

WYROK

z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 15 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 4 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu pn. Budowa ujęcia wody powierzchniowej, przesyłu wody surowej oraz układu uzdatniania wraz z odsalaniem i infrastrukturą towarzyszącą dla zaopatrzenia w wodę m. Świnoujście. Zakład Wydrzany II - realizacja zadania w trybie zaprojektuj i wybuduj (nr postępowania 14/2020/KSz)

prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. o.o. z siedzibą w Świnoujściu

przy udziale wykonawcy: Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa (Węgry)- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenia do składania ofert wstępnych, a w ramach powtórzonych czynności - wezwanie Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa (Węgry) do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału określonych w sekcji III pkt 1 ppkt 3) ppkt 2) lit. a) oraz b) ogłoszenia o zamówieniu, ze wskazaniem, że dotychczas złożone dokumenty nie potwierdzają zrealizowania zadania dotyczącego stacji uzdatniania wody, w której proces technologiczny uzdatniania wody obejmował co najmniej procesy koagulacji (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin), filtrację pospieszną i odwróconą osmozę, a zadanie obejmowało zaprojektowanie lub budowę stacji uzdatniania wody nie tylko w zakresie branży technologicznej.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23617 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Uzasadnienie

Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. o.o. z siedzibą w Świnoujściu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „p.z.p.”} w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane pn. Budowa ujęcia wody powierzchniowej, przesyłu wody surowej oraz układu

uzdatniania wraz z odsalaniem i infrastrukturą towarzyszącą dla zaopatrzenia w wodę m. Świnoujście. Zakład Wydrzany II - realizacja zadania w trybie zaprojektuj i wybuduj (nr postępowania 14/2020/KSz)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 marca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_052 pod poz. 124521.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 sierpnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej informację o wynikach powtórnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa (Węgry) (dalej: „Hidrofilt” lub „Przystępujący”) tj. o pozytywnym zweryfikowaniu spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

4 września 2020 r. Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Seen” lub „Odwołujący”) wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lista zarzutów):

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 57 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez błędną ocenę wniosku Hidrofilt o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w tym błędną ocenę dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego trybie art. 26 ust. 3 pzp) i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Hidrofilu, który nie wykazał spełniania określonych w pkt VII.2. pkt 2. ppkt 2) lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych.
2. Art. 57 ust. 2 - przez dopuszczenie Hidrofilu do dalszego udziału w postępowaniu oraz zaproszenie go do złożenia oferty wstępnej, pomimo że z treści złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że nie spełnia on określonych w pkt VII.2. pkt 2. ppkt 2) lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z 24 ust. 1 pkt 12 - przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Hidrofilu, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji może spowodować naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp w ten sposób, że zamówienie może zostać udzielone wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy pzp, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu (lista żądań):

1. Unieważnienia oceny spełniania przez Hidrofilt warunków udziału w postępowaniu.
2. Unieważnienia dopuszczenia Hidrofilu do dalszego udziału w postępowaniu oraz zaproszenia go do złożenia oferty wstępnej.
3. Ponowienia oceny spełniania przez Hidrofilt warunków udziału w postępowaniu.
4. Wykluczenia Hidrofilu z postępowania.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

Odnosnie dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia:

Według treści ogłoszenia Zamawiający miał uznać, że wykonawca spełnia wymogi dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykaże m.in., że:

a) W ciągu ostatnich 10 lat zrealizował zadanie obejmujące zaprojektowanie co najmniej 1 stacji uzdatniającej wodę powierzchniową do celów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 150,0 m³/h lub do celów przemysłowych wodę powierzchniową o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h lub obejmującej co najmniej dwie stacje uzdatniania wody podziemnej o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h, przy czym w obu przypadkach w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywane były co najmniej następujące procesy: koagulacja (wraz z sedymentacją lub flotacją

zawiesin), filtracja pospieszna i odwrócona osmoza. Wymaga się, by wydajność układu RO wynosiła minimum 50,0 m³/h. Inwestycje, o których mowa muszą być zrealizowane oraz użytkowane zgodnie z obowiązującym prawem, przez minimum jeden rok.

Oraz

b) W ciągu ostatnich 10 lat zrealizował zadanie obejmujące budowę co najmniej 1 stacji uzdatniającej wodę powierzchniową do celów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 150,0 m³/h lub do celów przemysłowych wodę powierzchniową o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h lub obejmującej co najmniej dwie stacje uzdatniania wody podziemnej o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h, przy czym w obu przypadkach w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywane były co najmniej następujące procesy: koagulacja (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin), filtracja pospieszna i odwrócona osmoza. Wymaga się, by wydajność układu RO wynosiła minimum 50,0 m³/h. Inwestycje, o których mowa muszą być zrealizowane oraz użytkowane zgodnie z obowiązującym prawem, przez minimum jeden rok.

Na potwierdzenie spełniania przez wykonawców powyższych warunków Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych zadań wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których zadania zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te zadania zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Wzór wymaganego wykazu stanowił załącznik nr 2 do ogłoszenia. Za dowody, o których mowa powyżej, Zamawiający uznał m.in. referencje wystawiane przez podmiot, na rzecz którego zadanie było wykonane.

