

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę: **Control Process Silesia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu**;

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w sposób nadmiernie wygórowany, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszający zasadę uczciwej konkurencji, jak również w sposób niejednoznaczny, poprzez użycie w treści warunku udziału w postępowaniu sformułowania, które nie zostało przez zamawiającego zdefiniowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:
    - 1) zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (a) dla części I w ten sposób, że wykonawca wykaże, iż: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN brutto; posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto; dla części II: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN brutto; posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto;
    - 2) zmianę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia personelu tj. Eksperta nr 2 - Kierownika Budowy poprzez uzupełnienie wymagania i dopuszczenie, aby osoba pełniąca funkcję kierownika budowy posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zgodnie z ustawą Prawo budowlane;
    - 3) zmianę zapisów pkt 4.2.3.1.2 SIWZ i doprecyzowanie co zamawiający rozumie pod pojęciem dokumentacja projektowa budowy, o której mowa w tym punkcie; oraz dokonanie zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie;
  2. oddać odwołanie w pozostałym zakresie;
  3. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z §16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec uwzględnienia niniejszych zarzutów przez zamawiającego;
  4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego w części 3/4, odwołującego w części 1/4, i:
    - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
    - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **20 400 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta złotych zero groszy), stanowiącą 3/4 kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim**

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 2695/20

**UZASADNIENIE**

**Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości Święty Wojciech według warunków kontraktowych ŻÓŁTY FIDIC - w formule zaprojektuj-wybuduj”; numer referencyjny: 69/ZP5/DEOS/POIIS/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2020 r. pod numerem 2020/S 195-472798.

W dniu 19 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Control Process Silesia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu: ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) wraz z załącznikami, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia, wzoru umowy, w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w zakresie: (a) sytuacji ekonomicznej lub finansowej, (b) zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmiernie wygórowany, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszający zasady uczciwej konkurencji, jak również

w sposób niejednoznaczny uniemożliwiający równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- 2.art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku składania dokumentów w języku obcym z tłumaczeniem przysięgłym;
- 3.art. 29 ust. 3a ustawy Pzp poprzez określenie zbyt szerokiego i nieprecyzyjnego zakresu wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wnioś o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:

2.zmianę warunków udziału w postępowaniu

1)w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej na poniższe:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca składający ofertę

na część I wykaże, iż: (a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót

w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 30 000 000,00 PLN brutto;

(b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN brutto; (c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca składający ofertę na część II wykaże, iż: (a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 5 000 000,00 PLN brutto; (b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN brutto; (c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto;

2)w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

a)dokona w zakresie pkt 4.2.3.1.1 zmiany brzmienia zapisu na: „Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składnia ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji obiektów gospodarki wodno- ściekowej, o przepustowości/ wydajności średniodobowej nie mniejszej niż 4 000 m<sup>3</sup>/d, przy czym każda z robót dotyczyła obiektów gospodarki wodno-ściekowej o wartości nie mniejszej niż 20 000 000,00 PLN brutto”;

b)dokona w zakresie pkt 4.2.3.1.2 zmniejszenia ilości wymaganych dokumentacji projektowych do jednej oraz doprecyzowania zapisów poprzez określenie,

że za dokumentację projektową budowy o której mowa w tym punkcie uznaje się co najmniej dokumentację wymaganą do uzyskania pozwolenia na budowę, lub kompletną dokumentację wykonawczą wykonaną na podstawie projektu budowlanego;

c)w zakresie Eksperta nr 2 - Kierownik Budowy - uzupełni wymagania dopuszczając osobę o uprawnieniach konstrukcyjno-budowlanych, zmieniając zapis w zakresie wymagań dot. uprawnień na: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zgodne z art. 12, art. 12a ust 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 poz. 148) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220) lub uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub dla osób, które uzyskały uprawnienia przed 1994 r. uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji i urządzeń sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych lub która na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. nr 8, poz. 46) uzyskała uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynierskiej lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220)”;

3.Usunięcie w pkt 5.12 zapisu: „Tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego”;

4.Modyfikację zapisów dotyczących obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę poprzez dodanie zapisu określającego, że wymaganie dotyczy wyłącznie osób wykonujących pracę w rozumieniu art. 22 kodeksu pracy oraz nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosił, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu naruszył zasady proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji. Tak między innymi ustalając warunki w zakresie ekonomiczno - finansowym widać ich całkowitą niespójność i nieadekwatność. Zamawiający bowiem określił na tym samym poziomie (30 mln PLN) trzy wskaźniki - obrotu, polisy OC oraz zdolności kredytowej. Samo ustalenie tych wskaźników na jednakowym poziomie jest całkowicie nieracjonalne, gdyż żaden podmiot określający zdolność kredytową nie przyzna jej na poziomie równym rocznym przychodom firmy. Tym samym określenie wymogu zdolności kredytowej na poziomie 30 mln PLN faktycznie podnosi wymagania w zakresie przychodu rocznego firmy w okolice poziomów nie mniejszych niż 200 mln PLN. Analogicznie ocenić należy wymaganie posiadania polisy OC o sumie ubezpieczenia 30 mln PLN - nie sposób przyjąć, aby racjonalnie działający wykonawca zawierał polisę z sumą ubezpieczenia równą jego rocznemu przychodowi - zatem

wymaganie określone jako warunek udziału służy wyłącznie ograniczeniu uczciwej konkurencji i tworzy iluzoryczne wrażenie szerokiego dopuszczenia do udziału (racjonalne określenie wymaganego przychodu rocznego), przy niewspółmiernych wymaganiach w zakresie polisy OC czy zdolności kredytowej. Brak jest także, w ocenie odwołującego, uzasadnienia do wymagania tak wysokiej zdolności kredytowej - zapisy umowy nie wskazują na to, aby konieczne było finansowanie projektu przez wykonawcę w aż takim zakresie.

