

Sygn. akt: KIO 1386/17

WYROK
z dnia 21 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2017r. przez organizację **P. Z. P. B. z siedzibą w W., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Łowicz z siedzibą w Ł., (...)**

przy udziale wykonawcy **C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1386/17 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **I. R. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1386/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża organizację **P. Z. P. B. z siedzibą w W., (...)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. Z. P. B. z siedzibą w W., (...)** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od organizacji **P. Z. P. B. z siedzibą w W., (...)** na rzecz **Gminy Miasto Łowicz z siedzibą w Ł., (...)** kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych

zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1

1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1386/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków w Ł. – etap I zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2017r. za numerem 2017/S- 081-155592.

W dniu 26 czerwca 2017r. zamawiający opublikował na stronie internetowej informację o modyfikacji treści siwz.

Sygn. akt KIO 1386/17

W dniu 6 lipca 2017r. P. Z. P. B. z siedzibą w W., (...) wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu organizacji zawodowej ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem załączonym do odwołania. Kopia odwołania została w dniu 6 lipca 2017r.

Na mocy Decyzji z dnia 22.07.2005 r. nr LO/2963/05 odwołujący, na podstawie art. 179 ust. 2 w zw. z art. 182 ust. 2, wniósł odwołanie wobec modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu z dnia 29.06.2017 r. (Dz.U. UE 2017/S 122-246742) oraz zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) z dnia 26.06.2017 r. (data publikacji na stronie internetowej przez zamawiającego)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 23 ust 1, 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2) , art. 22 ust 1a , art. 7 ust. 1 , art. 185 ust. 7 ustawy w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U, z 2016 poz. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy przez określenie w Sekcji 111.1.2) ogłoszenia o zamówieniu i w Dziale VI ust. 2 pkt 2.2. SIWZ, że warunki z lit b) rzeczonyj Sekcji i punktu siwz muszą być spełnione przynajmniej przez jeden podmiot występujący wspólnie, podczas gdy oznaczenie w ten szczególny sposób warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest nieproporcjonalne i obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17;
2. art. 23. ust 1, 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) , art. 22 ust 1a , art. 22a ust 1 , art. 22d ust. 1 , art. 7 ust 1 , art. 185 ust. 7 w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 póź. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) przez określenie w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej „*) Uwaga!” (str. 17 siwz), że robota budowlana oznaczona w lit. a) rzeczonyj punktu siwz musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub samodzielnie przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie, podczas gdy oznaczenie w ten szczególny sposób warunku udziału w

3

postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub wykonawców polegających na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów, jest nieproporcjonalne i obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17;

3. art. 22 ust. 1a , art. 22d ust. 1 , i art. 7 ust 1 przez określenie w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. ppkt 1 siwz warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieodpowiadający sytuacji rynkowej, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niewyrażający minimalnego poziomu zdolności koniecznych dla należytego wykonania, w tym zachowania odpowiedniego poziomu jakości zamówienia, nieuzasadniony jego specyfiką, oraz istotnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia;

4. art. 38 ust. 4a pkt 2) i art. 7 ust 1 , art. 185 ust. 7 w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 poz. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) przez zaniechanie zmiany Sekcji VI.3) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu pomimo zmodyfikowania treści Działu VI ust. 2 pkt 23. ppkt 1 siwz, oraz nakazu Krajowej Izby Odwoławczej wskazanego w wyroku z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu przez:

1. nadanie ostatecznemu akapitowi Działu VI ust. 2 pkt 2.2. siwz następującego brzmienia:

„W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków opisanych Sytuacją ekonomiczną lub finansową mogą oni spełniać łącznie'

2. Nadanie Działowi VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej „*) Uwaga!” (str. 17 SIWZ) następującego brzmienia:

„ Warunek udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót może być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub łącznie przez wykonawców oraz inne podmioty, na których zdolnościach polegają wykonawcy."

3. nadanie Działowi VI ust. 2 pkt 23. ppk 1 siwz następującego brzmienia:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

a) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPIA wraz z

4

rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{rd}} = 9.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 30 min zł bez podatku VAT,

oraz

b) jednej robotę budowlaną polegającą na budowie nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h,

oraz

c) jednej robotę budowlaną polegającą na budowie nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.,

oraz

d) jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$."

4. Skorygowanie ogłoszenia o zamówieniu stosownie do zmian siwz określonych powyżej w pkt 1-3

Na podstawie art. 190 ust 1, 3 i 4 ustawy :

1. odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów oraz wydruków powołanych w treści niniejszego odwołania i do niego załączonych, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu oraz tego co jest w nich stwierdzone.

2. w przypadku kwestionowania przez zamawiającego twierdzeń objętych Zarzutem nr 2 i 3 odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa z listy biegłych sądowych prowadzonej przez prezesa właściwego sądu okręgowego, o specjalności obejmującej oczyszczalnie ścieków komunalnych, instalację hydrolizy termicznej instalację odwadniania osadów oraz instalację suszarni taśmowej osadów

komunalnych, na okoliczność że określone w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1 SIWZ oraz w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej „*) *Uwaga!*” (str. 17 SIWZ) warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej nie odpowiadają sytuacji rynkowej, są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie wyrażają minimalnego poziomu zdolności koniecznych dla należytego wykonania zamówienia, w tym zachowania odpowiedniego poziomu jakości, są nieuzasadnione specyfiką zamówienia, jak również istotnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia.

W celu prawidłowego przeprowadzenia dowodu określonego powyżej, wnoszę o zobowiązanie biegłego sądowego do określenia przed przystąpieniem do sporządzenia opinii, informacji, czynności oraz dokumentacji niezbędnej do wykonania omawianej ekspertyzy oraz określenia podmiotów, które nimi dysponują, a następnie zobowiązanie tychże podmiotów w trybie art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 13 §2 art. w zw. z art. 284 k.p.c. w

5

zw. z art. 248 §1 k.p.c. w zw. z art. 293 i 294 k.p.c. do udzielenia biegłemu sądowemu niezbędnej pomocy, w tym wymaganych informacji, oraz przedłożenia stosownych dokumentów.

Odwołujący wskazał, że jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 w zw. z art. 179 ust. 2, jest legitymowany formalnie do wniesienia odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku odwołującego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz siwz, w zakresie w jakim zostały one zaskarżone przez odwołujących -C. P. S.A. z siedziba w K. i A. sp. z o.o. z siedzibą w W., stanowiły przedmiot badania w sprawie zawisłej przed Krajową Izbą Odwoławczą, o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17. W wyniku rzeczowego postępowania odwoławczego zamawiający na mocy Wyroku z dnia 06.06.2017 r. zobowiązany został do zmiany siwz oraz odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jako dowód odwołujący powołał wyrok Izby z dnia 6 czerwca 2017r. o sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17

Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający uchybił nakazowi wynikającego z wyżej wskazanego orzeczenia, jak również na nowo określił w siwz warunki udziału w postępowaniu w sposób nieodpowiadający sytuacji rynkowej, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niewyrażający minimalnego poziomu zdolności koniecznych dla należytego wykonania, w tym zachowania odpowiedniego poziomu jakości zamówienia,

nieuzasadniony jego specyfiką, oraz istotnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia, o czym stanowią zarzuty statutowane w niniejszym środku ochrony prawnej.

I. Zarzut nr 1:

Wyrokiem z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17 Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez C. P. S.A. z siedzibą w K. i A. sp. z o.o. z siedzibą w W. nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany siwz w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Dział VI ust. 2 pkt 2.2.) przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia łącznego wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanej w ppk (lit.) a, b.

Zamawiający w dniu 26.06.2017 r. opublikował na stronie internetowej informację o modyfikacji siwz, nadając ostatniemu akapitowi Działu VI ust. 2 pkt 2.2. siwz brzmienie następujące:

„W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie warunki opisane

6

w punkcie a) ,b), c) i d) - przy czym warunki z pkt b/ muszą być spełniane przynajmniej przez jeden podmiot występujący wspólnie."

Nie istnieje zdaniem odwołującego żadne uzasadnienie, aby uniemożliwić wykonawcom łączenie potencjału ekonomicznego w odniesieniu do warunków z lit. b) Działu VI ust. 2 pkt 2.2. siwz. Istotą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest kumulowanie zdolności kilku wykonawców, których wspólne działanie pozwala zagwarantować należyte wykonanie inwestycji.

W ocenie odwołującego określenie, że warunki z lit. b) rzeczony punktu siwz muszą być spełniane przynajmniej przez jeden podmiot występujący wspólnie jest nieproporcjonalne, oraz obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17. Zamawiający musi uwzględniać wiążące go orzeczenie, dokonując czynności w postępowaniu. W przeciwnym razie będą one wadliwe. Por wyrok SN z dnia 23 stycznia 2015r. sygn. akt V CSK 192/14.

Wyrokiem z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17 Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez C. P. S.A. z siedzibą w K. i A. sp. z o.o. z siedzibą w W. nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI ust. 2 pkt 2.3.) w części oznaczonej „*) Uwaga! 1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony: (...) przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający

w wspólnie - doświadczenie samodzielnie; przypadku podmiotów występujących samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie. Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.", przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia oraz wykonawcom polegającym na zdolnościach innych podmiotów łącznego wykazania zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w dniu 26.06.2017 r. opublikował na stronie internetowej informację o modyfikacji siwz, nadając Działowi VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej „*) Uwaga!" (str. 17 siwz) brzmienie następujące:

„ Warunek udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót może być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przy czym robota oznaczona ppkt. lit. a) musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie. zamawiający dopuszcza wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem roboty wymienione w ppkt lit. a) i b)."