Hidrofilt przedstawił w wykazie 6 zadań oraz załączył do niego 6 referencji.

Zamawiający pismem z 06.08.2020 r. (znak EA/PW/NI/1037/220/2020/KSz) wezwał Hidrofilt do (...) uzupełnienia przedłożonych referencji poprzez przekazanie dokumentów, z których wprost wynikać będzie spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zgodnym z pkt. VII.2.2) lit. a) oraz b) ogłoszenia o zamówieniu (...). W treści wezwania Zamawiający wskazał na wątpliwości, jakie nasuwały mu się w związku z przedstawionym wykazem robót, odnosząc je do każdej z 6 referencji.

W odpowiedzi Hidrofilt przesłał uzupełniony załącznik nr 2 do ogłoszenia, informując, że wprowadził zmiany jedynie w zakresie dotyczącym poz. nr 1 i 3. W odniesieniu do pozostałych pozycji (tj. nr 2, 4, 5 i 6) Wykonawca wskazał, że pozostały one niezmienione

1 świadczą o doświadczeniu w realizacji projektów o zbliżonej specyfikacji technologicznej.

Zdaniem Odwołującego tym samym Hidrofilt wprost przyznał, że poz. nr 2, 4, 5 i 6 nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie powinny być w ogóle brane przez Zamawiającego pod uwagę.

{1. Niespełnienie wymogu zaprojektowania i budowy stacji uzdatniania wody, w ramach której w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywany był proces filtracji pospiesznej.}

Odwołujący zrelacjonował, że jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym warunków określonych w pkt VIII.2. pkt 2. ppkt 2) lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dotyczącym stosowania procesu filtracji pospiesznej: (...) Czy Zamawiający uzna za spełnienie ww warunki zarówno dla zaprojektowania jak i budowy stacji uzdatniania wody, jeżeli w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywane były następujące procesy: koagulacja wraz z sedymentacją, ultrafiltracja ciśnieniowa i odwrócona osmoza przy zachowaniu wymaganej wydajności instalacji? (...)

W odpowiedzi z 20.04.2020 r. (znak EA/PW/NI/139/2020/KSz) Zamawiający wskazał, że nie uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zarówno dla zaprojektowania i budowy stacji uzdatniania wody, jeżeli w procesie technologicznym uzdatniania nie był wykorzystywany proces filtracji pospiesznej.

W poz. nr 1 i 3 wykazu i załączonych do nich referencjach wprost wskazano, że zastosowana w tych zadaniach technologia obejmowała ultrafiltrację.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ Hidrofilt nie zaprojektował oraz nie dostarczył i nie zamontował oraz nie uruchomił wymaganego przez Zamawiającego procesu filtracji pospiesznej w tych zadaniach, nie wykazał tym samym spełnienia przywołanych powyżej warunków udziału i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że proces filtracji pospiesznej jest jednym z wielu możliwych procesów oczyszczania wody

i w uproszczeniu polega na usuwaniu zawiesiny w połączeniu z innymi zanieczyszczeniami, ale towarzyszą mu również procesy i reakcje chemiczne i biologiczne.

W zależności od tego, jak duże cząstki stałe chce się oddzielać oczyszczając wodę, oraz ze względu na rodzaj stosowanej w danym procesie przegrody, można wyróżnić m.in. następujące procesy separacji: filtracja klasyczna (w tym omawiana filtracja pospieszna), mikrofiltracja, ultrafiltracja, nanofiltracja, odwrócona osmoza.

Przy czym filtracja pospieszna i ultrafiltracja różnią się nie tylko wielkością zatrzymywanych cząstek, ale przede wszystkim rodzajem przegrody, czyli elementu, na którym zostaje zatrzymywana faza stała (zawiesina).

Dla filtracji klasycznej (pośpiesznej) przyjmuje się, że zatrzymuje cząstki 10-100 mikrometrów i większe, a elementem służącym do zatrzymywania cząstek stałych jest mineralne złożo (piasek kwarcowy, antrycyt, żwir). Podczas procesu filtracji pośpiesznej w złożu filtracyjnym zachodzą zmiany tzw. wpracowanie filtra, dzięki którym woda jest uzdatniana zarówno biologicznie - na skutek filtracji przez złożo filtracyjne, w którym zaszczerpiła się odpowiednia bioflora - jak i reakcje chemiczne np. utlenianie i redukcja żelaza i manganu. W złożu filtracyjnym np. piasku tworzą się poszczególne warstwy odpowiadające za redukcję/usuwanie poszczególnych składników, zaczynając od grubych zanieczyszczeń na górze, przez drobniejszą zawiesinę zatrzymującą się w górnej do środkowej części złoża oraz utlenianie i sorpcja żelaza, a następnie manganu w dolnych partiach złoża. Na skutek procesów biologicznych zachodzących w złożu redukcji ulega też np. amoniak. Dodatkowo w procesie filtracji pośpiesznej często prowadzi się koagulację kontaktową z dodatkiem różnych reagentów chemicznych, polepszającą efekt filtracji w całej objętości złoża. Klasyczna filtracja pośpieszna jest więc procesem niezwykle złożonym, wymagającym dużego doświadczenia co do doboru jego parametrów w zależności od przeznaczenia.