Z kolei w odniesieniu do warunków udziału zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący wskazał, że zamawiający zmienił warunki w stosunku do poprzedniego postępowania, w sposób zawężający możliwość złożenia oferty. W poprzednim postępowaniu wymagał doświadczenia polegającego m.in. na realizacji w ciągu ostatnich 5 lat 2 robót budowlanych w branży gospodarki wodno-ściekowej o wartości 30 mln PLN każda. Warunek taki jest warunkiem bardzo wygórowanym, biorąc pod uwagę krótki okres (5 lat) i wysokie wymaganie wartościowe. Potwierdzeniem tego faktu jest to, że w poprzednim postępowaniu zostały złożone zaledwie dwie oferty, gdy przy aktualnej sytuacji rynkowej w podobnych postępowaniach składane jest znacznie więcej ofert.

Pomimo takiej sytuacji, zamawiający zdecydował się w aktualnym postępowaniu zastrzyć warunki udziału w postępowaniu, ograniczając zakres wymaganego doświadczenia do wykazania wyłącznie robót na oczyszczalniach ścieków komunalnych - co wyklucza wykazanie się doświadczeniem np. przy realizacji stacji uzdatniania wody, czy innych obiektów gospodarki wodno-ściekowej (przemysłowe oczyszczalnie ścieków itp.). Warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w przypadku prowadzonych co najmniej dwóch postępowania o podobnym zakresie, przedstawił w tabeli.

W ocenie odwołującego również nadmiernym jest wymaganie wykonania w okresie 5 lat co najmniej 2 dokumentacji projektowych („w tym okresie, co najmniej dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych w tym przynajmniej jedna z nich posiadała przepustowość nie mniejszą niż 3000 m<sup>3</sup>/d, dla których uzyskano pozwolenie na budowę.”). Odwołujący wskazał, że proces projektowania takiego zadania, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę, może obejmować okres przekraczający 12 miesięcy. Dodatkowo nie jest to zakres dla którego występuje duża ilość zleceń na rynku. Tym samym uznać należy, że wymaganie wykonania 1 dokumentacji projektowej będzie w pełni wystarczające dla potwierdzenia zdolności wykonawcy w tym zakresie.

Również koniecznym jest precyzyjne określenie, co należy rozumieć przez pojęcie „dokumentacja projektowa” budowy w celu jednoznacznego określenia jakie prace należy wykonać w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak takiego określenia może prowadzić do sporów na dalszym etapie postępowania w tym zakresie, a w konsekwencji nawet do unieważnienia postępowania (jak w wyroku o sygn. akt KIO 2046/20).

W zakresie Eksperta - Kierownika Budowy, odwołujący wskazał, że bardzo częstą praktyką jest, że kierownikiem budowy jest osoba posiadająca uprawnienia konstrukcyjno - budowlane, będące podstawowymi uprawnieniami budowlanymi. Prace o charakterze konstrukcyjno - budowlanym są pracami występującymi na każdej budowie i są kluczowe dla realizacji budowy. Tym samym bezzasadna jest eliminacja jako kandydata na kierownika budowy osoby mającej w tym zakresie pełne uprawnienia do prowadzenia takiej budowy. Prace o charakterze specjalistycznym zwykle prowadzą kierownicy robót, właściwi dla danej specjalności. Dopuszczenie jako kierownika budowy osoby posiadającej uprawnienia konstrukcyjno - budowlane oraz doświadczenie w budowie oczyszczalni ścieków nie obniża fachowości zespołu w stosunku do aktualnego brzmienia wymagań, a zwiększa konkurencyjność postępowania. W ocenie odwołującego postawienie tak wymagających warunków, jak zrobił to zamawiający w SIWZ, jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Odwołujący podniósł również, że zamawiający ustanowił wymóg tłumaczeń przysięgłych dla dokumentów w języku obcym. Wymóg taki w ocenie odwołującego jest wprost sprzeczny z przepisem § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jest wyłącznie mowa o tłumaczeniu. Wieloletnia praktyka w stosowaniu ustawy Pzp, doktryna oraz orzecznictwo wskazują, że zamawiający nie jest uprawniony do postawienia takiego wymogu - rozporządzenie określa maksymalny zakres wymagań zamawiającego i nie przewiduje wymagań tłumaczenia przysięgłego. Wskazać także należy, że wymóg tłumaczenia przysięgłego narusza zasadę równego traktowania i ogranicza dostęp do zamówienia podmiotom zagranicznym. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie m.in. w wyrokach: NSA z dnia 9 czerwca 2015 r., II GSK 1012/14 czy wyroku WSA w Kielcach z 13 grudnia 2013 r. II SA/Ke 885/13.

Zamawiający także - działając na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp dokonał określenia wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Analiza zapisów wskazuje, że dla pewności spełnienia tych wymagań, 100% personelu wykonawcy

i podwykonawców winno być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Zamawiający nie dokonał nawet standardowego w zakresie budowlanym wyłączenia dla osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Praktyka rynkowa wskazuje, że znaczna część personelu - w szczególności osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, specjaliści - wykonują swoją pracę jako osoby prowadzące jednoosobowe działalności gospodarcze, realizując konkretne zadania oparte na ich osobistej wiedzy i doświadczeniu dla różnych wykonawców. Postawienie wymagania zatrudnienia ich na podstawie umowy o pracę uniemożliwia zaangażowanie takich osób, znacząco zawęża krąg możliwości dla wykonawców, a w konsekwencji podnosi cenę realizacji zamówienia.

Zamawiający, 20 października 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 28 października

2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty w zakresie: dotyczącym zapisu zawartego w pkt 5.12. „Tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego” oraz wymagania dotyczącego zatrudnienia osób wykonujących prace w rozumieniu przepisów art. 22 Kodeksu pracy. Z uwagi na powyższe Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 3 sentencji wyroku.