7

Istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie, czy też korzystania z zasobów podmiotów trzecich jest łączenie potencjałów kilku jednostek w celu skumulowania kwalifikacji, wiedzy

oraz doświadczenia w stopniu dającym gwarancję należytego wykonania zamówienia. Przedmiotem postępowania jest multidyscyplinarna inwestycja budowlana wymagająca szerokiego spektrum kompetencji w robotach ogólnobudowlanych, instalacyjnych i technologicznych. Tego rodzaju przedsięwzięcia nie są realizowane wyłącznie staraniem jednego podmiotu. Nie istnieje bowiem na rynku jednostka wykonująca samodzielnie wszystkie specjalistyczne prace przewidziane przez zamawiającego. Miara zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy jest zatem umiejętnością koordynacji pracy realizowanych przez podmioty specjalistyczne, aby w konsekwencji przyjąć pełną odpowiedzialność za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Z tego też względu, stosownie do wyżej wspomnianego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, omawiane wyłączenie możliwości łącznego spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub wykonawców polegających na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów powinno zostać wyeliminowane jako niezgodne z normami ustawy.

Zdaniem odwołującego określenie w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej, „*Uwaga!*” (str. 17 siwz), że robota budowlana oznaczona w ppkt. lit. a) rzeczzonego punktu SIWZ musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub samodzielnie przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie jest nieproporcjonalne oraz obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17. Zamawiający musi uwzględnić wiążące go orzeczenie, dokonując czynności w postępowaniu. W przeciwnym razie będą one wadliwe.

Dział VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1 siwz w brzmieniu pierwotnym w zakresie warunku Zdolności technicznej i zawodowej stanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{rd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

8

-
- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s. m. osadu/h oraz
 - budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m oraz
 - jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h." Wyrokiem z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17 Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez C. P. S.A. z siedzibą w K. i A. sp. z o.o. z siedzibą w W. nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany siwz w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1) przez prawidłowe zastosowanie spójnika „oraz” z uwzględnieniem połączeń składników równorzędnych i podrzędnych tworzących opisy: roboty budowlanej, budowy nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu, budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów, budowy nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych. Zamawiający w dniu 26.06.2017 r. opublikował na stronie internetowej informację o modyfikacji SIWZ, nadając treści Działu VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1 SIWZ brzmienie następujące:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- a) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej

roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{rd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 min zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg

s.m. osadu/h oraz °

- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m

b) jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h."

Zamawiający wyjaśnił (str. 17 siwz „*) Uwaga!"), że powyższy warunek udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót

9

może być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przy czym robota oznaczona ppkt. lit. a) musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie. zamawiający dopuścił także wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem roboty wymienione w ppkt. lit. a) i b).

Odwołujący wskazał, że omawiany wymóg w zakresie roboty budowlanej polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) przez jednego wykonawcę (podwykonawcę) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{rd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 min zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz

- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m,

jest nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, nieuzasadniony jego specyfiką, jak również istotnie ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Ograniczony krąg wykonawców:

Znamienne jest, że w ramach polskiego rynku, w ciągu ostatnich pięciu lat przeprowadzono jedynie dwie inwestycje polegające na rozbudowie i przebudowie oczyszczalni ścieków, oraz jednoczesnej budowie układu instalacji hydrolizy termicznej osadu. Były to: „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)” realizowana na rzecz Łańcuckiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedziba w Ł.(2) oraz „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.” na rzecz Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedziba w T. Przy czym wymaga podkreślenia, że wydajność oczyszczalni ścieków w W.(2) odpowiada $Q_{\text{rd}}=9.200 \text{ m}^3/\text{d}$, a wartość tego zadania bez podatku VAT wyniosła 30 883 342,93 zł. Ponadto inwestycja ta zakładała nieznacznie niższą wydajność dla instalacji hydrolizy termicznej osadu (125 kg s.m. osadu/h) oraz układu instalacji odwadniania osadów (s.m. > 30%). Tym samym inwestycja dotycząca oczyszczalni ścieków w W.(2) nie odpowiada warunkom stawianym przez zamawiającego. W rezultacie w ramach rynku polskiego jedynie podmiot, który wykonał zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.” na rzecz Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedziba w T. spełnia stawiany przez zamawiającego w postępowaniu wymóg zdolności technicznej i zawodowej. Jest to I. R. S.A. z siedzibą w R. Bez wątpienia takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Omawiane wymagania nie sposób uznać za

10

minimalne, ani też adekwatne do przedmiotu zamówienia, gdyż skutkuje ono drastycznym zawężeniem kręgu wykonawców, którzy dysponują zdolnością należytego wykonania zamówienia. Słuszność powyższego zarzutu potwierdza bezzasadne ograniczenie dostępu do udziału w postępowania choćby wykonawcy wspomnianego zamówienia pn. „Rozbudowa

i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)" zrealizowanego na rzecz Łańcuckiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedziba w Ł.(2), której to inwestycji pod względem jej wielkości i oczekiwanych parametrów jest zdecydowanie bliżej do przedmiotu postępowania, niż zadaniu pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T." na rzecz Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedziba w T., znacznie (blisko czterokrotnie) większemu niż przedmiotowe zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Ł. - Etap I." Z tego też względu wyżej wskazana, rażąca dysproporcja pomiędzy omawianym warunkiem udziału w postępowaniu, a przedmiotem zamówienia, jako oczywiście niezgodna z , wymaga usunięcia. „ Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej” – wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017r. sygn. akt KIO 8/17

Jako dowody odwołujący powołał :

- Ogłoszenie o zamówieniu pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Ogłoszenie o zamówieniu pn. pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.";
- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.";
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.".

Wadliwość warunku wartości wykonanych robót”

Istotnie nieadekwatnym jest warunek wykonania oczyszczalni ścieków komunalnych o „wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT".

Determinowanie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w drodze wartości wykonanych przez niego robót jest wysoce niewłaściwe. Pomiedzy zdolnością techniczną i zawodową, a wartością wykonanych w przeszłości robót budowlanych nie zachodzi żadna korelacja. Tym samym tak postawiony wymóg nie znajduje podstawy w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, czy innych wyjątkowych okolicznościach. W szczególności, gdy w Dziale VI ust. 2 pkt 2.2. siwz zamawiający statuuje wysoce rygorystyczne warunki w

11

zakresie wymogów, co do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Nie zachodzi zatem potrzeba stawiania dodatkowych warunków dostępu do zamówienia przez określanie wartości wykonanych robót budowlanych.

Ponadto odwołujący zauważył, że wskazana wartość minimum 40 mln zł bez podatku VAT nie znajduje odzwierciedlenia w realiach rynkowych. Jak zostało to wyżej wskazane, bardzo podobne zamówienie pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)" realizowane na rzecz Łańcuckiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedziba w Ł.(2) zostało wykonane za kwotę netto 30 883 342,93 zł. Z kolei inwestycja pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T." świadczona na rzecz Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedziba w T., zakładała Qśrd=38.000 m3/d, wydajność instalacji hydrolizy na poziomie 880 kg s.m./h, i wydajność instalacji odwadniania osadów do 31% s.m. Zadanie realizowane w ramach tej oczyszczalni ścieków było zatem znacznie (blisko czterokrotnie) większe niż przedmiotowe zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Ł. - Etap I." Jego wartość netto natomiast wyniosła 47 606 010,00 zł, a zatem tylko o około 7 mln zł więcej względem szacunków zamawiającego dla niniejszego zamówienia.

Jako dowód odwołujący powołał:

- Ogłoszenie o zamówieniu pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Ogłoszenie o zamówieniu pn. pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.";
- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.";

- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.”.

Dla pełnego zobrazowania rzeczywistej wartości tego rodzaju inwestycji wskazać należy także zadanie pn. „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków” realizowane na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w G. gdzie końcowa wartość zamówienia opiewała na kwotę netto 23 785 660,78 zł, przy początkowej, szacunkowej wartości netto zamówieni określonej na kwotę 44 920 973,31 zł.

Jako dowód odwołujący powołał :

- Informacja nt. zamówienia pn. „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków” na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w G..

12

Zamawiający zdają się także nie dostrzegać, że określona przez niego na min. 40 min zł wartość robót netto nie obejmuje wskazanej w lit. b) roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h. Dla przykładu odwołujący nadmienił, że w ramach zadania pn. „III etap przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w M. - dostawa wraz z instalacją urządzeń dla suszarni osadu” wykonawca tego zamówienia wykonał na rzecz Wodociągów Płockich sp. z o.o. z siedziba w P. kompletną instalację do suszenia osadów z oczyszczalni ścieków w M. Instalacja ta umożliwiła wysuszenia osadu przefermentowanego o zawartości suchej masy w zakresie od 22 - 25 % Sm. Gwarantowana wydajność maksymalna tej instalacji to 1500 kg odparowanej wody na godzinę, natomiast maksymalny, gwarantowany stopień wysuszenia to minimum 90% suchej masy. Wskazana inwestycja została wykonana za kwotę netto 11 200 000,00 zł.

Jako dowód odwołujący powołał :

- Ogłoszenie o zamówieniu pn. „III etap przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w M. - dostawa wraz z instalacją urządzeń dla suszarni osadu”;
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „III etap przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków w M. - dostawa wraz z instalacją urządzeń dla suszarni osadu”.