W przypadku ultrafiltracji przyjmuje się, że ma ona na celu zatrzymywanie cząstek o rozmiarach od 10 nanometrów do 0,1 mikrometrów, a elementem służącym do zatrzymywania fazy stałej jest membrana z zaawansowanych materiałów polimerowych. Jest to zupełnie inny proces, którego celem jest zatrzymanie na pojedynczej cienkiej barierze-membranie cząstki zawiesiny i koloidów o danych rozmiarach.

W układach technologicznych uzdatniania wody filtracja klasyczna (pośpieszna) oraz ultrafiltracja mogą wystąpić równocześnie, stanowią jednak oddzielne procesy, z tym że filtracja pospieszna musi wystąpić przed ultrafiltracją, gdyż z reguły nie powinno się ultrafiltrować wody bez pozbawienia jej cząstek o rozmiarach większych (wyłapywanych w drodze filtracji pospiesznej) oraz bez usunięcia na złożu mineralnym zanieczyszczeń takich jak żelazo i mangan.

Inne różnice między filtracją pospieszną a ultrafiltracją dotyczą odmiennych:

- czynności eksploatacyjnych, np. dla ultrafiltracji wymagane jest stosowane specjalistycznej chemii, membrana z czasem podlega wymianie, złożo mineralne jest długotrwałe, nie zużywa się, wymaga tylko płukania wodą;
- urządzeń towarzyszących, np. dla ultrafiltracji wymagane są systemy dozujące chemikalia,
- producentów filtrów, z czym się wiąże inne know-how dla tych rozwiązań technologicznych. {2. Wymóg zaprojektowania i budowy stacji uzdatniania wody - zastrzeżenie ogólne, dotyczące wszystkich przedstawionych zadań i związanych z nimi referencji.}

Niezależnie od powyższego Odwołujący, jak wskazał - z ostrożności procesowej - zarzucił, że żadne z 6 przedstawionych (z uwzględnieniem uzupełnienia) zadań nie potwierdza spełnienia powyżej przytoczonych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie odpowiednio zaprojektowania oraz realizacji skomplikowanego pod względem technicznym i technologicznym obiektu, jakim jest stacja uzdatniania wody. Stąd z wykazu zrealizowanych robót winno wynikać doświadczenia w projektowaniu i realizacji obiektów stacji uzdatniania wody w całości jako kompleksowej inwestycji, a nie wyłącznie w zakresie stanowiących jej wycinek instalacji technologicznych.

Według Odwołującego z wykazu robót Hidrofilu, a przede wszystkim z załączonych do niego referencji wynika, że projektował, był dostawcą urządzeń oraz je montował tylko w ramach branży technologicznej. Z niektórych referencji wynika nawet, że wykonał tylko część prac technologicznych, nawet niepełny ich zakres w ramach budowy danej stacji uzdatniania wody. Potwierdza to również wyjaśnienie Hidrofilu odnośnie poz. 3., że (...) Wykonawca odpowiedzialny był za wszystkie działania poczynwszy od projektowania, poprzez dostawy, budowę, uruchomienia i przekazanie instalacji do eksploatacji.

W ocenie Odwołującego Hidrofilt nie może wykazać się w oparciu o przedstawiony wykaz i załączone referencje wybudowaniem stacji uzdatniania wody, gdyż zgodnie z definicją z art. 3 pkt. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, a przedmiotem tego zamówienia objęta jest realizacja inwestycji w formule zaprojektuj i buduj. Zamawiający oczekuje więc zaprojektowania od podstaw, uzyskania niezbędnych pozwoleń a następnie wybudowania i oddania do użytkowania obiektu budowlanego. Stąd określone dla tego postępowania warunki dotyczą doświadczenia w zaprojektowaniu i wybudowaniu kompleksowego obiektu. Przez „budowę stacji uzdatniania wody” należy więc rozumieć kompleksowe wykonanie pełnego zakresu robót oraz wykonanie wszelkich towarzyszących procesowi budowlanemu czynności niezbędnych do uzyskania i oddania do użytkowania w pełni funkcjonalnej stacji uzdatniania wody. W ramach takich działań wykonawca nie tylko musi wykonać prace z zakresu różnych branż, m.in.: konstrukcyjnej, budowlanej, instalacyjnej, elektrycznej, automatycznej, architektonicznej (a nie tylko branży technologicznej lub jej części), ale także musi wykazać się umiejętnością koordynacji i zarządzania wszystkimi robotami wykonywanymi przez poszczególnych podwykonawców w zakresie wszystkich branż, odpowiednim planowaniem i znajomością procedury administracyjnej w celu terminowego uzyskiwania wymaganych decyzji i uzgodnień, w tym dla uzyskania także pozwolenia na użytkowanie, które dotyczy prawidłowego wykonania robót w zakresie wszystkich branż. Wykazanie się odpowiednim doświadczeniem dotyczy więc szeregu czynności związanych z kierowaniem całą budową i nadzorowaniem wszystkich robót, a także zarządzaniem całą inwestycją.