Odwołującym, na posiedzeniu wyznaczonym na 12 listopada 2020 r., złożył pismo procesowe w którym prezentował swoje stanowisko w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu**

**się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i pismem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwolujący zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu mu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, załączone do pisma procesowego w postaci: zestawień tabelarycznych, w których zaprezentowano porównanie warunków udziału w postępowaniu opisywane przez innych zamawiających w przypadku podobnych zamówień; fragmentu oferty konsorcjum WUPRINŻ, które ubiegało się o przedmiotowe zamówienie w postępowaniu, które zostało przez zamawiającego unieważnione; opinii prawnej w przedmiocie oceny możliwości podniesienia i sposobu popierania zarzutów w niniejszym postępowaniu, w zakresie w jakim zamawiający sformułował wymagania odnośnie uprawnień kierownika budowy, sporządzonej przez r. pr. A. J., specjalistę z zakresu prawa budowlanego, stale współpracującego z Małopolską Okręgową Izbą Inżynierów Budownictwa w Krakowie. Izba przy orzekaniu uwzględniła dowody złożone przez zamawiającego na rozprawie w postaci: formularza JEDZ złożonego przez odwołującego w poprzednim postępowaniu; zobowiązania o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (złożone przez odwołującego w postępowaniu), na mocy którego spółka Control Process S.A. zobowiązała się do oddania odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów; odpisu z KRS odwołującego, z którego wynikają powiązania pomiędzy odwołującym a Control Process S.A.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale 2 - Opis przedmiotu zamówienia, Część I - Instrukcja dla wykonawców jest zaprojektowanie i wykonanie robót objętych Zadaniem nr 1 - „Modernizacja i rozbudowa części mechaniczno-biologicznej oczyszczalni wraz z dokumentacją projektową i rozruchem” oraz Zadaniem nr 2 pn.: „Przeróbka osadów ściekowych wraz z dokumentacją projektową i rozruchem”, realizowanych w ramach Projektu.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Święty Wojciech zlokalizowanej na działkach nr ewid. 419, 420, 421, 285/4, 286/4, 287/4, 288/14, 288/16, 288/18, 289/5, 290/13

położonych w obrębie geodezyjnym Święty Wojciech, gmina Międzyrzecz”. Zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, oś priorytetowa II „Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu” – Działanie 2.3 „Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach” - w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Międzyrzecz z zapewnieniem wysokiej efektywności eksploatacyjnej systemu wodno-ściekowego oraz jego adaptacyjności do zmian klimatu. Umowa o dofinansowanie nr POIS.02.03.00-00-0115/17-00 z dnia 07.05.2018 r. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwa zadania: Zadanie nr 1 - „Modernizacja i rozbudowa części mechaniczno-biologicznej oczyszczalni wraz z dokumentacją projektową i rozruchem” w tym budowa, przebudowa i remonty następujących obiektów: Budynek krat (obiekt nr 1) - przebudowa obiektu istniejącego, Stacja zlewcza ścieków dowożonych (obiekt nr 2A) - przebudowa obiektu istniejącego, Zbiornik retencyjny ścieków dowożonych (obiekt nr 2B) - przebudowa obiektu istniejącego, Kanał ściekowy (obiekt nr 3A) - obiekt projektowany, Kanał ściekowy (obiekt nr 3B) - przebudowa obiektu istniejącego, Piaskownik podłużny (obiekt nr 4) - obiekt projektowany, Komora defosfatacji (obiekt nr 5) - przebudowa obiektu istniejącego, Zbiornik retencyjny (obiekt nr 6) - przebudowa obiektu istniejącego, Komora rozdziału ścieków (obiekt nr 7) - obiekt projektowany, Komora napowietrzania (obiekty nr 8A, 8B) - przebudowa obiektów istniejących, Osadnik wtórny (obiekty nr 9A, 9B) - przebudowa obiektów istniejących, Komora pomiaru ilości ścieków oczyszczonych (obiekt nr 10) - przebudowa obiektu istniejącego, Kontener pomiarowy (obiekt nr 10A) - obiekt projektowany, Pompownia osadu recyrkulowanego (obiekt nr 11A) - przebudowa obiektu istniejącego, Pompownia osadu recyrkulowanego (obiekt nr 11B) - obiekt istniejący (do wyłączenia z eksploatacji), Pompownia osadu nadmiernego (obiekty nr 12A, 12B) - przebudowa obiektów istniejących, Komora zasuw (obiekt nr 12C) - obiekt projektowany, Zbiornik magazynowy osadu (obiekt nr 13) - przebudowa obiektu istniejącego, Pompownia osadu i ścieków dowożonych (obiekt nr 14) - przebudowa obiektu istniejącego, Budynek kontenerów na skratki (obiekt nr 15) - obiekt projektowany, Budynek separatorów piasku (obiekt nr 16) - obiekt projektowany, Grawitacyjny zagęszczacz osadu nadmiernego (obiekt nr 17) - obiekt projektowany, Budynek odwadniania osadu (obiekt nr 18) - przebudowa obiektu istniejącego, Silos wapna (obiekt nr 18A) - obiekt projektowany, Wiatła składowa osadu odwodnionego (obiekt nr 19) - obiekt projektowany, Stacja dmuchaw (obiekt nr 20) - przebudowa obiektu istniejącego, Przepompownia lokalna ścieków (obiekt nr 21) - obiekt projektowany, Stacja odbioru odpadów ze studzienek kanalizacyjnych (obiekt nr 22) - obiekt projektowany, Stacja zlewcza osadów dowożonych (obiekt nr 23) - obiekt projektowany, Pompownia lokalna ścieków (obiekt nr 24A) - przebudowa obiektu istniejącego, Komora zasuw (obiekt nr 24B) - obiekt projektowany, Biofiltr powietrza (obiekty nr 29A, 29B) - obiekty projektowane, Zbiornik PIX (obiekt nr 31) - przebudowa obiektu istniejącego, Budynek sterowni oraz rozdzielni NN (obiekt nr 33) - przebudowa obiektu istniejącego, Agregat prądotwórczy (obiekt nr 34) - obiekt projektowany, Budynek magazynowy (obiekt nr 35) - przebudowa obiektu istniejącego, Budynek magazynowy (obiekt nr 36) - przebudowa obiektu istniejącego, Pompy ciepła (obiekt nr 38A, 38B.) - obiekt projektowany. Infrastruktura towarzysząca, Przebudowa oraz budowa dróg i placów wewnętrznych oraz