Wobec powyższego odwołujący skonstatował, że przewidziana przez zamawiającego wartość prac netto 40 min zł odnosząca się do robót budowlanych na oczyszczalni ścieków komunalnych (lit. a) jest nieadekwatna, gdyż nie znajduje potwierdzenia w realiach rynku. Co więcej rzeczona kwota 40 min netto powinna zostać obniżona o wartość potrzebną na realizację suszarni osadów (lit. b), tj. o wartość netto co najmniej 10 min zł. Ponadto, skoro przewidywana przez zamawiającego w Dziale VI ust. 2 pkt 2.1. ppkt 2 wymóg dla Kierownika budowy co do wartości wykonanych robót budowlanych obejmujących budowę, rozbudowę lub modernizację oczyszczalni ścieków wynosi co najmniej 30 min zł bez podatku VAT, to warunek Działu VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1SIWZ powinien korelować z tą wartością.

Za stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego przemawia również fakt, że w przypadku zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.” na rzecz Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedziba w T., będąc analogiczną pod względem technologii i zakresu, choć znacznie większą inwestycją, niż omawiane zamówienie, wymagane było wykazanie wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej, co najmniej: (1) jednej roboty budowlanej, przedmiotem której była budowa, przebudowa lub rozbudowa zakładu oczyszczania ścieków komunalnych obsługującego minimum 150 000 RLM wraz z instalacjami osadowymi, o wartości zamówienia netto minimum 20 000 000,00 PLN; (2) linii technologicznej fermentacji

13

lub odwadniania i suszenia lub termicznej utylizacji osadów (wstępny i nadmierny) pochodzących ze ścieków komunalnych o mocy przerobowej minimum 10 Mg s.m./dobę. Ponadto w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia żadnym wypadku nie stawiano wymogu. aby powyższe zadania referencyjne bezwzględnie musiał być wynikiem realizacji jednej inwestycji.

Jako dowód powołał:

- Ogłoszenie o zamówieniu pn. pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na

terenie oczyszczalni ścieków w T.";

- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.";

- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa części obiektów osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w T.",
Natomiast w zakresie wyżej wspomnianego zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)" realizowane na rzecz Łańcuckiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedziba w Ł.(2), które odpowiada niniejszej inwestycji i także przewidywało wykonanie instalacji hydrolizy termicznej osadu i układu instalacji odwadniania osadów, wystarczającym było wykazanie wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 10 mln PLN brutto, której przedmiotem była budowa i/lub rozbudowa i/lub przebudowa oczyszczalni ścieków obejmująca swym zakresem m.in. wykonanie stacji fermentacji osadu.

Jako dowód powołał :

- Ogłoszenie o zamówieniu pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- Wyciąg z siwz zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)";
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące zamówienia pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w W.(2)".

Wadliwość warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy

W ocenie odwołującego zdolności techniczne i zawodowe zdobyte przy realizacji poszczególnych składowych w postaci: (1) wykonania oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=9.000 \text{ m}^3/\text{d}$; (2) budowy nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h, oraz (3) budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m, w ramach oddzielnych zamówień, dają gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zdania. Podkreślił, że wykonawca realizujący budowę, czy to nowego układu instalacji hydrolizy, czy to nowego układu instalacji odwadniania osadu, zawsze musiał pracować na istniejących i funkcjonujących oczyszczalniach, tak ażeby nie zakłócić ich pracy. Co więcej rozbudowa

14

oczyszczalni o wskazane instalacje wiązał się również z koniecznością płynnego dostosowania całego układu oczyszczalni do nowoprowadzonej instalacji. Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości, że wykonawca który wykonał trzy, wyżej wymienione zadania w ramach różnych inwestycji posiada zdolności techniczne oraz zawodowe do wykonania przedmiotowego zamówienia, a w wypadku, gdy wykonał kilka tego rodzaju robót budowlanych może istotnie przewyższać swoimi kompetencjami podmiot który wprawdzie wykonał oczyszczalnie ścieków według schematu opisanego przez zamawiającego, ale jedynie w ramach jednej inwestycji - incydentalnie. Nie jest bowiem zapewnione, że skorzysta on z wiedzy i doświadczenia tych samych podmiotów specjalistycznych (podwykonawców) jak przy realizacji zdania referencyjnego.

Odwołujący wskazał, że „(...) nie można z góry wykluczyć; że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranie rozpatrywanego przetargu. (...) jeżeli wymogi danego zamówienia można co do zasady spełnić, sumując zdolności i doświadczenie szeregu wykonawców, tym bardziej nielogiczne byłoby wykluczenie z góry możliwości łączenia zdolności i doświadczenia tego samego wykonawcy, które uzyskał na przy oddzielnych zamówieniach” – wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017r. sygn. akt C-387/14.

Opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może przenosić bezpośrednio i bezkrytycznie opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych (zbliżonych) do tego, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, które są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem – wyrok ETS z dnia 16 września 1999r. C-414/97. Wykazywane przez wykonawców roboty budowlane, usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy też charakterze, a nie tożsame z nim – wyrok Izby z dnia 30 października 2013r. sygn. akt KIO 2448/13.

Reasumując, nie budzi żadnych wątpliwości, że warunki opisane w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1 siwz są nieproporcjonalne, nie znajdują uzasadnienia ani w szczególnych potrzebach zamawiającego, ani w innych wyjątkowych okolicznościach. Co więcej zmierzają one do drastycznego ograniczenia kręgu wykonawców.

Wymaga podkreślenia, że art. 22 ust. 1 a nakłada na zamawiającego obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności przez ich wyrażenie jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym zamawiający zobligowany jest do obiektywnego kształtowania warunków udziału w

15

postępowaniu, aby nie wprowadzać warunków nadmiernych, prowadzących do dyskryminacji podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia – wyrok Izby z dnia 12 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2516/13, wyrok Izby z dnia 15 kwietnia 2016r. sygn. akt KIO 476/16.

Innymi słowy zamawiający powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu należytego wykonania zamówienia, przy czym zastosowane środki muszą być proporcjonalne do istoty zamówienia oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których wskazany cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. – wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2016r. sygn. akt KIO 2285/16/

Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości. Jednym z elementów wskazanej dyrektywy jest wynikająca z art. 38 ust. 4a pkt 2) zasada stanowiąca, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zamawiający w dniu 26.06.2017 r. opublikował na stronie internetowej informację o modyfikacji siwz ([http://www.lowicz.eu/bip/Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Ł. Etap 1,22 8,520](http://www.lowicz.eu/bip/Przebudowa%20i%20rozbudowa%20oczyszczalni%20ścieków)), nadając treści Działu VI ust. 2 pkt 2.3. ppk 1 siwz brzmienie następujące:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, o jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- a) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej Q_{śrd}=10.000 m³/d oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 min zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:
- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz

16

- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m

b) jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h/

Z kolei Sekcja VI.3) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu nosi treść:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

— jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPIA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{rd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 min zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

— budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h

oraz

— budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m oraz

— jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$."

W konsekwencji zachodzi dysonans wyżej wskazanych warunków postępowania istotnie rzutujący na jego przejrzystość. Co więcej brzmienie Sekcji VI.3) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu zostało uznane za nieczytelne i niejednoznaczne przez Krajową Izbę Odwoławczą w Wyroku z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17. Tym samym nie budzi wątpliwości odwołującego, że wskazane postanowienie ogłoszenia o zamówieniu wymaga korekty.

W dniu 7 lipca 2017r. zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania na swojej stronie internetowej.

W dniu 10 lipca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca I. R. Spółka Akcyjna z siedzibą w R. wskazał, że jego interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polega na tym, aby nie dopuścić do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających wiedzy i doświadczenia niezbędnych do

17

realizacji zamówienia. Zgłaszający wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie. Wskazał na treść art. 179 ust. 2 ustawy i art. 182 ust. 2 ustawy i podniósł, że termin wniesienia odwołania wobec treści siwz upłynął w dniu 8 maja 2017r. i dlatego odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 185 ust. 7 w związku z art. 13 par. 2 i art. 365 pat. 1 kpc i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 jako wniesione z uchybieniem terminu. Zaś zarzut naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 185 ust. 7 w związku z art. 13 par. 2 i art. 365 pat. 1 kpc i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy również powinien skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż odwołujący jako organizacja wpisana na listę o której mowa w art. 154 pkt. 5 ustawy ma prawo wnoszenia odwołań wobec treści ogłoszenia oraz treści siwz, ale nie wobec czynności dokonanych w oparciu o art. 38 ust. 4a ustawy. Dodatkowo zgłaszający podniósł, że zamawiający dokonał wszystkich zmian nakazanych wyrokiem KIO z dnia 6 czerwca 2017r. i dlatego odwołanie powinno zostać odrzucone w trybie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. W przypadku oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania, odwołanie powinno podlegać oddaleniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 października 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Brak dowodu przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 10 lipca 2017r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego zgłosił wykonawca C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wskazując, że zarzuty odwołania są wynikiem zaniechania zamawiającego i niewłaściwej interpretacji wyroku Izby w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17, którego zgłaszający był stroną, co jest niekorzystne dla zgłaszającego. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 maja 2017r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 10 lipca 2017r.