Wykonanie prac projektowych wymaga m.in. wykonania złożonej i kompleksowej dokumentacji technicznej we wszystkich branżach, w oparciu o którą następnie można uzyskać pozwolenie na budowę. Projekt technologiczny stanowi zaledwie część takiej dokumentacji projektowej. Pełny projekt zawiera wszystkie branże, czyli konstrukcyjną, instalacyjną, elektryczną, automatyczną, architektoniczną, w tym także technologiczną. W celu uzyskania pozwolenia na budowę często należy wykonać dodatkowe opracowania i pozyskać dodatkowe decyzje jak decyzja środowiskowa lub pozwolenie wodnoprawne. Zatem przez projekt należy rozumieć pełną dokumentację techniczną wymaganą Prawem budowlanym, a nie tylko projekt branży technologicznej. Projektowanie wymaga także zarządzania i koordynacji pomiędzy projektantami wszystkich branż, często pomiędzy różnymi biurami projektowymi.

{3.}

Odnosząc się do poszczególnych pozycji uzupełnionego wykazu Hidrofilu, Odwołujący stwierdził ponadto następujące braki {ponad braki, które już wskazał powyżej}: Poz. 2.

-Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, gdyż wykonawcą stacji uzdatniania wody w Jaworznie w ramach tej inwestycji był Instal Kraków, którego Hidrofilt był jedynie podwykonawcą w zakresie części prac technologicznych (tylko węzeł wstępnego przygotowania wody bez dalszego uzdatniania, odsalania i demineralizacji, które wykonywał kolejny inny podwykonawca);

-brak wymaganego zaprojektowania i wykonania procesu odwróconej osmozy.

-niewystarczająca przepustowość zaprojektowanych, dostarczonych i zamontowanych urządzeń technologicznych dla wody przemysłowej wynosząca 180 m³/h przy wymaganym minimum 200 m³/h

-jako ukończona w 2020 r. nie spełnia wymogu, aby po zakończeniu inwestycji i oddaniu jej do użytkowania była ona użytkowana przez minimum 1 rok.

Poz. 3.

-Wykonawca napisał, że wykonał prace w ramach projektu EPC, ale projekt pod klucz dotyczył tylko części technologicznej, a nie całości prac budowlanych obejmujących budowę stacji uzdatniania wody.

-z referencji wynika, że proces odwróconej osmozy nie spełnia wymogu minimalnej przepustowości, gdyż Wykonawca wykonał dwustopniowy proces uzdatniania wody w odwróconej osmozie (RO-1 i RO-2) o maksymalnym przepływie wynoszącym 48 m³/h zamiast wymaganego przez Zamawiającego minimum 50 m³/h.

Poz. 4.

-z referencji wynika, że Wykonawca dostarczył urządzenia technologiczne i je zamontował tylko dla 1 stacji uzdatniania wody podziemnej, a w przypadku uzdatniania wody podziemnej Zamawiający wymagał co najmniej dwóch stacji uzdatniania wody podziemnej o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h;

-brak dostarczenia, zamontowania oraz uruchomienia wymaganych procesów: koagulacji (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin) i odwróconej osmozy (RO).

Poz. 5. i 6.

-z referencji wynika, że Wykonawca był dostawcą tylko branży technologicznej, a generalnym wykonawcą był Fovarosi Vizmuvek Zrt. (Budapest Waterworks Private Company Limited by Shares);

-wykazano modernizację istniejącej stacji uzdatniania wody, co nie oznacza budowy stacji uzdatniania wody zgodnie z wymogiem;

-z dokumentów wynika, że koszt robót wykonanych przez Wykonawcę wynosi zaledwie 3,019 mln € w dla poz. 5. i 2,436 mln € dla poz. 6, co dodatkowo podkreśla, że wykonywał jedynie niewielki zakres robót dużej inwestycji - brak spełnienia kryterium budowy jednej stacji uzdatniania wody wymagany przez Zamawiającego;

-brak dostarczenia, zamontowania oraz uruchomienia wymaganego procesu odwróconej osmozy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 30 września 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający po przytoczeniu brzmienia warunków udziału w postępowaniu {określonych w sekcji III pkt 1 ppkt 3) ppkt 2) lit. a) oraz b) ogłoszenia o zamówieniu} stwierdził, że w odniesieniu do zaprojektowania i wykonawstwa stacji uzdatniania wody wymagał, aby zastosowano procesy: koagulacji (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin), filtracji pospiesznej i odwróconej osmozy, ale nie wskazał, że wszystkie te procesy mają być zastosowane łącznie, gdyż istotne jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie każdego z tych procesów technologicznych.

Zamawiający podał, że Hidrofilt:

-w poz. 1. wykazu i załączonych referencjach potwierdził zaprojektowanie i wykonanie dla obiektów MVM Paks Nuclear Power Plant Ltd. stacji uzdatniania wody powierzchniowej do celów przemysłowych obejmującej procesy (w nawiasach podano wydajność): koagulacji ($400,0 \text{ m}^3/\text{h}$), ultrafiltracji ($300,0 \text{ m}^3/\text{h}$) i odwróconej osmozy ($300,0 \text{ m}^3/\text{h}$);

-w poz. 3. wykazu i załączonych referencjach potwierdził wykonanie w formule EPC (pod klucz - czyli realizację wszystkich czynności związanych z wykonaniem inwestycji począwszy od projektowania, poprzez dostawy, budowę, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji) stacji uzdatniania wody powierzchniowej do celów przemysłowych w Tiszaujvaros, Tisza Site SSBR area, obejmującą m.in. procesy (w nawiasach podano wydajność): flotacji ($249 \text{ m}^3/\text{h}$), ultrafiltracji ($162 \text{ m}^3/\text{h}$), odwróconej osmozy (łącznie $88 \text{ m}^3/\text{h}$).