chodników i opasek wokół obiektów - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1; Przebudowa oraz budowa technologicznych sieci międzyobiektowych (rurociągi ściekowe, rurociągi wody technologicznej, sprężonego powietrza, powietrza na biofiltr, itp.) - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1; Przebudowa oraz budowa wewnętrznej kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1; Przebudowa linii elektrycznych NN oraz sterowniczych - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1; Przebudowa układu sterowania oczyszczalnią AKPiA - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1; Wykonanie nowego ogrodzenia oczyszczalni - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1. Obiekty istniejące przewidziane do wykorzystania: Pompownia lokalna ścieków (obiekt nr 30) - remont obiektu istniejącego, Budynek obsługi oczyszczalni (obiekt nr 32) - obiekt istniejący, Budynek administracyjny (obiekt nr 37) - obiekt istniejący, Laguna osadowa (obiekt nr 26) - obiekt istniejący, Rozbiórka lub wyłączenie z eksploatacji obiektów istniejących: Zbiornik magazynowy PIX (obiekt R2) - rozbiórka; Podziemne rurociągi, przyłącza oraz instalacje kolidujące z projektowanymi obiektami oraz projektowanym uzbrojeniem - rozbiórka lub do przełożenia - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 1. Zadanie nr 2 - „Przeróbka osadów ściekowych wraz z dokumentacją projektową i rozruchem”: Budowa następujących obiektów: Wiata kompostowni (obiekt nr 25) - obiekt projektowany; Kontener dezodoryzacji (obiekt nr 25A) - obiekt projektowany. Infrastruktura towarzysząca: Przebudowa oraz budowa dróg i placów wewnętrznych oraz chodników i opasek wokół obiektów - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2; Przebudowa oraz budowa technologicznych sieci międzyobiektowych (rurociągi ściekowe, rurociągi wody technologicznej, sprężonego powietrza, powietrza na biofiltr itp.) - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2; Przebudowa oraz budowa wewnętrznej kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2; Przebudowa linii elektrycznych NN oraz sterowniczych - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2; Przebudowa układu sterowania oczyszczalnią AKPiA - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2. 9 Przewiduje się rozbiórkę lub wyłączenie z eksploatacji następujących obiektów istniejących: Laguna osadowa (obiekty nr R1) - rozbiórka; Podziemne rurociągi, przyłącza oraz instalacje kolidujące z projektowanymi obiektami oraz projektowanym uzbrojeniem - rozbiórka lub do przełożenia - zakres robót adekwatnie do zakresu obiektów objętych zadaniem nr 2.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmiernie wygórowany, nieproporcjonalny do opisanego powyżej przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i przejrzystości.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że obowiązkiem zamawiającego przygotowującego postępowanie jest sporządzenie SIWZ, w tym w szczególności ustalenie warunków udziału w postępowaniu i sporządzenie opisu oceny sposobu spełniania tych warunków, w sposób gwarantujący wybór podmiotu posiadającego wiedzę, doświadczenie oraz zaplecze techniczne i kadrowe niezbędne do należytego wykonania zamówienia, czyli osiągnięcia zamierzonych celów. Innymi słowy warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być określone w sposób proporcjonalny do jego przedmiotu, umożliwiając ocenę zdolności danego podmiotu do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne zdolności zawodowe. Należy to zrobić w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy, zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sam zamawiający, dokonując następnie oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić na zasadzie „spełnia - nie spełnia”.

W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego i wymagane dokumenty, żądane na potwierdzenie spełnienia tych warunków, mają decydujący wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie - zawiązując

go w mniejszym lub większym stopniu. Oczywiście jest to dopuszczalne, jednakże w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby warunki podmiotowe, które ustali z jednej strony pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, z drugiej natomiast strony musi pamiętać, że nie mogą one naruszać zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.

Odwolujący, w pierwszej kolejności kwestionował ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, opisane w Rozdziale IV SIWZ IDW. Zgodnie z pkt 4.2.2.1 zamawiający, w zakresie odnoszącym się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej żądał, aby wykonawca składający ofertę na część I wykazał, iż: a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 30 000 000,00 PLN brutto; b) był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 30 000 000,00 PLN brutto; c) posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 30 000 000,00 PLN brutto. W pkt 4.2.2.2 zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca składający ofertę na część II wykaże, iż: a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 5 000 000,00 PLN brutto; b) był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN brutto; c) posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto. Poniżej, jako uwaga zastrzegł, że w przypadku składania przez wykonawcę oferty na obie części wystarczy, że będzie on spełniał warunki dla części I. Nie jest wymagane sumowanie wartości polisy, posiadanych środków oraz obrotów. Jeżeli wykonawca spełni warunki wskazane dla części I to spełni też warunki dla części II, gdyż tam zamawiający wymaga znacznie mniejszego potencjału finansowo-ekonomicznego.

Odwolujący nie kwestionował poziomu wymaganego przez zamawiającego obrotu, który musi osiągnąć wykonawca za ostatnie 3 lata obrotowe, w minimalnej wysokości, w każdym roku obrotowym równej co najmniej wartości 30 000 000,00 PLN brutto. Zwracał jednak uwagę, że pozostałe wymagania, które zamawiający sformułował zostały określone w sposób nadmierny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób oderwany od relacji pomiędzy tymi kwotami. W jego ocenie wykonawca, który osiąga roczny obrót na poziomie wskazanym przez zamawiającego nie będzie w stanie uzyskać zaświadczenia

o zdolności kredytowej na tym samym poziomie. Z kolei kwota, na którą ma opiewać posiadane przez wykonawcę ubezpieczenie jest wygórowana, mając na uwadze cel, jakiemu służy polisa OC przedstawiana na tym etapie postępowania.

