściwe instytucje zamawiające zawartego w nim wykazu o inne przypadki wykluczenia oparte na kryteriach zawodowych<sup>2</sup>.

Trybunał podkreślił również, że zawarte w dyrektywach przepisy ogólne stać mają na straży tego, aby nie dochodziło do dyskryminacji przedsiębiorców. Państwo członkowskie może zatem wprowadzić, obok przypadków wykluczenia opartych na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, środki umożliwiające wykluczenie z udziału w postępowaniu mające na celu poszanowanie zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, w ramach postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych pod warunkiem, że przepisy te nie wprowadzają niewzruszalnego domniemania wykluczenia bez możliwości dowiedzenia, że sytuacja wykonawcy nie stwarza zagrożenia dla przejrzystości i równego traktowania.

W orzeczeniu w sprawie C-538/07 *Assitur*<sup>3</sup> Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że wolą prawodawcy europejskiego było utrzymanie w przepisach dyrektyw tylko takich podstaw wykluczenia, które wiążą się wyłącznie z cechami zawodowymi zainteresowanych przedsiębiorców. W zakresie dotyczącym takich podstaw wykluczenia Trybunał uważa, że wyliczenie to jest wyczerpujące, jednakże nie wyłącza uprawnienia państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących

<sup>1</sup> Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*. Zbiór Orzeczeń 2008 I-09999

<sup>2</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 09.02. 2006 r. w sprawie C-228/04 *La Cascina*, Infocuria orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości data pobrania 31.01.2013 r., p.22.

udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak, że przy ich formułowaniu i ocenie będzie przestrzegana zasada proporcjonalności oraz pod warunkiem, że nie będą one oparte na niewzruszalnym domniemaniu.

Reasumując: TS, podobnie jak dyrektywa odróżnia tzw. podmiotową sytuację wykonawcy, której zdefiniowanie zawiera art. 45 dyrektywy i która stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie od jego zdolności technicznych i zawodowych zawartych w art. 48 dyrektywy, których minimalne wymogi musi każdorazowo określić Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu. Rzetelność i efektywność należy bez wątpienia do tej drugiej kategorii i jako taka powinna być zdefiniowana przez zamawiającego na użytek prowadzonego postępowania.

Żądamy zatem usunięcia z tego fragmentu ogłoszenia odniesienia do rzetelności i efektywności jako podstaw wykluczenia wykonawcy oraz oceny jego sytuacji ekonomiczno-finansowej jako niezgodnych z przepisami i niedookreślonych, a stąd powodujących brak przejrzystości i możliwość powstania szkody po stronie odwołującego.

**3. W sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne** – napisano, że „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.1). Posiadania wiedzy i doświadczenia:

a) Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:

(...)

2) nie dopuścił się **poważnego wykroczenia zawodowego** w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy realizacji zadań:

a) obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 150 mln PLN brutto każde.

b) polegających na budowie lub przebudowie mostu, wiaduktu lub estakady, o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m,

c) polegających na budowie lub przebudowie mostu, wiaduktu lub estakady, o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 100 m."

Zamawiający zamieścił w warunkach udziału w postępowaniu w części „Kwalifikacje techniczne” podstawę nie mieszczącą się w tym zakresie i co do zasady nie będącą częścią pojęcia „Kwalifikacje techniczne”.

Pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego zawarte jest w dyrektywie w art. 45 ust. 2 lit. d), który, jak wcześniej wspomniano odnosi się do podmiotowej sytuacji wykonawcy (czyli podstaw wykluczenia). Ocena tej podstawy wykluczenia musi być jednakże prowadzona z wyłączeniem automatyzmu, tj. w sposób umożliwiający wykonawcy obalenie dowodu przeprowadzonego przez instytucję zamawiającą. Ponadto to na zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego, co wynika wprost z powołanego art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy klasycznej mówiącej, że podlegać może wykluczeniu ten, kto jest winny poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego przez instytucję zamawiającą dowolnymi środkami. Zatem ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym a nie na wykonawcy.

**W tej samej sekcji Kwalifikacje techniczne** – napisano również, że Zamawiający żąda, aby wykonawca: „3) nie dopuścił się **wykroczeń zawodowych** związanych z poważnym uchybieniem zasadom wykonywania profesji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przy realizacji zadań:

a) obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 100 mln PLN brutto każde,

b) polegających na budowie lub przebudowie mostu, wiaduktu lub estakady, o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m,

c) polegających na budowie lub przebudowie mostu, wiaduktu lub estakady, o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 100 m.

**Zamawiający dokona oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się Wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa rzetelność i efektywność oraz posiadanie kwalifikacji i doświadczenia.**

Wykroczenie zawodowe związane z poważnym uchybieniem zasadom wykonywania profesji i z:

a) działania lub zaniechania Wykonawcy, które doprowadziły do niewykonania zadania;  
b) działania lub zaniechania Wykonawcy, które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, w szczególności:

- powstania szkody po stronie zamawiającego w wyniku działań lub zaniechań leżących po stronie Wykonawcy podczas realizacji umowy, poprzedzonych odmową wypłaty odszkodowania lub zwrotu kosztów zamawiającemu oraz z uwagi na brak możliwości jej potrącenia z bieżących płatności lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego (...)"