W ocenie Zamawiającego zarówno wydajności tych procesów, jak i zakres technologiczny tych instalacji spełniają jego oczekiwania, choć Hidrofilt wykazał, że zrealizował proces ultrafiltracji zamiennie w stosunku do procesu filtracji pospiesznej oczekiwanej przez Zamawiającego.

Zamawiający miał wątpliwość, czy można proces ultrafiltracji uznać jako zamienny w stosunku do oczekiwanej przez niego filtracji pospiesznej, co jednak rozstrzygnął pozytywnie, jako wpisujące się idealnie w jego oczekiwania, z następujących powodów:

-proces ultrafiltracji (na membranach) jest zdecydowanie bardziej zaawansowany technologicznie i jednocześnie bardziej skomplikowany niż proces filtracji pospiesznej (na złożach filtracyjnych);

- w udostępnionej wykonawcom wstępnej koncepcji układu uzdatniania wody zaznaczono, że proces odwróconej osmozy ma być poprzedzony ultrafiltracją.

Ponadto według Zamawiającego bardzo istotne znaczenie ma okoliczność, że w przypadku trzech innych przedsięwzięć (z poz. 2., 5. i 6. wykazu) Hidrofilt wykazał doświadczenie w zakresie zastosowania w procesie technologicznym filtracji pospiesznej.

Zamawiający podkreślił, że analizował spełnienie przez wykonawców wymogów rozpatrując łącznie informacje podane w wykazie wykonanych robót i w referencjach.

Według Zamawiającego nieuzasadnione jest wymaganie przez Odwołującego, aby treść referencji powielala wszystkie informacje zażądane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych prac jest, stanowiący oświadczenie wykonawcy, wykaz robót wraz z podaniem ich wartości, opisu zadań, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane, a referencje mają jedynie za zadanie potwierdzać prawidłowość wykonania zadania.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty odwołania zmierzają do podważenia referencji i całkowicie pomijają dane zawarte w wykazie.

Zamawiający zaznaczył, że żaden z wykonawców (w tym Odwołujący) wprost i literalnie w referencjach nie wykazał, że spełnia wszystkie wskazane przez Zamawiającego wymogi {na str. 8.-14 odpowiedzi na odwołanie zamieszczono tabelę porównawczą informacji zawartych w wykazie i referencjach złożonych przez Seen i Hidrofilt}.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie wykazania w procesie technologicznym procesu koagulacji uznał za zbędne wykazywanie dodatkowo procesu sedymentacji lub flotacji zawiesin, opierając się w tym zakresie na opinii technologa i odsyłając do załączonych wyjaśnień osoby pełniącej to stanowisko.

Pismem z 9 września 2020 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom drogą elektroniczną 4 września 2020 r.

7 września 2020 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie elektronicznej zgłoszenie przez Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nagykanizsa na Węgrzech przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec wpłynięcia tego zgłoszenia do Prezesa Izby w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko, a w imieniu Przystępującego nikt się nie stawiał.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który został dopuszczony przez Zamawiającego do udziału w prowadzonym przez niego postępowaniu, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie, wbrew odmiennemu zapatrywaniu Zamawiającego przedstawionemu w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący może ponieść hipotetycznie szkodę w związku z objętym zarzutami odwołania zaniechaniem wykluczenia Przystępującego z postępowania. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie sposób wymagać, aby Odwołujący wykazał, że tylko w takim przypadku może uzyskać przedmiotowe zamówienie, natomiast wyeliminowanie konkurującego wykonawcy służy osiągnięciu tego celu. Przyjęcie koncepcji Zamawiającego prowadziłoby *de facto* do pozbawienia wykonawców uczestniczących w postępowaniach przeprowadzanych w trybach wieloetapowych możliwości weryfikowania poprawności decyzji zamawiających podjętych na wcześniejszych etapach niż wybór najkorzystniejszej oferty, co jest nie do zaakceptowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W sekcji II pkt 2 ppkt 4) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczono następujący opis przedmiotu zamówienia:
Przedmiotem zamówienia dla części B jest:

Budowa wraz z wykonaniem projektu budowlanego oraz wykonawczego wraz z niezbędnymi dla realizacji inwestycji pozwoleniami i pozwoleniem na budowę dla wykonania:

-stacji uzdatniania wody słonawej pobieranej ze starorzecza Mulnik (SUW Wydrzany II), umożliwiającej uzyskanie 200 m³/h wody spełniającej wymogi wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi,
-rurociągu odprowadzającego koncentrat (solankę) do oczyszczalni ścieków,
-systemu odprowadzenia na oczyszczalnię ścieków pozostałych odpadów/ścieków z procesu technologicznego uzdatniania wody na SUW Wydrzany wraz z odpadami technologicznymi i ściekami bytowymi powstającymi na obecnie eksploatowanej SUW „Wydrzany I”,
-zasilania energetycznego tj. nowej trafostacji dla zaspokojenia potrzeb energetycznych obiektu SUW Wydrzany II,
-uzyskanie pozwoleń i zgód niezbędnych do eksploatacji wytworzonej infrastruktury zgodnej z obowiązującym prawem

Należy przewidzieć wyodrębnione dwa ciągi technologiczne o wydajności 100,0 m³/h wody uzdatnionej każdy.