Izba podzieliła zastrzeżenia odwołującego z następujących powodów. Przypomnieć należy, że zgodnie z §2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U z 2020 r., poz. 1282) dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów” zamawiający może żądać, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej następujących dokumentów: ppkt 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; ppkt 4) potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Zauważyć należy, że ani przepisy ustawy Pzp, ani też przywołane zapisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wprowadzają konkretnych wymagań, a nawet nie ustanawiają szczegółowych wytycznych, którymi mógłby kierować się zamawiający ustalając odpowiednie poziomy czy wartości w zakresie wysokości czy to posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy, jak też sumy posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Ogólna reguła, której winien przestrzegać zamawiający formułując warunki odnoszące się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców, jest jednak taka, że zamawiający powinien uwzględnić m.in. specyfikę danego przedmiotu zamówienia i jego wartość, a także mieć na względzie planowany czas trwania umowy oraz ewentualne zaliczki czy płatności częściowe. Dotyczy to w szczególności kwestii wymagania od wykonawcy, aby posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na określonym poziomie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający sformułował wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na poziomie 30 mln zł. dla zadania I i 5 mln zł. dla zadania II, a w przypadku gdy złoży ofertę na oba zadania - w kwocie ustalonej dla zadania I. Jak ustalił skład orzekający na podstawie akt sprawy, co potwierdziło się także na rozprawie, zamawiający określając poziom wymaganych środków uczynił to w oderwaniu od okoliczności niniejszej sprawy. Nie wziął bowiem pod uwagę w jakiej wysokości środki finansowe będą potrzebne wykonawcy do zainwestowania na pierwszym etapie realizacji umowy. Zamawiający w umowie nie przewiduje wprawdzie udzielania zaliczek, jednakże jak wynika z zapisów wzoru umowy - Część II IDW zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu dokonywanie płatności częściowych. Jak sam przyznał na rozprawie do wystawienia pierwszego Przejściowego Świadczenia Płatności wykonawca musi dysponować kwotą około 1,5 mln zł. Ponadto we wzorze umowy przewidziano, że kwota ta zostanie zapłacona wykonawcy w terminie 30 dni od daty otrzymania kompletu dokumentów uzasadniających żądanie zapłaty.

Tym samym za nieuzasadnione należy uznać wymaganie zamawiającego, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponował kwotą 20- krotnie wyższą. Nie można oczywiście pomijać, że wykonawca może uczestniczyć jednocześnie w kilku projektach,

co wymaga większego zaangażowania finansowego z jego strony. Tym niemniej po raz kolejny należy zaznaczyć, że użyte w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp sformułowanie „w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy

do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności” oznacza, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu powinien uwzględnić cel, jakiemu mają one służyć. W odniesieniu do tego wymagania celem tym jest zabezpieczenie możliwości po stronie wykonawcy zaangażowania określonych zasobów finansowych, którymi będzie dysponował do czasu, aż zamawiający nie dokona na jego rzecz pierwszych płatności.

Jak zauważył odwołujący, wykonawcy zazwyczaj nie posiadają wolnych środków

na koncie, gdyż co do zasady muszą nimi stale obracać i angażować je w nowe przedsięwzięcia. Z kolei bank, wydając zaświadczenie o posiadanej zdolności kredytowej bierze pod uwagę szereg czynników, składających się na możliwość przyznania kredytu

w określonej wysokości. Jednym z tych czynników, branych pod uwagę jest niewątpliwie obrót osiągniany przez dany podmiot. Jeśli zamawiający wymaga, aby wykonawca przedstawił zaświadczenie, że jego zdolność kredytowa jest na takim poziomie jak osiągniany przez niego roczny obrót - czyni w istocie to wymaganie niemożliwym do spełnienia. Trudno oczekiwać, że instytucja finansowa uzna, że zdolność kredytowa wykonawcy jest na poziomie tożsamym do osiągniętych przez niego rocznych obrotów.

W rezultacie więc zamawiający, żądając aby wykonawca posiadał środki finansowe

na tak wysokim poziomie, nieadekwatnym do potrzeb w niniejszym postępowaniu, ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotom, które zdolne do jego realizacji, nie będą mogły stosownego zaświadczenia pozyskać. Z powyższych powodów Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut uznając, że wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa na poziomie postulowanym przez odwołującego - w sposób wystarczający zabezpieczy interes zamawiającego.

Odnosnie żądanej przez zamawiającego polisy ubezpieczeniowej w wysokości 30 mln zł. skład orzekający w niniejszej sprawie w pierwszej kolejności zaznacza, że podziela w tym zakresie wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10). Zabezpieczeniu wykonania przedmiotu umowy służy polisa kontraktowa i jeśli zamawiający takiej oczekuje, to powinien sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia w treści SIWZ, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10).

Celem zatem przedłożenia polisy jest wyłącznie sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (tak w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.), jak też zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żądaną przez zamawiającego sumę

i możliwości uzyskania ubezpieczenia. W takiej sytuacji ubezpieczyciel weryfikuje dany podmiot, zamierzający zawrzeć taką umowę pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak w wyroku SO we Wrocławiu z 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

Zamawiający, uzasadniając na rozprawie z jakich powodów żądał polisy ubezpieczeniowej w określonej wysokości wskazywał na to, że prace realizowane w ramach zamówienia będą wykonywane na czynnym obiekcie, stąd niewykluczone są sytuacje w których wykonawca będzie zmuszony pokryć ewentualne szkody. Z tych powodów określona w SIWZ wysokość posiadanego ubezpieczenia OC jest, w ocenie zamawiającego, niewygórowana.