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków Zamawiający zażądał przedstawienia wykazu robót budowlanych, w którym należy podać **wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie**. W celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Zamawiający żądał wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie.

Jak wskazano w pkt 3 odwołania, dla oceny rzetelności czy efektywności najpierw należy zdefiniować te pojęcia na użytek prowadzonego postępowania, odnosząc je do konkretnego zobowiązania umownego i ustalonej w opisie sposobu dokonywania oceny ich spełniania proporcji (np. zrealizowania ich w 75% terminowo lub dochowania w 80% założonych parametrów inwestycji). Nie jest bowiem możliwe żądanie, aby zrealizowane w okresie referencyjnym umowy zostały w 100% wykonane terminowo, czy zgodnie z założonymi parametrami. Takie wymaganie byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Nadmienić należy, że dla oceny pojęcia efektywności czy rzetelności należy badać wykonaną umowę wraz z jej zmianami, o ile zmiany te spowodowane zostały okolicznościami, za które wykonawca nie ponosił odpowiedzialności. Podkreślimy raz jeszcze, że to na zamawiającym ciąży obowiązek zdefiniowania warunków udziału w postępowaniu. Tak jak w przypadku pozostałych wymagań odnoszących się do doświadczenia czy potencjału technicznego, ekonomiczno-financego czy kadrowego, tak i w przypadku wymagań odnoszących się do rzetelności czy efektywności wymagania te muszą być w sposób jednoznaczny określone przy poszanowaniu zasady przejrzystości i proporcjonalności. Ta ostatnia oznacza, że Zamawiający stawiając powyższe wymagania nie może wykraczać poza to, co celowe, konieczne i zarazem wystarczające dla osiągnięcia celu postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości wyrażonym w wyroku w sprawie C-157/96 (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 maja 1998 r. w sprawie C-157/96, The Queen przeciwko Ministry of Agriculture, Fisheries and Food i Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union i in. p. 59,60 Zbiór Orzeczeń 1998 I-02211) zasada proporcjonalności wymaga, by akty instytucji nie wykraczały poza to, co stosowne i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów.

Zamawiający, co wcześniej wskazano, nie powinien utożsamiać pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego z brakiem rzetelności czy też brakiem efektywności. Wykroczenie zawodowe jest bowiem działaniem wykonawcy powodującym szkodę zamawiającego i będącym konsekwencją popełnienia czynów przeciwko zamawiającemu oraz wywołujących uszczerbek w mieniu zamawiającego lub osób trzecich, czyli stanowi cechę negatywną wywołaną działaniami wykonawcy. W powołanym w treści ogłoszenia wyroku TS C-465/11 stwierdzono, że „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”. Stąd udowodnienie popełnienia

„poważnego wykroczenia zawodowego” znalazło się w jednej z możliwych podstaw wykluczenia wykonawcy opisanej w powoływanym wcześniej art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej i jako takie winno stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy, którą jednakże wykonawca może obalić swoimi udowodnionymi twierdzeniami.

Rzetelność i efektywność natomiast same w sobie stanowią cechę pozytywną, świadczącą o umiejętności zapewnienia odpowiedniej jakości świadczeń, ich terminowości, umiejętności osiągnięcia efektów wynikających z podjętego zobowiązania, czyli będącą gwarantem należytego wykonania zamówienia.

Na zakończenie pragniemy podkreślić, że jeżeli Zamawiający faktycznie zechce postawić w przedmiotowym postępowaniu warunek rzetelności, to żądamy żeby zastosował obowiązujące w tym zakresie przepisy poprawnie, w szczególności zgodnie z przepisami dyrektywy, postawił warunek w sposób przejrzysty i proporcjonalny odnosząc go wyłącznie do podmiotu, który będzie zawierał umowę (podmiotu kontraktującego lub podmiotów kontraktujących), mając na uwadze, że rzetelność to cecha świadcząca o solidności kupieckiej, w tym precyzyjności, dokładności i poprawności wykonywanych zadań i ich zgodności z zawartą umową, i jako taka nie może być np. wykazywana przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. (Tego samego żądamy w stosunku do efektywności, jako rezultatu podjętych działań, opisanego relacją uzyskanych efektów do poniesionych nakładów.) Na potwierdzenie powyższej tezy dodatkowo zauważyć należy, że art. 48 ust. 3 dyrektywy odnoszący się do możliwości polegania na podmiotach trzecich odnosi się jedynie do kwalifikacji i zdolności rozumianych, jako „zasoby”. Pod pojęciem „zasobu” nie można rozumieć jednak przymiotów kupieckich wykonawcy.

Żądamy zatem usunięcia z tej części odniesienia do poważnego wykroczenia zawodowego przenosząc je do formalnych podstaw wykluczenia wykonawcy oraz zdefiniowania pojęć „rzetelność” i „efektywność” zgodnie z przepisami.

Biorąc pod uwagę przedstawione w odwołaniu argumenty wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem

  
ASTALDI S.p.A.  
mgr inż. Marco Giros



**Załączniki:**

1. pełnomocnictwo Marco Giros;
2. potwierdzony za zgodność z oryginałem Wpis firmy Astaldi S.p.A. do Rejestru Przedsiębiorstw;
3. dowód wniesienia opłaty od odwołania (20 000 zł);
4. dowód dostarczenia kopii Odwołania Zamawiającemu.