Planowana SUW „Wydrzany II” zlokalizowana zostanie przy istniejącej SUW Wydrzany I, na działkach o numerach ewidencyjnych 263/8 i 263/13, 263/8 (obręb 0010 Świnoujście). Zamawiający posiada badania wody surowej pobieranej od lipca 2017 do końca 2019.

Układ uzdatniania słonawej wody powierzchniowej w procesie wielostopniowym, obejmuje technologię uzdatniania wstępnego wody powierzchniowej słonawej przygotowującą wodę do procesu odsalania wody oraz technologię odsalania z wykorzystaniem membran RO. Zakres budowy obejmuje także układ mieszania wody uzdatnionej na nowobudowanej SUW „Wydrzany II” z wodą podziemną uzdatnioną.

Inwestor oczekuje dla części B zaprojektowania i wykonania układu technologicznego zawierającego co najmniej n/w elementy:

- 1)separacja zawiesin na sitach obrotowych, płukanych automatycznie wodą,
- 2)instalację przepływu wody na układ koagulacji, flokulacji i separacji zawiesin,
- 3)pompownia II stopnia wraz z komorą czepną pomp,
- 4)filtracja ciśnieniowa na złożach wielowarstwowych,
- 5)ultrafiltracja ciśnieniowa,
- 6)retencja wody na potrzeby płukania filtrów ciśnieniowych i systemu ultrafiltracji,
- 7)pompownia III stopnia - tłoczenie wody na układ odwróconej osmozy,
- 8)odwrócona osmoza - odsalanie wody,
- 9)mieszanie wody uzdatnionej z SUW Wydrzany II z uzdatnioną wodą podziemną z istniejącej SUW Wydrzany,
- 10)desorpcja dwutlenku węgla,
- 11)dozowanie ługu sodowego do wody po zmieszaniu, celem eliminacji agresywności wody,
- 12)tłoczenie uzdatnionej wody do sieci wodociągowej, poprzez istniejące zbiorniki retencyjne;

Inwestycja obejmuje także wykonanie zasilania energetycznego tj. nowej trafostacji dla zaspokojenia potrzeb energetycznych obiektu SUW Wydrzany II.

Według sekcji III pkt 1 ppkt 3) ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu {zarówno w odwołaniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie wskazano, że przytoczone poniżej warunki zostały zamieszczone w pkt VII.2. pkt 2. ppkt2) lit. a) i b) ogłoszenia, co odnosi się do jego wersji zamieszczonej na stronie internetowej} Zamawiający miał uznać, że wykonawca spełnia wymogi dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania powyżej wskazanego przedmiotu zamówienia, jeśli wykaże m.in., że:

a)W ciągu ostatnich 10 lat zrealizował zadanie obejmujące zaprojektowanie co najmniej 1 stacji uzdatniającej wodę powierzchniową do celów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 150,0 m³/h lub do celów przemysłowych wodę powierzchniową o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h lub obejmującej co najmniej dwie stacje uzdatniania wody podziemnej o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h, przy czym w obu przypadkach w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywane były co najmniej następujące procesy: koagulacja (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin), filtracja pospieszna i odwrócona osmoza. Wymaga się, by wydajność układu RO wynosiła minimum 50,0 m³/h. Inwestycje, o których mowa muszą być zrealizowane oraz użytkowane zgodnie z obowiązującym prawem, przez minimum jeden rok.

Oraz

b)W ciągu ostatnich 10 lat zrealizował zadanie obejmujące budowę co najmniej 1 stacji uzdatniającej wodę powierzchniową

do celów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 150,0 m³/h lub do celów przemysłowych wodę powierzchniową o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h lub obejmującej co najmniej dwie stacje uzdatniania wody podziemnej o wydajności nie mniejszej niż 200,0 m³/h, przy czym w obu przypadkach w procesie technologicznym uzdatniania wykorzystywane były co najmniej następujące procesy: koagulacja (wraz z sedymentacją lub flotacją zawiesin), filtracja pospieszna i odwrócona osmoza. Wymaga się, by wydajność układu RO wynosiła minimum 50,0 m³/h. Inwestycje, o których mowa muszą być zrealizowane oraz użytkowane zgodnie z obowiązującym prawem, przez minimum jeden rok.

Przyjąć należy, że tak sformułowane warunki udziału Zamawiający uznał za proporcjonalne do przedmiotu tego zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, czyli odpowiadające zasadom ustalania warunków udziału w postępowaniu wynikającym z art. 22 ust. 1b ustawy pzp.