Izba podziela ocenę zamawiającego co do tego, że wysokość sumy ubezpieczenia OC nie musi być skorelowana z wartością zamówienia, ale oceną wysokości szkód jakie poczynić może wykonawca. Należy jednak wyważyć w tym przypadku czy oczekiwanie zamawiającego, formułowane na tym etapie postępowania nie spowoduje, że ograniczony będzie krąg potencjalnych wykonawców chcących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

W okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest bowiem to, że zamawiający już po raz trzeci wszczął przedmiotowe postępowanie, zaś zainteresowanie wykonawców poprzednimi przetargami było niewielkie. Jeśli jeszcze weźmiemy pod uwagę, że o ile polisa kontraktowa zabezpiecza ewentualne szkody powstałe na tle realizacji kontraktu, to już polisa prezentowana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie musi obowiązywać w trakcie realizacji zamówienia. Zasadnym jest zatem raczej, jeśli taki był cel zamawiającego, sformułowanie określonego wymagania w samej umowie. Wówczas takie żądanie jest uzasadnione, zwłaszcza jeśli realizacja przedmiotu zamówienia może wiązać się z wysokim ryzykiem wystąpienia szkody. Z analizy zamawiającego wynika, że owa szkoda może być wyrządzona podczas realizacji tego kontraktu, zarówno zamawiającemu jak i osobom trzecim. Tym samym zapewnienie wypłacalności ewentualnych odszkodowań

z ubezpieczenia bezpośredniego „sprawcy” może więc okazać się dla zamawiającego bardzo korzystnym rozwiązaniem. Co jednak należy podkreślić wymaganie takie zasadne jest na etapie samej realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, że żądanie zamawiającego sformułowane w treści SIWZ, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 30 mln. zł. należy uznać za nadmierne. Celem zamawiającego jest bowiem zapewnienie wyboru wykonawcy, który mając zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia oraz zdolność do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę gwarancyjną ubezpieczenia, jest w takiej sytuacji ekonomicznej, że daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. W takim przypadku jest jednak istotna wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia, określona w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Od wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia zależy bowiem wysokość składki ubezpieczeniowej. Żądając od wykonawcy wykazania, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może określać sumy gwarancyjnej ubezpieczenia na poziomie, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tj. czyniłby możliwym, ze względu na wysokość składki ubezpieczeniowej, uzyskanie ubezpieczenia OC jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców. Takie działanie stanowi naruszenie art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym kontekście argumentacja zamawiającego, że odwołujący ubiegając się o przedmiotowe zamówienie i składając wcześniej oferty posłużył się podmiotem trzecim i w ten sposób wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności ekonomicznej lub finansowej (dowody zamawiającego w postaci JEDZ odwołującego oraz zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia) - nie zasługuje na akceptację. Wręcz przeciwnie potwierdza to jedynie, że odwołujący, aby móc spełnić owe rygorystyczne wymogi musiał posłużyć się podmiotem trzecim, którym w tym przypadku jest spółka – matka: Control Process S.A. (co wynika z odpisu z KRS przedłożonego przez zamawiającego na rozprawie), bez której zasobów nie miałyby możliwości wziąć udziału w tym postępowaniu.

Kolejny zarzut, który sformułował odwołujący dotyczył ustalonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, opisanych w Rozdziale IV SIWZ IDW

w pkt 4.2.3., w zakresie odnoszącym się do zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie

z pkt 4.2.3.1 zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże,

iż w przypadku składania oferty na część I: 1. Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji, o przepustowości/ wydajności średniodobowej nie mniejszej niż 3 000 m<sup>3</sup> /d, o wartości każdej z w/w nie mniejszej niż 20 000 000,00 PLN netto. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek określony w powyższym punkcie musi spełniać co najmniej jeden wykonawca samodzielnie.

2. Opracował w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym przynajmniej jedna z nich posiadała przepustowość nie mniejszą niż 3 000 m<sup>3</sup> /d, dla których uzyskano pozwolenie na budowę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek określony w powyższym punkcie musi spełniać co najmniej jeden wykonawca samodzielnie.

Odwołujący kwestionował wymaganie w zakresie, w jakim zamawiający dokonał zmiany treści warunku w stosunku do poprzedniego postępowania. W ogłoszonym wcześniej przetargu warunek doświadczenia dotyczył realizacji, w ciągu ostatnich 5 lat, 2 robót budowlanych w branży gospodarki wodno-ściekowej o wartości 30 mln PLN każda. Pomimo, że w poprzednim postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, zamawiający zdecydował się na kolejne ograniczenie rynku potencjalnych wykonawców, zawiężając posiadane doświadczenie wyłącznie do robót wykonywanych na oczyszczalniach ścieków komunalnych. Na rozprawie zamawiający uzasadniał powody takiej decyzji wywodząc, że zmiana ta wynika z doświadczeń samego zamawiającego, jak też innych podmiotów udzielających analogicznych zamówień. Argumentował, że w przypadku przebudowy, rozbudowy czy też modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych stosuje się odmienną technologię niż wykonując zadania przy realizacji stacji uzdatniania wody, czy innych obiektów gospodarki wodno-ściekowej (przemysłowe oczyszczalnie ścieków itp.).

Skład orzekający uznał te wyjaśnienia za wiarygodne i wystarczające uznając,

że warunek tak sformułowany jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia opisanego w tym

postępowaniu. Zauważyć należy, że odwołujący w tym zakresie nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, z jakich powodów uznać należy, że doświadczenie przy realizacji innych obiektów będzie wystarczające, aby budować cel, któremu służyć ma opisany warunek tj. zapewnić wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Ponadto analiza treści warunków zestawionych przez odwołującego w tabeli zamieszczonej w odwołaniu wskazuje,

że w podobnych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia formułuje się w różny sposób, w tym poprzez wymagania realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków komunalnych.

Skład orzekający doszedł również do przekonania, że zarzut odwołującego dotyczący wymogu opracowania, w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania

o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch dokumentacji projektowych budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym aby przynajmniej jedna z nich posiadała przepustowość nie mniejszą niż 3 000 m<sup>3</sup> /d, dla których uzyskano pozwolenie na budowę nie jest warunkiem, który określić należy jako nadmierny czy nieproporcjonalny do zakresu zamówienia. Odwołujący argumentował, że czas niezbędny na wykonanie dokumentacji wynosi około 12 miesięcy. Możliwe jest zatem, aby wykonawca, który niejako specjalizuje się w wykonywaniu tego rodzaju dokumentacji projektowych w referencyjnym okresie wykonał projekt dla co najmniej dwóch tego rodzaju zamówień. Izba podziela ocenę zamawiającego, że wykonanie tylko jednego projektu, którego zakres odbiega jednak od dokumentacji projektowej dla innych obiektów budowlanych - może okazać się niewystarczające do uznania, że wykonawca nabył niezbędne doświadczenie w projektowaniu specyficznego obiektu, jakim jest budynek oczyszczalni ścieków. Uznać zatem należy, że w tym przypadku zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, określając go jednocześnie w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. w sposób obiektywny określił najmniejszy, wymagany w tym przypadku poziom tej zdolności.