W dniu 14 lipca 2017r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy lub o jego oddalenie jako bezzasadnego i zasądzenie kosztów postępowania i pełnomocnika od odwołującego. Zamawiający wskazał, że odwołanie dotyczy sprostowania ogłoszenia i modyfikacji siwz, a odwołujący jest organizacją w rozumieniu art. 179 ust. 2 ustawy, która ma prawo wnosić

18

odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień siwz. Tym samym w ocenie zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Ponadto wskazane przez odwołującego postanowienia siwz i ogłoszenia były już przedmiotem zaskarżenia dwoma odwołaniami i rozpoznane przez Izbę w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17. Odwołujący do tamtych postępowań nie przystąpił mimo prawidłowego wezwania przez zamawiającego. Tym samym zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy nie przysługuje mu środek ochrony prawnej. Ogłoszenie i siwz ukazały się w kwietniu 2017r., a zatem odwołanie zostało złożone w terminie prawie 2 miesiące po terminie przewidzianym na jego wniesienie. W związku z tym w ocenie zamawiającego podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający skrupulatnie wykonał wyroki Izby stosownym sprostowanie ogłoszenia z dnia 26 czerwca 2017r. i modyfikacją siwz z dnia 26 czerwca 2017r. Zamawiający uważa, że wszystkie sentencje wyroków wykonał, co do litery postanowienia. W ocenie zamawiającego zarzuty są bezzasadne i podlegają oddaleniu, a nie był uprawniony do rozszerzonego zakresem wykonania tych wyroków, o co odwołujący wnosi, ze względu na przystępujących po stronie zamawiającego do tych odwołań, narażając się z ich strony na złożenie wniosków o klauzule wykonalności.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznych, sprostowań, siwz wraz z załącznikami, modyfikacji siwz, wyjaśnień treści siwz. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że :

Pierwotnie treść siwz w spornym zakresie miała brzmienie:

Dział VI pkt. 2 ppkt. 2.2. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wykonawca spełnia warunek, jeżeli w okresie nie dłuższym niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 120.000.000 PLN,

b) osiągnął, niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:

- płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,3
- rentowność sprzedaży netto – stosunek zysku netto do sprzedaży – na poziomie wartości nie mniejszej niż 0,03
- wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż 0,30

Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.

c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN.

19

d) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN
W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie.

Dział VI pkt. 2 ppkt 2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej.

1. W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty

konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz
- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m

oraz

- jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$.

Za ukończone roboty budowlane Zamawiający uważa roboty, w których obiekt budowlany został ukończony w taki sposób, że stanowi on całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami

i urządzeniami, dla których wystawiono Świadcstwo Przejęcia lub Protokół Odbioru Końcowego.

*) Uwagi!

1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony:

przez Wykonawcę samodzielnie lub,

przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie;

20

w przypadku podmiotów występujących wspólnie – samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

4. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony:

§ przez Wykonawcę samodzielnie lub,

§ przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie;

§ w przypadku podmiotów występujących wspólnie – samodzielnie przez minimum jednego z Wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z zobowiązania potwierdzającego udostępnienie zasobów przez inne podmioty musi bezspornie i jednoznacznie wynikać w szczególności:

1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;

2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykonanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-23 i ust. 5 ustawy pzp.

Podmiot zasób musi być podwykonawcą na części robót na który przekazał swój zasób wiedzy i doświadczenia.

6. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim przypadku

Wobec treści ogłoszenia i siwz zostały wniesione odwołania:

Sygn. akt KIO 940/17

Odwołujący – C. P. S.A. z siedzibą w K. – wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
3. art. 23 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22a ust. 1, art. 22c ust. 1 i ust. 3, art. 22d ust. 1, art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz ekonomicznej i finansowej, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub korzystających z potencjału podmiotów trzecich w sposób szczególny, pomimo że nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny,
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie pras tłokowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący określone rozwiązania techniczne, charakterystyczne dla wyrobów konkretnego producenta (zarzut cofnięty na rozprawie wraz z odpowiednią częścią uzasadnienia),
5. art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 przez określenie sposobu oceny ofert w Kryterium III (Parametry techniczne efektywność) w sposób nieobiektywny, nieproporcjonalny, sprzeczny z zasadą przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, uwzględniający obowiązek przedstawienia dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji, pomimo że nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ (oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu) przez nadanie jej następującego brzmienia w zakresie Działu VI pkt 2.2. lit. b SIWZ:

„b) osiągnął, niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:

- płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1;
- rentowność sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży - na poziomie wartości wyższej od 0 (zera);
- wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego - na poziomie wartości nie większej niż 0,30. Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.”,

przy jednoczesnym wykreśleniu adnotacji (ostatniego zdania) w Dziale VI pkt 2.2. SIWZ o treści:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy

z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie.”
lub

nadaniu jej następującego brzmienia:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (w przypadku warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) może być spełniony łącznie o ile każdy z partnerów Konsorcjum lub podmiot trzeci wykaże osiągnięcie wskaźników dla swojej części przychodów netto ze sprzedaży).”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ i nadanie postanowieniom Działu VI pkt 2.3. ppkt 1 SIWZ (oraz odpowiednio ogłoszenia

o zamówieniu) następującego brzmienia (tj. przy jednoczesnym wykreśleniu "Uwagi"):

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych/robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT,

23

obejmujące swym zakresem co najmniej budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min, 25% s.m.

oraz

- jedną dostawę na potrzeby oczyszczalni ścieków komunalnych nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h, wraz z rozruchem układu

oraz

- jedną dostawę na potrzeby oczyszczalni ścieków komunalnych nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h”, wraz z rozruchem suszarni.

*) Uwagi!

1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony:

- przez Wykonawcę samodzielnie lub,
- przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie;

- w przypadku podmiotów występujących wspólnie - samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie adnotacji (ostatniego zdania) w Dziale VI pkt 2.2. SIWZ o treści „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie”

ewentualnie

nadanie jej następującego brzmienia:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (w przypadku warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) może być spełniony łącznie o ile każdy z partnerów Konsorcjum lub podmiot trzeci wykaże osiągnięcie wskaźników dla swojej części przychodów netto ze sprzedaży).”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie postanowień pierwszej „Uwagi” zastrzeżonej w Dziale VI pkt 2.3. SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie

z opisu kryterium III Parametry techniczne efektywność (E) zastrzeżenia o treści: „Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.”

Sygn. akt KIO 943/17

Odwołujący – A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowym sformułowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ:

– warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wskazanym w treści odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1, przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli wykazać się doświadczeniem w realizacji robót o wartości 40 mln złotych netto, a także w odniesieniu do wymaganych ekspertów by wykazali się odpowiednim doświadczeniem w realizacji funkcji dla zamówień odpowiednio o wartości 50 mln zł netto oraz 40 mln zł netto,

2) art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1, przez niejednoznaczny opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, z treści warunku ze względu na zastosowaną formę graficzną (równorzędnie tirety/kropki) oraz użytą nieprawidłową formę gramatyczną nie wynika jednoznacznie czy treść zawarta w tiretach/kropkach od 2 do 4 należy traktować łącznie z treścią tiretu 1, czy też rozłącznie oraz czy treść warunku zawarta w tiret 4 jest rozłączna wobec tiret 1-3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przez:

a) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

z:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

• jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

• budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz
• budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m oraz

• jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.”

na zgodny z Pzp, przykładowo w brzmieniu:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

• jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub

przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT;

- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h,
- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.,
- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min. 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$."

b) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania przez Eksperta Nr 1 - Przedstawiciela Wykonawcy (1 osoba) kwalifikacji zawodowych, doświadczenia:

Z:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie w zarządzaniu kontraktami realizowanymi w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne, w tym w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych

26

(w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT"

na:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie w zarządzaniu kontraktami realizowanymi w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne, w tym w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT"

c) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania przez Eksperta nr 2 - Kierownika budowy (1 osoba) kwalifikacji zawodowych, doświadczenia:

Z:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie po uzyskaniu uprawnień budowlanych na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, w tym minimum 5 lat doświadczenia przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT"

na:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie po uzyskaniu uprawnień budowlanych na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, w tym minimum 5 lat doświadczenia przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT"

d) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania przez Eksperta nr 3 - Kierownika robót sanitarnych

Z:

27

„co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym: - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert jako kierownik budowy przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000\text{m}^3/\text{d}$ wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT

- jednej roboty budowlanej zrealizowanej na czynnej oczyszczalni ścieków komunalnych obejmujące swym zakresem wykonanie (budowę, przebudowę) układu fermentacji osadu komunalnego i objętości pojedynczego zbiornika nie mniejszej niż 1.000m^3 , wraz z jednoczesnym wykonaniem (budową) nowego układu kogeneracji wykorzystującego biogaz o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 130kWe ”

na:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym: - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert jako kierownik budowy przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno- budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000\text{m}^3/\text{d}$ wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT

- jednej roboty budowlanej zrealizowanej na czynnej oczyszczalni ścieków komunalnych obejmujące swym zakresem wykonanie (budowę, przebudowę) układu fermentacji osadu komunalnego i objętości pojedynczego zbiornika nie mniejszej niż 1.000m^3 , wraz z jednoczesnym wykonaniem (budową) nowego układu kogeneracji wykorzystującego biogaz o mocy elektrycznej nie mniejszej niż 130kWe ”

e) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania przez Eksperta nr 4 - Kierownika robót

Z:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika konstrukcyjno-budowlanych sanitarnych przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym:

- w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co

28

najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000\text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT.”

na:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika konstrukcyjno-budowlanych sanitarnych przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym:

- w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000\text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT.”

f) zmianę wymagań dotyczących konieczności posiadania przez Eksperta nr 5 - Kierownika robót elektro-energetycznych:

Z:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie po uzyskaniu uprawnień budowlanych na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, w tym minimum 5 lat doświadczenia przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty

konstrukcyjno- budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPIA) o minimalnej wydajności co najmniej Qśrd=10.000 m3/d oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT”

na:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie po uzyskaniu uprawnień budowlanych na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, w tym minimum 5 lat doświadczenia przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, w tym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno- budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPIA) o minimalnej wydajności co najmniej Qśrd=10.000 m3/d oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT.”