W szczególności z treści obu powyższych warunków jednoznacznie wynika, że w związku z realizacją przedsięwzięcia obejmującego zaprojektowanie i wybudowanie stacji uzdatniania wody dla Świnoujścia, w której ciąg technologiczny ma obejmować ww. 12 elementów - w tym proces koagulacji, flotacji i separacji zawiesin, proces filtracji ciśnieniowej na złożach wielowarstwowych (czyli inaczej filtracji pospiesznej), proces ultrafiltracji ciśnieniowej, proces odwróconej osmozy - od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia wymaga się doświadczenia w zrealizowaniu zadania obejmującego zaprojektowanie i budowę (albo zadań, z których jedno obejmowało zaprojektowanie, a drugie dotyczyło budowy) stacji uzdatniania wody (czyli obiektu budowlanego), w której proces technologiczny uzdatniania wody obejmuje co najmniej procesy koagulacji, filtracji pospiesznej i odwróconej osmozy.

Innymi słowy stanowisko Zamawiającego, jakoby nie wymagał jednoczesnego występowania tych trzech konkretnie wskazanych procesów w stacji uzdatniania wody zaprojektowanej lub wybudowanej w ramach jednego zadania, jest wprost sprzeczne ze sformułowanymi przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu warunkami.

Ponadto uznanie przez Zamawiającego przy ocenie uzupełnionych przez Hidrofilt wykazu i referencji, że zamiast procesu filtracji pospiesznej dopuszczalne jest wykazanie procesu ultrafiltracji, również nie znajduje oparcia w sformułowanych przez niego w tym ogłoszeniu warunkach. Zamawiający sam zdecydował, że w ramach trzech spośród rodzajów procesów wymaga wykazania akurat filtracji pospiesznej, a nie ultrafiltracji, w tym nie przewidział, że można wykazać proces filtracji pospiesznej lub ultrafiltracji.

Co więcej, Zamawiający jednoznacznie rozstrzygnął tę kwestię w ramach wyjaśnień tych warunków przed upływem terminu składania wniosków, gdy na pytanie wykonawcy zmierzające do dopuszczenia takiej sytuacji, w której obok koagulacji i odwróconej osmozy występowała ultrafiltracja, odpowiedział negatywnie, że nie uzna za spełnienie warunku doświadczenia, zarówno w zaprojektowaniu, jak i budowie stacji uzdatniania wody, jeżeli w procesie technologicznym uzdatniania nie był wykorzystywany proces filtracji pospiesznej.

Znamienne, że w toku całego postępowania odwoławczego Zamawiający nie odniósł się w ogóle do tych wyjaśnień, pomimo że w odwołaniu okoliczność ta została podkreślona.

Na potwierdzenie spełniania przez wykonawców powyższych warunków Zamawiający zażądał złożenia wykazu wykonanych zadań wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których zadania zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te zadania zostały wykonane należyście, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Wzór wymaganego wykazu stanowił załącznik nr 2 do ogłoszenia. Za dowody, o których mowa powyżej, Zamawiający uznał m.in. referencje wystawiane przez podmiot, na rzecz którego zadanie było wykonane.

Hidrofilt przedstawił jeden wykaz na potwierdzenie obu powyższych warunków, w którym wskazał 6 zadań, oraz załączył do niego 6 referencji {Izba wzięła pod uwagę wersje tych dokumentów złożone w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia}, przy czym z treści tych dokumentów wynika, że żadne z tych zadań nie potwierdza w pełnym zakresie wszystkich, zarówno generalnych, jak i szczegółowych elementów tych warunków, gdyż:

- żadne z nich nie obejmowało zaprojektowania i budowy stacji uzdatniania wody rozumianej jako kompletnego obiektu budowlanego, natomiast obejmowały one zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie instalacji do uzdatniania wody w oparciu o wyprodukowane lub dostarczone i zamontowane urządzenia, czyli sprowadzało się do tzw. branży technologicznej, a nie całości procesu budowlanego;
- instalacje uzdatniania wody opisane w poz. 1. i 3. nie obejmują procesu filtracji pospiesznej.

-instalacje uzdatniania wody opisane w poz. 2., 4., 5. i 6. nie obejmują procesu odwróconej osmozy (ang. skrót „RO”), a w przypadku instalacji opisanej w poz. 3. proces ten ma za małą przepustowość;
-instalacja uzdatniania wody przemysłowej opisana w poz. 2. ma za niską przepustowość, a także nie była użytkowana przez co najmniej rok;
-instalacja do uzdatniania wody głębinowej opisana w poz.4. wchodziła w skład 1 stacji i nie obejmowała procesu koagulacji.

Spośród powyżej wymienionych braków następujące nie były przedmiotem wezwania do uzupełnienia z 6 sierpnia 2020 r. (znak pisma EAPW/NI/1037/220/2020/KSz):

-poz. 1., 2., 3. i 4. wykazu - w odniesieniu do braku polegającego na opisanu w wykazie zadania w sposób wskazujący na zaprojektowanie lub wykonanie jedynie instalacji do uzdatniania wody, co nie odpowiada wymaganemu zaprojektowaniu lub wybudowaniu stacji uzdatniania wody;
-poz. 1. i 3. wykazu - w odniesieniu do braku polegającego na opisanu w wykazie instalacji, która nie obejmuje wymaganego procesu filtracji pospiesznej.