Ten minimalny poziom zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia powinien być jednak sprecyzowany w taki sposób, aby wykonawcy składając ofertę nie mieli wątpliwości jakim rodzajem zamówień mogą się wykazać, aby zamawiający uznał ten warunek

za spełniony. W tym kontekście za słuszny należało uznać postulat odwołującego, który domagał się zdefiniowania, co zamawiający rozumie pod pojęciem dokumentacja projektowa budowy, opisanym w tym punkcie. Izba uwzględniła zarzut, jednakże nakazała w sentencji doprecyzowanie tego pojęcia w sposób, który zamawiający uważa za spełniający jego wymagania. Żądanie odwołującego, aby warunek uznać za spełniony w sytuacji, gdy wykonawca wykonał co najmniej dokumentację wymaganą do uzyskania pozwolenia

na budowę lub kompletną dokumentację wykonawczą, wykonaną na podstawie projektu budowlanego, uznać należało w istocie jako polemikę z samą treścią warunku sformułowanego przez zamawiającego w SIWZ, a nie wyłącznie doprecyzowanie jak należy to pojęcie rozumieć.

Skład orzekający podzielił w tym wypadku ocenę zamawiającego, że nie można jako równorzędne uznać doświadczenia w przygotowaniu pełnej dokumentacji, która wymagana jest w celu uzyskania pozwolenia na budowę z faktem wykonania dokumentacji wykonawczej na podstawie przygotowanego wcześniej projektu budowlanego. Definicję projektu wykonawczego, jak też informacje o tym, co powinien on zawierać, określono w przepisie wykonawczym do ustawy Pzp. Zgodnie z §4 i §5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129): § 4: 1. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: (1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych; (2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5; (3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6; (4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. 2. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: (1) planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania; (2) przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 6; (3) projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami. § 5: 1. Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. 2. Projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą: (1) części obiektu, (2) rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych, (3) detali architektonicznych oraz urządzeń budowlanych, (4) instalacji i wyposażenia technicznego - których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb, o których mowa w ust. 1.3. Projekty wykonawcze, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, dotyczą: (1) przygotowania terenu pod budowę; (2) robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, włącznie z robotami wykończeniowymi w zakresie obiektów budowlanych; (3) robót w zakresie instalacji budowlanych; (4) robót związanych z zagospodarowaniem terenu. 4. Wymagania dotyczące formy projektów wykonawczych przyjmuje się odpowiednio jak dla projektu budowlanego.

Chociaż rola projektów wykonawczych w procesie udzielania zamówień publicznych jest szczególna, bowiem zawartość tej dokumentacji pozwala na uzupełnienie

i uszczegółowienie projektu budowlanego w zakresie i stopniu dokładności, który jest niezbędny do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Nie zmienia to faktu, że samo wykonanie takich projektów, a w konsekwencji doświadczenia nabytego przy ich realizacji, nie można zrównać z wykonaniem kompleksowej dokumentacji, niezbędnej w celu uzyskania pozwolenia na budowę. Aby zatem uniknąć powyższych wątpliwości, zasadne jest doprecyzowanie pojęcia „dokumentacja projektowa” w treści warunku w taki sposób, aby było jasne, jak zamawiający będzie oceniał jego spełnienie.

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów w zakresie wymagań, które sformułował zamawiający w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej - osób zdolnych

do wykonania zamówienia, Izba ustaliła, że w Rozdziale IV, pkt 4.2.3 znalazły się wymagania w zakresie dysponowania następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w tym Eksperta nr 2 - Kierownika Budowy (1

osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) - niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia: wykształcenie wyższe techniczne, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji przynajmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej budowy /modernizacji /przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości min. 3 000 m<sup>3</sup> /d, o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN netto, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub dla osób, które uzyskały uprawnienia przed 1994 r. uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji i urządzeń sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych lub w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych lub która na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. nr 8, poz. 46) uzyskała uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynierskiej lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220). Jednocześnie, jak ustalił skład orzekający, w ramach kryteriów oceny ofert opisanych w Rozdziale XII zamawiający przewidział, że będzie przyznawał punkty za doświadczenie personelu, ustalając wagę tego kryterium na 40%.

W ramach kryterium doświadczenia personelu zamierzał dodatkowo punktować doświadczenie Eksperta nr 2 - Kierownika budowy, przyznając maksymalnie 20 punktów. Sposób, w jaki opisał procedurę dodatkowego punktowania był następujący: za pełnienie funkcji kierownika budowy dla każdej dodatkowej roboty budowlanej, ponad wymagane minimum określone w warunkach udziału w postępowaniu dla Eksperta nr 2, dotyczącej budowy/ modernizacji/ przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych

o przepustowości min. 3 000 m<sup>3</sup> /d, o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN netto otrzyma 10 punktów. Maksymalna liczba punktów dla Eksperta nr 2 - Kierownika Budowy wynosi 20 punktów. W przypadku wykazania więcej niż 2 dodatkowych robót budowlanych dla Eksperta nr 2 zostaną uznane maksymalnie 2 roboty, za które zostanie przyznanych łącznie 20 pkt.

Oceniając przedmiotowy zarzut Izba uznała, że tak rygorystyczne wymaganie w postaci połączenia funkcji kierownika budowy z posiadaniem uprawnień w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawo budowlane, stanowi niedopuszczalny, albowiem nadmiernie wygórowany wymóg, który może wyeliminować

w sposób nieuzasadniony wykonawców, którzy będą zdolni do wykonania zamówienia.