29

W wyroku z dnia 6 czerwca 2017r. w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17 Izba orzekła:

uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu Gmina Miasto Łowicz dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) w zakresie:

A. sygn. akt KIO 940/17:

1) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.2) w końcowej części odnoszącej się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

– przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia łącznego wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanej w ppkt (lit.) a, b;

2) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.3) w części oznaczonej „*) Uwagi! 1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony: (...) przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający

wspólnie – doświadczenie samodzielnie; przypadku podmiotów występujących samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie. Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymienionego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.”

– przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia oraz wykonawcom polegającym na zdolnościach innych podmiotów łącznego wykazania zdolności technicznej lub zawodowej,

3) opisu sposobu oceny ofert w kryterium III - Parametry techniczne efektywność (E) 12% (efekty odwadniania osadów) (Dział XVI pkt 2 w części dotyczącej opisu sposobu dokonywania oceny ofert w tym kryterium

– przez wykreślenie z opisu kryterium III Parametry techniczne efektywność (E) żądania o treści: „Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.”

B. sygn. akt KIO 943/17:

1) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (Dział VI pkt 2 ppkt 2.1, 1) – dysponowanie Ekspertami: Nr 1- Przedstawiciel wykonawcy, Nr 2 - Kierownik budowy, Nr 3 - Kierownik robót sanitarnych, Nr 4 - Kierownik robót budowlanych, Nr 5 - Kierownik robót budowlanych

– przez obniżenie wymaganych wartości robót budowlanych odpowiednio, z co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr

30

2, 3, 4, 5) do wielkości proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz na minimalnym poziomie zdolności do wykonania zamówienia w prowadzonym postępowaniu, przykładowo na co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 30 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr 2, 3, 4, 5),

2) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.3, 1) – wymaganie wykazania wykonania roboty/robót budowlanej/nych – przez prawidłowe zastosowanie spójnika „oraz” z uwzględnieniem połączeń składników równorzędnych i podrzędnych tworzących opisy: roboty budowlanej, budowy nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu, budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów, budowy nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych
W uzasadnieniu orzeczenia Izba w zakresie spornym w niniejszym postępowaniu poczyniła następujące ustalenie i rozważania:

„Po rozpoznaniu odwołań na rozprawie w granicach zawartych w nich zarzutów w kontekście żądań odwołujących stanowiących doprecyzowanie zarzutów, Izba uznała, że odwołania podlegają uwzględnieniu z powodu częściowej ich zasadności. Mając na uwadze, że konstruowanie postanowień SIWZ stanowi obowiązek i uprawnienie zamawiającego i zgodnie z orzecznictwem domeny tej nie wyłącza żądanie wykonawców, również nie służy organom oceniającym czynności zamawiającego, Izba uznając zasadność dokonania zmiany SIWZ, wskazała jej zakres jaki wynika z uwzględnienia odwołań, pozostawiając zamawiającemu formułowanie postanowień. „

Sygn. akt KIO 940/17

„1. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu: Sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy (...)

Kwestionując opisany w Dziale VI pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wyłącznie w zakresie - poziomu wskaźników: płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,3 oraz rentowność sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży - na poziomie wartości nie mniejszej niż 0,03 - a także zakazu łączenia potencjału w celu wykazania wskaźników i osiągnięcia przychodu netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 120 000 000 PLN przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

– jako formułujący wymienione wskaźniki w sposób nadmierny, rygorystyczny i ograniczający krąg wykonawców, jednocześnie nie wykazujący dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa, odwołujący żądał obniżenia wskaźników: -płynności finansowej będącej stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań do poziomu wartości nie mniejszej niż 1; -rentowności sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży do poziomu wartości wyższej od 0 (zera) oraz wykreślenia ograniczenia

31

łącznego wykazania spełniania warunku w ppkt a, b przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, alternatywnie – o nadanie wymaganiu wskazanej w odwołaniu treści – łącznego spełnienia wymagania w ppkt a, b, uwarunkowanego osiągnięciem wskaźników dla swojej części przychodów przez każdego z partnerów konsorcjum lub podmiot trzeci.

Wskazane w zarzucie odwołania przepisy art. 22c ust. 1 i 3 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do wymagania, obok m.in. minimalnego rocznego obrotu, posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, również informacji na temat rocznych sprawozdań finansowych wykonawców wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań, pod warunkiem określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przejrzystych i obiektywnych metod i kryteriów stanowiących podstawę uwzględnienia tych informacji.

Zarzut i żądanie odwołania zostały ograniczone wyłącznie do części warunku. Zakwestionowane wskaźniki zostały określone w SIWZ na wyższym poziomie niż wynika to z przedstawionej w odwołaniu doktryny. Odwołujący kwestionując poziom dwóch wskaźników i żądając ich obniżenia o 0,3 i 0,03 wielkości, poza powołaniem się na doktrynę, przyjęte wielkości wskaźników w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub określenie w innych postępowaniach warunku bez stosowania wskaźników – nie wykazał zasadności żadanego obniżenia wskaźników w odniesieniu do swojej sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wobec tego, Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego poziomu oraz żądania obniżenia poziomu dwóch przedstawionych wskaźników dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej odwołującego jako potencjalnego wykonawcy. Uznała natomiast za zasadny, mając na uwadze opisany w SIWZ zakres oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy przy sformułowaniu tego warunku, zarzut w części wyłączającej możliwość

łącnego wykazania spełniania warunku opisanego w ppkt a, b przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Okoliczności przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że „(...) wymagane wskaźniki finansowe gwarantują Zamawiającemu pewność trwania podmiotu wykonawczego nad tak wartościowym i ważnym zadaniem. Są one również proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający do realizacji danego zadania tak bardzo ważnego dla regionu, pozyskał środki z UE. Inwestycja będzie realizowana prawie przez 4 lata i Zamawiający musi mieć 100% pewność, że wybrany wykonawca nie straci zdolności finansowej lub nie upadnie.” – w ocenie Izby, nie uzasadniają ograniczenia wskazanego w SIWZ, jako wynikającego z przepisu art. 23 ust. 5 ustawy Pzp.
(...)

32

Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy (...)

Kwestionując warunek zdolności technicznej lub zawodowej przez podważanie wymagania wykazania przez wykonawcę wykonania opisanych w warunku robót budowlanych, odwołujący zaskarżył warunek w innej treści niż został przedstawiony w SIWZ.

Według odwołującego warunek został opisany następująco:

„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

- jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:
- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz
- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.
- jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.

*) Uwagi!

1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony:

- przez Wykonawcę samodzielnie lub,
- przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie;
- w przypadku podmiotów występujących wspólnie - samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.”

Opis przedstawiony w odwołaniu z pominięciem w stosunku do opisu zamieszczonego w SIWZ spójnika „oraz” po wyrazach: „budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.” – jest zgodny z intencją

33

i rozumieniem tego warunku przez zamawiającego, w myśl oświadczenia jakie złożył na rozprawie zamawiający przy omawianiu adekwatnego zarzutu przedstawionego w odwołaniu sygn. akt KIO 943/17. Warunek nie był kwestionowany w odwołaniu KIO 940/17 jako błędny opis pod względem gramatycznym czy stylistycznym. Nie był również kwestionowany co do jego zakresu przedmiotowego.

Z opisu zamieszczonego w odwołaniu wynika, że zamawiający żądał wykazania

dwóch robót, tj. jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmującej swym zakresem co najmniej: • budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz • budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m., • jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.

Odwołujący, nie kwestionując ilości i zakresu robót, żądał podziału przedmiotowego zakresu robót budowlanych na: roboty budowlane i dostawy, tj.: • jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych/robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmującej swym zakresem co najmniej budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.

oraz

- jednej dostawy na potrzeby oczyszczalni ścieków komunalnych nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h, wraz z rozruchem układu
- oraz
- jednej dostawy na potrzeby oczyszczalni ścieków komunalnych nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h, wraz z rozruchem suszarni
 - przy jednoczesnym wykreśleniu wyłączenia łącznego spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz polegających na

34

zdolnościach innych wykonawców i dodatkowo zakazującego łączenia (sumowania) doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

W konsekwencji żądał zmiany warunku z dwóch robót budowlanych, w tym jednej z budową nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu oraz budową nowego układu instalacji odwadniania osadów, a drugiej – roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych

– na jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem), obejmującą swym zakresem co najmniej budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu

oraz dwie dostawy: nowego układu instalacji odwadniania osadów i nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych

– o parametrach odpowiadających opisanym w SIWZ.