Ponieważ w odniesieniu do poz. 5. i 6. wykazu Zamawiający sam sprecyzował w powyższym wezwaniu jako brak wykazanie jedynie zaprojektowania i wykonania branży technologicznej, należy uznać, że wbrew odmiennemu stanowisku zajętemu na potrzeby postępowania odwoławczego, oczekiwał spełnienia określonego przez siebie w ogłoszeniu warunku, aby zaprojektowanie lub wybudowanie dotyczyło wszystkich branż obiektu budowlanego, jakim jest stacja uzdatniania wody.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pzp u udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Art. 22 w ust. 2a precyzuje, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej. Przy czym według art. 22 ust. 1a pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Z art. 24 ust. 2 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie art. 26 ust. 3 pzp stanowi w szczególności, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (czyli m.in. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z pkt 1 tego ustępu), są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 57 ust. 2 zd. 1. pzp stanowi, że zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3.

W odróżnieniu od przesłanek wykluczenia treść warunków udziału w postępowaniu określa zamawiający, jednak nie na zasadzie swobodnego uznania, gdyż każdy warunek ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu oraz konkurencję. Ponieważ prowadzenie zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zaliczają się do naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (patrz art. 7 ust. 1 pzp), takie ograniczenie jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy dla pogodzenia tych naczelných zasad zamówień publicznych oraz interesów zamawiających, dopuszczalna jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia, ale wyłącznie w zakresie, w jakim jest to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co jest emanacją zasady proporcjonalności, kolejnej

naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (również wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp). Proporcjonalność określenia warunków udziału do przedmiotu zamówienia oznacza w szczególności, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, a zarazem wystarczających dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a ich opis powinien być adekwatny do rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wymaganych uprawnień czy umiejętności specjalnych.

Z drugiej strony, jak trafnie orzekła Izba w uzasadnieniu wyroku z 17 października 2019 r. sygn. akt KIO 1965/18 {przywołanym również w uzasadnieniu odwołania}: W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. sygn. akt XXIII Gs 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretację oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym Izba zgadza się z Odwołującym, że tym bardziej niedopuszczalna jest interpretacja zawężająca określonego w ogłoszeniu o zamówieniu (lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia) warunku udziału w postępowaniu, polegająca na złagodzeniu wynikających z jego treści wymagań, gdyż prowadzi do naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie tylko w stosunku do wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ale również w stosunku do wykonawców, którzy mogliby wziąć w nim udział, gdyby warunki te zostały określone w sposób mniej rygorystyczny. Skoro określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu determinują krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o udzielenie danego zamówienia, odstępianie na etapie oceny spełniania przez wykonawców tych warunków od ich egzekwowania, również prowadzi do naruszenia przywołanych powyżej naczelných zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp, czyli prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności oraz przejrzystości. Dzięki określonym w sposób przejrzysty przez zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu potencjalni wykonawcy ustalają, czy mogą się ubiegać o udzielenie tego zamówienia z uwagi na posiadane kompetencje lub uprawnienia, sytuację ekonomiczną lub finansową, w której się znajdują, czy właśnie zdolności techniczne lub zawodowe, którymi mogą się wykazać. Innymi słowy za niedopuszczalną w świetle tych zasad należy uznać sytuację, w której na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający łagodzi określone przez siebie i podane do publicznej wiadomości wymagania, gdyż mogłoby okazać się, że w postępowaniu nie wzięli udziału zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy, którzy spełnialiby te złagodzone warunki.

W ustalonych powyżej okolicznościach oczywiste jest, że Hidrofilt nie wykazał spełniania określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu, jednakże jego wykluczenie należy uznać o tyle za przedwczesne, o ile w zakresie niektórych braków w zakresie tego wykazania nie był dotychczas wzywany do ich uzupełnienia.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać stanowisko, że z uwagi na naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp, w szczególności zapewnienie równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, procedura z art. 26 ust. 3 pzp, który przewiduje wyjątek od zasady złożenia wymaganych i prawidłowych oświadczeń i dokumentów za pierwszym razem, może być

zastosowana tylko jednokrotnie odnośnie tych samych braków polegających na niezłożeniu w ogóle dokumentu lub braku w nim niezbędnych informacji. Stąd immanentnym elementem prawidłowego wezwania powinno być jednoznaczne sprecyzowanie braków, jakie zostały stwierdzone na podstawie dotychczas złożonych dokumentów.

W tym przypadku poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający w wezwaniu, które wystosował do Hidrofilu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, nie wskazał wszystkich braków w wykazaniu spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu, co po części wynikało z tego, że nieprawidłowo interpretował te warunki. Nie może to jednak naruszać uprawnień Przystępującego do uzupełnienia tych braków, o których istnieniu nie został jednoznacznie poinformowany w poprzednim wezwaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 57 ust. 1 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, a także opłaty od pełnomocnictwa, której potwierdzenie uiszczenia zostało również złożone do akt sprawy.