Jak zauważył odwołujący najczęściej spotykaną sytuacją na budowach prowadzonych w Polsce jest, że kierownikiem budowy jest osoba, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Tak też dzieje się w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są prace polegające na budowie/ modernizacji/ przebudowie oczyszczalni ścieków, na co odwołujący przedstawił dowód w postaci zestawienia postępowań organizowanych przez różnych zamawiających, w przedmiocie podobnym do postępowania organizowanego przez zamawiającego. W konsekwencji przeważająca część kadry, posiadająca doświadczenie polegające na sprawowaniu funkcji kierownika budowy na dużych oczyszczalniach ścieków w Polsce, posiada uprawnienia konstrukcyjno-budowlane. Tym samym formułując treść warunku w taki sposób, zamawiający ogranicza konkurencję w postępowaniu, bowiem wykonawca musi albo dysponować osobą, która była kierownikiem budowy, gdzie zamawiający wymagał posiadania uprawnień w specjalności instalacyjnej lub też taką, która posiada podwójne uprawnienia.

Zamawiający na rozprawie stwierdził jedynie, że najważniejszym, w jego ocenie, zakresem robót, które będą wykonywane są roboty w branży sanitarnej, stąd w treści SIWZ znalazło się przedmiotowe wymaganie. Nie ulega wątpliwości, że prace te są istotne w sytuacji,

gdy przedmiotem zamówienia jest przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków to jednak, z analizy opisu przedmiotu niniejszego zamówienia wynika, że duży zakres prac do wykonania związany jest z przebudową czy też rozbudową obiektów. Odwołujący oszacował, a zamawiający tych wliczeń nie kwestionował, że roboty konstrukcyjno-budowlane mają w przypadku tego zamówienia pozycję dominującą, gdyż stanowią ponad 40%. Z kolei prace o charakterze sieciowym to 12% wartości całego zadania. Uzasadnione jest zatem co najmniej dopuszczenie możliwości legitymowania się przez osobę pełniącą funkcję kierownika budowy uprawnieniami konstrukcyjno- budowlanymi, które to stanowią podstawę do kierowania całością budowy obiektu budowlanego.

Izba podziela spostrzeżenia poczynione w opinii prawnej, sporządzonej w przedmiocie oceny możliwości podniesienia i sposobu popierania zarzutów w niniejszym postępowaniu, w zakresie w jakim zamawiający sformułował wymagania odnośnie uprawnień kierownika budowy, przez r. pr. A. J., specjalistę z zakresu prawa budowlanego, stale współpracującego z Małopolską Okręgową Izbą Inżynierów Budownictwa w Krakowie, którą odwołujący przedłożył jako dowód w postępowaniu w zakresie, w jakim dokonana została analiza odnosząca się do kwestii prawnych, dotyczących możliwości pełnienia funkcji przez osobę posiadającą określone uprawnienia. Zgodzić należy się z twierdzeniem, że funkcją kierownika budowy na danej inwestycji jest dokonywanie samodzielnej i fachowej analizy zjawisk technicznych, zasadniczych z punktu widzenia całego projektu. W sytuacji, gdy

w niniejszym postępowaniu proporcja i rozkład kwot, składających się na to zadanie w przeważającej części dotyczy robót kubaturowych - zasadne jest co najmniej dopuszczenie możliwości pełnienia funkcji kierownika budowy przez osobę z uprawnieniami w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Nie mogło również umknąć uwadze Izby, że w organizowanych wcześniej przez zamawiającego postępowaniach w tym samym przedmiocie, w pierwszym została złożona jedna oferta, w drugim dwie oferty (co odwołujący zaprezentował w tabeli załączonej do pisma procesowego). Co istotne, analiza oferty złożonej przez WUPRINŻ, złożonej w poprzednim postępowaniu wskazuje, że Pan P. H. (osoba, którą ten wykonawca dysponuje) posiada uprawnienia w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, a zatem w takim zakresie jaki jest wymagany w tym postępowaniu. Jednocześnie wykazał się doświadczeniem, obejmującym 4 budowy spełniające warunki zamawiającego, punktowane w ramach kryterium oceny ofert.

Po dokonanej przez odwołującego weryfikacji, co zostało potwierdzone w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 1871/20, 1908/20), wartość jednego z wykazanych zamówień była nieprawdziwa. Tym samym Pan P. H. może wykazać się doświadczeniem w realizacji 3 budów, spełniających warunki opisane w kryteriach oceny ofert. Zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonał zmiany podkryterium w taki właśnie sposób, że dla uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie Eksperta nr 2 - wystarczającym jest doświadczenie obejmujące 3 budowy, co z oczywistych względów powoduje, że wykonawca ten, jeśli ponownie złoży ofertę - uzyska maksymalną ilość punktów w kryterium. Zasadnym wydaje się zatem, w zaistniałych okolicznościach, niezależnie od dokonania zmiany treści warunku, również modyfikacja dotycząca sposobu oceny doświadczenia Eksperta nr 2. Z uwagi jednak na to, że odwołujący okoliczności tych nie podnosił - Izba, związana zarzutami, w sentencji nie odniosła się do tej kwestii.

Z powyższych powodów Izba uznała, że zarzut w zakresie, w jaki sformułował go odwołujący należy uznać za uzasadniony. Zamawiający powinien dokonać stosownej zmiany w treści SIWZ, poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu odnośnie Eksperta nr 2 - Kierownika Budowy. Zmiana powinna polegać na uzupełnieniu wymagań i dopuszczeniu sytuacji, w której osoba o uprawnieniach budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, będzie mogła pełnić funkcję kierownika budowy.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 4 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z §5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz.U. z 2018 r., poz. 972). Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z której wynika konieczność zbadania przez Izbę stopnia w jakim roszczenia wynikające z odwołania zostały zaspokojone.

W tej sprawie rozpoznaniu podlegały następujące zarzuty: (1) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (2) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszących się do doświadczenia wykonawcy; (3) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia eksperta nr 2 oraz (4) doprecyzowania zapisów SIWZ w kwestii rozumienia pojęcia dokumentacji projektowej budowy. W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w 3/4 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego w części 3/4 i odwołującego w części 1/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20 000,00 zł. koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600,00 zł. oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł. (łącznie 27 200,00 zł.).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600,00 zł. tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6 800,00 zł. (27 200,00 zł. x 25%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20 400,00 zł., stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....