Odwołujący podważył, podobnie jak odwołujący w sprawie KIO 943/17, lecz przy odmiennych żądaniach, określony warunek w tym zakresie i żądał zmiany w sposób przez siebie wskazany.

Izba nie uwzględniła tego zarzutu biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu jest Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Ł. Etap I wraz ze wszystkimi robotami wymaganymi i przewidzianymi w projekcie, podzielonymi na 4 zadania o zakresach: (...)

Zmiana warunku zdolności technicznej lub zawodowej z wymaganej budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów i nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych – na żądane dostawy tych urządzeń – w świetle opisu przedmiotu zamówienia przewidującego, chociażby w zadaniu 2 przebudowę i nadbudowę Budynku odwadniania osadu - obiekt nr 23 i budowę Budynku hydrolizy osadu - obiekt nr 19 – nie znajduje uzasadnienia w przywołanych przepisach ustawy, nie znajduje także uzasadnienia ingerowanie

w wymagania zamawiającego co do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, gdy przedmiotem zamówienia (niekwestionowanego w odwołaniach) są roboty budowlane polegające na kompleksowej przebudowie wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków, w zakresie której instalacje urządzeń zostały przewidziane jako budowy a nie dostawy. Zwłaszcza, że realizacja umowy będzie miała miejsce, zgodnie z potwierdzeniem zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, gdy „instalacja będzie na ruchu technologicznym”.

Mając jednak na uwadze zakres oraz charakter warunku zdolności technicznej lub zawodowej, Izba uwzględniła żądanie odwołującego wyeliminowania wyłączenia możliwości łącznego spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się

35

o udzielenie zamówienia, wykonawców polegających na zdolnościach innych podmiotów oraz łączenia (sumowania) doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia, które zostało zamieszczone w ppkt 2.3 w opisie „*) Uwagi!”.

Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że odwołujący kwestionując opis wskazany w pkt 1. „*) Uwagi!”, nie zakwestionował tożsamości opisu zamieszczonego w pkt 4 również „*) Uwagi!”.

W ocenie Izby, treść SIWZ powinna jednak zawierać jednakowe opisy dotyczące tego samego warunku, mimo zamieszczenia ich w różnych częściach dokumentów. (...)

Sygn. akt KIO 943/17

1. Zarzut naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli wykazać się doświadczeniem.

2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez niejednoznaczny opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, z treści warunku ze względu na zastosowaną formę graficzną (równorzędnie tirety/kropki) oraz użytą nieprawidłową formę gramatyczną nie wynika jednoznacznie czy treść zawarta w tiretach/kropkach od 2 do 4 należy traktować łącznie z treścią tiretu 1, czy też rozłącznie oraz czy treść warunku zawarta w tiret 4 jest rozłączna wobec tiret 1-3. (...)

Odwołujący zakwestionował opisanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie określonym w SIWZ jako:

1) wymaganej od wykonawcy roboty budowlanej co do jej wartości i poszczególnych elementów składowych, wskazując błędnie zastosowaną formę graficzną (równorzędnie tirety/kropki) oraz użytą nieprawidłowo formę gramatyczną, wnosząc o zmianę: -wartości wymaganej roboty budowlanej z 40 mln zł bez podatku VAT na 20 mln zł bez podatku VAT oraz -zakresu roboty budowlanej (jednej zgodnie z treścią SIWZ lub dwóch zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego złożonym na rozprawie co do rozumienia opisu jakim kierował się określając warunek udziału w postępowaniu) – na cztery roboty budowlane, odpowiadające parametrom opisanym w SIWZ (Dział VI pkt 2 ppkt 2.3, 1, cztery punktory (tirety) oznaczone kropkami); (...)

Izba, nie wnikając w treść SIWZ nie objęta zarzutami, uwzględniła zarzuty w części:

1. Opisu warunku zdolności technicznej lub zawodowej, uznając, że z opisu zamieszczonego w ppkt 2.3, 1 jednej roboty budowlanej oznaczonej pierwszą kropką wynika, że robota ta obejmuje swoim zakresem pozostałe trzy roboty oznaczone trzema kropkami, z tego

36

powodu, że w treści wskazano: robota ta „(...) obejmuje swym zakresem co najmniej (...)”, a opisy następnych trzech robót połączono spójnikiem „oraz”, mimo zamieszczenia tego spójnika w jednym miejscu w następnym wierszu (po trzeciej kropce).

Według słownika języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego wyraz „oraz” oznacza: I w formie przysłówkowej – jednocześnie, zarazem, również; II w funkcji spójnikowej – wyraz łączący człony szeregu składniowego, zwykle współrzędne części zdania.

Opis taki łączący poszczególne zdania spójnikiem „oraz” jednoznacznie wskazuje na

równorzędność wymagań, a więc, że zakres wymaganej roboty budowlanej obejmuje budowy nowych układów instalacji: hydrolizy termicznej osadu, odwadniania osadów, także nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych.

Zatem, nie kwestionując zakresu rzeczowego robót budowlanych, Izba nakazała określenie tego warunku w sposób czytelny i jednoznaczny z zastosowaniem reguły wykładni prawa wskazującej, że spójnik „oraz” oznacza łączne spełnienie wymagań, które zostały połączone tym spójnikiem.

Izba nie uwzględniła żądania odwołującego wykazania wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, jako wystarczającej dla spełnienia warunku, spośród czterech robót budowlanych wyodrębnionych w żądaniu, wskazując uzasadnienie jak zamieszczone w uzasadnieniu zarzutu 2, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy, w sprawie KIO 940/17.

(...)

Podnoszona w postępowaniu proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia, szczególnie w odniesieniu do warunku zdolności technicznej lub zawodowej, to kwestia subiektywna. Dla zamawiającego, wskazana w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie i podkreślana na rozprawie, to stosunek wartości na poziomie ok. 60-70%, dla odwołującego na poziomie ok. 33% (wartość wymaganych robót budowlanych 20 mln zł przy wartości zamówienia ok. 60 mln zł). Uwzględnienie żądań nakazania zamawiającemu określenia warunków z zachowaniem proporcjonalności wg indywidualnych odmiennych wskazań odwołujących (wartość, zakres wymaganych robót budowlanych i ich zmiana na częściowe dostawy), powodowałoby zachwianie proporcjonalności wg potrzeb zamawiającego uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności i warunkami realizacji zamówienia.

Dowody złożone przez odwołujących i uczestników postępowania odwoławczego, dotyczące innych postępowań o udzielanie zamówień, w szczególności wyciągi, wypisy lub pełne teksty – ogłoszeń o zamówieniach, SIWZ, zawiadomień o rozstrzygnięciach

37

postępowań nie mogły stanowić podstawy uwzględnienia pozostałych zarzutów, ze względu chociażby na istotne odmienności występujące w każdym postępowaniu.

Dowody złożone przez odwołującego w sprawie KIO 940/17 – pliki informacji finansowych dotyczących różnych wykonawców – bez odpowiedniego zestawienia danych i przedstawienia wniosków, nie mogły odnieść zamierzonego skutku.

Opinia pracownika naukowego Uniwersytetu Przyrodniczego w Lublinie złożona przez zamawiającego w sprawie KIO 940/17, wobec cofnięcia przez odwołującego zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia, nie stanowiła podstawy rozstrzygnięcia.

Argumentacja uczestników postępowania odwoławczego, wykraczająca poza zarzuty przedstawione w odwołaniach, nie podlegała uwzględnieniu.

Po modyfikacji siwz z dnia 26 czerwca 2017r. sporne postanowienia siwz uzyskały następujące brzmienie:

Dział VI pkt. 2 ppkt. 2.2. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wykonawca spełnia warunek, jeżeli w okresie nie dłuższym niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 120.000.000 PLN,

b) osiągnął, niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:

· płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,3

· rentowność sprzedaży netto – stosunek zysku netto do sprzedaży – na poziomie wartości nie mniejszej niż 0,03

· wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego – na poziomie wartości nie większej niż 0,30

Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.

c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN.

d) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie warunki opisane w punkcie a) ,b), c) i d) – przy czym warunki z pkt b/ muszą być spełniane przynajmniej przez jeden podmiot występujący wspólnie.

2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej.

38

1. W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

a) jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz
- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m

b) jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.

Za ukończone roboty budowlane Zamawiający uważa roboty, w których obiekt budowlany został ukończony w taki sposób, że stanowi on całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, dla których wystawiono Świadectwo Przejęcia lub Protokół Odbioru Końcowego.

*) Uwaga!

Warunek udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót może być spełniony łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przy czym robota oznaczona ppkt. lit. a) musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie. Zamawiający dopuszcza wykonanie jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem roboty wymienione w ppkt. lit. a) i b).

*) Uwagi!

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 27.07.2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których mowa w dziale VI pkt 2 ppkt 2.3 SIWZ uznaje się w przypadku robót budowlanych - inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

2. W przypadku gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie, o których mowa w dziale VI pkt 2 ppkt 2.3 SIWZ, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt 1 Uwag.

39

3. W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w rozdziale w dziale VI pkt 2 ppkt 2.3 SIWZ, oraz pkt 1 Uwag, budzą wątpliwości Zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, były lub miały zostać wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu.

4. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić

zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z zobowiązania potwierdzającego udostępnienie zasobów przez inne podmioty musi bezspornie i jednoznacznie wynikać w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykonanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-23 i ust. 5 ustawy pzp.

Podmiot zasób musi być podwykonawcą na części robót na który przekazał swój zasób wiedzy i doświadczenia.

5. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim przypadku ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania odwoławczego, że poza przystępującym Inżynieria w postępowaniu KIO 940/17 i KIO 943/17 spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdził także przystępujący I.-B., a zamawiający jeszcze trzy inne podmioty oceniał jako spełniające postanowienia siwz w pierwotnym brzmieniu.

40

Izba oceniając pierwotne i zmienione postanowienia siwz, a także granice ich zaskarżenia w postępowaniu w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i 943/17 oraz uwzględniając wytyczne interpretacyjne zawarte dla sentencji wyroku KIO 940/17 i KIO 943/17 zawarte w uzasadnieniu tego wyroku ustaliła, że w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej zamawiający już w pierwotnym brzmieniu siwz wszystkie tirety pkt. b ppkt. 2.3. pkt. 2 działu VI traktował łącznie i wymagał ich łącznego spełnienia w całości z pkt. a) tegoż warunku przez jednego z partnerów konsorcjum. W ocenie Izby właśnie użycie przez zamawiającego ostatnim zdaniu tegoż warunku pojęcia „mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt. a) i b), który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z parterów Konsorcjum jednocześnie” świadczy, że warunek b musiał być od początku spełniany w całości w zakresie wszystkich trzech tiretów przez jednego z partnerów Konsorcjum, a końcowe zdanie mówiło o jednoczesności spełniania warunku określonego w lit. a z warunkiem z litery b). Izba zaś wprost nakazała zmianę siwz przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia łącznego wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanej w ppkt. (lit) a), b). W ocenie Izby tak brzmiąca sentencja odniosła się tylko do pojęcia „jednoczesności” spełniania warunku z ppkt (lit.) a z ppkt. (lit.) b, a nie do pojęcia „w całości”, którego jak Izba ustaliła wyrokiem sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17 nie nakazano zmienić. Wprost Izba w uzasadnieniu wskazała, że odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 940/17 kwestionował poziom wskaźników płynności finansowej i rentowności sprzedaży oraz wnosił o możliwość łącznego spełnienia ppkt. (lit) a i b, ale z żadnego z ustaleń Izby nie wynika, że odwołujący kwestionował, a Izba rozstrzygnęła, że zamawiający miał zmienić wymóg dotyczący spełniania tak litery a) jak i litery b) w całości. Tym samym w ocenie tegoż składu orzekającego od samego początku w treści pierwotnego warunku zdolności finansowej lub ekonomicznej tkwiło, że warunek z lit. b) musiał być w całości spełniony przez jeden podmiot. W ocenie Izby przemawia za tym także ocena racjonalności stawiania warunku ekonomicznego przez pryzmat współczynników mikroekonomicznych. Z reguły ocena jednego z tych współczynników nie pozwala na realną ocenę kondycji finansowej danego podmiotu i kondycja ta powinna być oceniana przez pryzmat kilku czynników mających wzajemny wpływ na siebie i w całości tworzących podstawę oceny kondycji finansowej danego przedsiębiorcy. Tym samym jeśli zamawiający potrzebuje zabezpieczenia w postaci silnego ekonomicznie podmiotu gwarantującego w ramach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zabezpieczenie jego finansowania do czasu wypłaty wynagrodzenia, to nieracjonalne jest

przyjęcie, że zamawiający dopuszcza, aby poszczególni partnerzy wykazali się pojedynczymi współczynnikami, gdyż w ocenie Izby podważałoby to w ogóle racjonalność ustanowienia takiego warunku i nie pozwalało na zweryfikowanie zdolności ekonomicznej w sposób realny.

41

W zakresie warunku zdolności zawodowej, to Izba ustaliła, że w sprawie sygn. akt KIO 940/17 Izba w ówczesnym składzie ustaliła, że rozumienie warunku z ppkt. 2.3. pkt. 2 działu VI, jako konieczności wykazania się dwoma robotami budowlanymi : jedną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{srd} = 10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmującej swym zakresem co najmniej: • budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz • budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.,

• jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$, było prawidłowo odczytane przez odwołującego C. P. i zgodne z intencją zamawiającego według oświadczenia jakie złożył zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 943/17. W ocenie Izby oznacza to, że w pierwotnym brzmieniu warunku mieściło się to, iż do roboty budowlanej obejmującej budowę oczyszczalni o wydajności co najmniej $Q_{srd} = 10000 \text{ m}^3/\text{d}$ obejmującej budowę nowego układu hydrolizy i budowę nowego układu odwadniania (o niekwestionowanych przez odwołującego PZPB) wydajnościach należało odnieść wartość tych robót.

Poziom tej wartości był kwestionowany w sprawie sygn. akt KIO 943/17, jednak Izba oddaliła ten zarzut. Wydajność oczyszczalni nie była kwestionowana. W sprawie sygn. akt KIO 940/17 wykonawca C. P. domagał się wydzielenia z pierwszej roboty budowlanej dwóch dostaw – dostawy nowego układu odwadniania i dostawy nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych o parametrach niekwestionowanych, zatem zagadnienie rozdzielenia tych dwóch robót budowlanych w inny sposób niż oczekiwał tego zamawiający był przedmiotem analizy przez Izbę i taki zarzut nie został uwzględniony. Zarzut wydzielenia 4 robót i wykazania się wyłącznie 1 z nich także w odwołaniu sygn. akt KIO 943/ 7 nie został przez Izbę uwzględniony. Izba odniosła się wyłącznie do wymogu niedopuszczalności łączenia (sumowania) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia i wyeliminowała to żądanie nakazując zamawiającemu umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia oraz wykonawcom polegającym na zdolnościach innych podmiotów łącznego wykazania zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie tego składu orzekającego taka sentencja nie powoduje zmiany wymogu wykazania się dwoma robotami budowlanymi z których jedna dotyczy budowy oczyszczalni ścieków wraz z nowym układem hydrolizy i odwadniania o wskazanej w warunku wydajności co najmniej $Q_{srd} = 10\,000 \text{ m}^3/\text{d}$ i

42

pozostałych parametrach oraz o wartości tej roboty co najmniej 40 mln zł. bez podatku VAT i drugiej roboty polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych o określonej zawartości suchej masy i założonej wydajności, bez wymogu wartościowego. Bezsporne jest pomiędzy stronami to, że w dniu 7 lipca 2017r. zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu doprowadzając do zgodności sekcji VI.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu i działu VI pkt. 2 ppkt. 2.3. siwz.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust.1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 22 ust. 1 ustawy - O 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.

Ust. 1a. ustawy - 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.

Ust. 1b ustawy - 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.

Art. 22d ust. 1 ustawy - Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Art. 23 ust. 1 ustawy - Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Ust. 5. ustawy - Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Ust. 6 ustawy - Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

43

Art. 38 ust. 4a ustawy - Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

- 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 179 ust. 2 ust. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5.

art. 182 ust. 2 ustawy - Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

- 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

Ust. 3. ustawy - Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:

- 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;

art. 185 ust. 6 ustawy - Odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

ust. 7 - ustawy - Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

art. 189 ust. 2 ustawy - Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;

3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

44

4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;

5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;

7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. art. 191 ust. 2 ustawy - Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Art. 192 ust. 1 ustawy - O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Ust. 2 ustawy - Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 1184. § 1 KPC Jeżeli przepis ustawy nie stanowi inaczej, strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym.

§ 2. W braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem.

Izba analizując przedstawiony powyżej stan prawny i odnosząc go do ustalonego stanu faktycznego ustaliła, co następuje:

Odwołujący nie był odwołującym w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17 nie jest także wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy, tym samym nie ma do niego zastosowania art. 185 ust. 6 ustawy. Natomiast przepis art. 182 ust. 2 pkt. 1 i art. 182 ust. 3 pkt 1 oraz 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy mają zastosowanie do każdego podmiotu uprawnionego do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 i 2 ustawy.

Przepis art. 13 § 2 kpc w związku z art. 365 § 1 kpc nie znajdują zastosowania z uwagi na treść odesłania z art. 185 ust. 7 ustawy wyłącznie do części KPC o sądzie polubownym, gdzie w art. 1184 § 2 kpc przewidziano odstępianie od stosowania przepisów o procesie, tym samym związane wyrokiem Izby można oceniać wyłącznie na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

45

Izba ustaliła, że wobec powyższych ustaleń dowody zgłoszone przez odwołującego w odwołaniu nie służą wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu obu przystępujących stwierdzając, że wykazali spełnienia przesłanek formalnych z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą w stosunku do wszystkich podniesionych zarzutów odwołania podstawy określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które uprawniałyby Izbę do odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła, że organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt. 5 ustawy przysługuje prawo kwestionowania ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez względu na ich interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że odwołującemu nie służy prawo kwestionowania sprostowania ogłoszenia o zamówieniu i zmiany treści siwz, mimo iż literalnie takie brzmienie nie zostało nadane art. 179 ust. 2 ustawy. Jednakże w ocenie Izby

założenie takie jest nieracjonalne i może pozbawiać realnej możliwości działania na korzyść członków danej organizacji w zamówieniach publicznych, skoro ustawodawca postanowił zawęzić możliwość wnoszenia przystąpień wyłącznie do wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy – vide art. 185 ust. 2 ustawy, a zmiany ogłoszenia o zamówieniu lub siwz mogą przebiegać na niekorzyść członków tych organizacji, których interes organizacje powinny chronić. Ponadto zmienione postanowienia ogłoszenia i siwz stają się integralną częścią ogłoszenia i siwz, tym bardziej zatem mieszczą się w pojęciu ogłoszenia o zamówieniu i siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 23 ust 1, 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2) , art. 22 ust 1a , art. 7 ust. 1 , art. 185 ust. 7 ustawy w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 poz. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy przez określenie w Sekcji 111.1.2) ogłoszenia o zamówieniu i w Dziale VI ust. 2 pkt 2.2. SIWZ, że warunki z lit b) rzeczony Sekcji i punktu siwz muszą być spełnione przynajmniej przez jeden podmiot występujący wspólnie, podczas gdy oznaczenie w ten szczególny sposób warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest nieproporcjonalne i obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17

46

Zarzut jest spóźniony i nie podlega rozpoznaniu z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego w pierwotnej treści działu VI pkt. 2 ppkt. 2.2. tkwiło pojęcie „(z wyjątkiem warunku sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt. a i b, który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów konsorcjum jednocześnie” W ocenie Izby pojęcie spełniony w całości trzeba odnosić do warunku pkt. a i do warunku pkt. b, w przeciwnym razie pojęcie „jednocześnie” byłoby zbędne. Izba zaś w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 940/17 nakazała jedynie umożliwienie łącznego wykazania tej sytuacji opisanej w ppkt. (lit.) a, b. W ocenie Izby użyty w sentencji orzeczenie przecinek przy tych punktach wskazuje właśnie na nakazanie zamawiającemu zmiany wymogu „jednocześnie” wcześniej w tym wymogu postawionego i wyrażonego dodatkowo przez użycie spójnika „i”, który Izba zastąpiła przecinkiem, natomiast w ocenie Izby wyrok w sprawie sygn. akt KIO 940/17 nie dotyczy pojęcia „spełniony w całości”, który odnosi się tak do warunku z lit. a) jak i do warunku z litery b). Wymóg w tym zakresie nie był przedmiotem badania przez Izbę w poprzednim postępowaniu, gdyż ówczesny odwołujący nie kwestionował łącznego spełnienia tiretów pkt. b, a jedynie wysokość dwóch zawartych tam wskaźników. Tym samym w ocenie Izby wobec braku wniesienia odwołania na pierwotną treść działu VI pkt. 2 ppkt. 2.2 w zakresie wymogu „spełniony w całości” odwołujący nie może na obecnym etapie zarzutu tego podnosić skutecznie, gdyż termin na jego kwestionowanie upłynął w dniu 8 maja 2017r., a odwołanie zostało wniesione w dniu 6 lipca 2017r., a zatem z uchybieniem terminowi, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy. Tym samym zarzutu nie można było rozpoznać, gdyż pozostałoby to w sprzeczności z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 23. ust 1, 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) , art. 22 ust 1a , art. 22a ust 1 , art. 22d ust. 1 , art. 7 ust 1 , art. 185 ust. 7 w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 poz. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) przez określenie w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. w części oznaczonej „*) Uwaga!” (str. 17 siwz), że robota budowlana oznaczona w lit. a) rzeczony punktu siwz musi być wykonana przez jednego wykonawcę samodzielnie lub samodzielnie przez jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie, podczas gdy oznaczenie w ten szczególny sposób warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub wykonawców polegających na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów, jest nieproporcjonalne i obiektywnie nieuzasadnione charakterem zamówienia, jak również nie urzeczywistnia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17

47

Zarzut jako skierowany wobec czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby w sprawach sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17 nie podlegał rozpoznaniu. W ocenie Izby jak wynika z ustalonego stanu faktycznego Izba nie uznała, żeby wykonawca mógł się wykazywać odrębnymi doświadczeniami na poszczególne zakresy przedmiotowe zamówienia, a w szczególności wykazywania się jedną robotą budowlaną i dwoma dostawami, czy też jedną z czterech osobnych robót budowlanych. Przeciwnie w uzasadnieniu wyroku Izba ustaliła, że wykładnia autentyczna siwz nakazała przyjąć, że zamawiający wymagał dwóch robót budowlanych. Pierwszej obejmującej oczyszczalnię, nową instalację hydrolizy i nową instalację układu odwadniania o określonych parametrach i wartości i drugą obejmującą nową suszarnię taśmową o określonych parametrach i uznała takie wymaganie za dopuszczalne na gruncie ustawy. Izba wypowiedziała się wyłącznie co do tego, czy wykonawcy mogą wykazać się łącznym spełnianiem (sumowaniem) takich doświadczeń w ramach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jak i doświadczenia udostępnionego. Tym samym kwestionowanie na obecnym etapie tego, że wskazany warunek powinien się odnosić do 4 robót budowlanych zamiast dwóch, jest podważaniem czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z orzeczeniem Izby, a tym samym stoi w sprzeczności z treścią art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy i z tego względu nie może być merytorycznie rozpoznane.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1, i art. 7 ust. 1 przez określenie w Dziale VI ust. 2 pkt 2.3. ppkt 1 siwz warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieodpowiadający sytuacji rynkowej, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niewyrażający minimalnego poziomu zdolności koniecznych dla należytego wykonania, w tym zachowania odpowiedniego poziomu jakości zamówienia, nieuzasadniony jego specyfiką, oraz istotnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia

Zarzut jako spóźniony i skierowany przeciwko czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z orzeczeniem Izby nie może podlegać rozpoznaniu.

Zarzut w zakresie wydajności oczyszczalni na poziomie 10 000 m³/d jest zarzutem spóźnionym. Wymóg takiej wydajności oczyszczalni tkwił od samego początku w postawionym warunku i nie był kwestionowany. Tym samym nie podlegał modyfikacji i nie budziło wątpliwości, że dotyczy wydajności oczyszczalni, a nie innych układów. Termin zatem na skarżenie tego elementu warunku upłynął w dniu 8 maja 2017r. i w dniu 6 lipca 2017r. nie mógł być skutecznie podniesiony. Co do kwestionowania ilości robót budowlanych, którymi powinien wykazać się wykonawca, to w ocenie Izby zarzut ten skierowany jest przeciwko czynności którą zamawiający wykonał zgodnie z orzeczeniem

48

Izby, co Izba zważyła w uzasadnieniu zarzutu poprzedzającego. Co do kwestionowanej wartości roboty budowlanej, to również w tym zakresie Izba uważa, że zarzut skierowany jest wobec czynności wykonanej zgodnie z orzeczeniem Izby, gdyż w odwołaniu sygn. akt KIO 943/17 odwołujący A. konstruując zarzuty dotyczące niegramatycznego i niejednoznacznego postawienia warunku zdolności finansowej skonstruował tak zarzut jak i żądanie wobec podanej wartości 40 mln bez Vat podnosząc, że gdyby wykonawcy mieli się wykazać dwoma robotami budowlanymi, ww tym jedną z wyłączeniem budowy nowej osuszarni taśmowej, to wówczas wymóg wartościowy należałoby ograniczyć do kwoty 20 mln zł. bez podatku VAT. Izba nie podzieliła tego zarzutu, ani żądania i nie zawarła w sentencji nakazów dla zamawiającego w tym zakresie, tym samym obecne żądanie odwołującego jest skierowane wobec czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z orzeczeniem Izby, a zatem jego merytoryczne rozpoznanie jest niedopuszczalne.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4a pkt 2) i art. 7 ust. 1, art. 185 ust. 7 w zw. z art. 13 §2 i art. 365 §1 Kodeksu postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 poz. 1822), oraz art. 192 ust. 3 pkt 1) przez zaniechanie zmiany Sekcji VI.3) pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu pomimo zmodyfikowania treści Działu VI ust. 2 pkt 23. ppkt 1 siwz, oraz nakazu Krajowej Izby Odwoławczej wskazanego w wyroku z dnia 06.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 940/17 i KIO 943/17

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać odwołującemu, że

zamawiający w myśl art. 38 ust. 4a ustawy wprowadzając zmianę treści siwz, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia ma obowiązek przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Zamawiający przyznał, że w dacie wniesienia odwołania tego nie uczynił. Nie mniej jednak należy wziąć pod uwagę, że przepis art. 38 ust. 4a nie określa terminu, w którym ogłoszenie o sprostowaniu ogłoszenia powinno być zamieszczone. W ocenie Izby wytyczną w tym zakresie stanowi art. 38 ust. 4 b i ust. 6 ustawy, z których wynika, że zmiana nie może być dokonana po upływie terminu składania ofert, jeśli dotyczy warunku udziału w postępowaniu, czyli na pewno ogłoszenie o sprostowaniu musi być zamieszczone przez upływem terminu składania ofert, który w niniejszej sprawie jeszcze nie upłynął w dacie wniesienia odwołania. Zamawiający dokonując tego sprostowania, w myśl ust. 6 powinien zbadać czy sprostowanie dokonywane jest w terminie umożliwiającym złożenie ofert, a odwołujący nie wykazał, że brak tego sprostowania w dacie 6 lipca 2017r. uniemożliwił złożenie ofert, a zatem, że zamawiający pozostawał w zwłoce w odniesieniu do tej czynności, której zaniechanie odwołujący zarzuca. Nadto Izba orzekając wzięła pod uwagę fakt, że w dniu 7 lipca 2017r. zamawiający dokonał

49

sprostowania ogłoszenia, a zatem obecnie zarzucane zamawiającemu zaniechanie już nie istnieje i nie ma wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący:

50