

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez **Z T. O. Ś. F. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś.** w postępowaniu prowadzonym przez **P. S. i U. O. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **P. S. i U. O. Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** – unieważnienie wszystkich czynności dokonanych po dniu wniesienia odwołania, dokonanie modyfikacji treści warunku zawartego w sekcji III pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu poprzez jego zredagowanie w sposób uwzględniający dyspozycję zawartą w art. 22 ust. 1a i 1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.) oraz zasady logiki prawniczej i zasady języka polskiego.

2. kosztami postępowania obciąża **P. S. i U. O. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez wykonawcę **Z T. O. Ś. F. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **P. S. i U. O. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** na rzecz **Z T. O. Ś. F. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś.** kwotę **10 000 zł 00**

1

gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - **P. S. i U. O. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa III kwatery na składowisku odpadów w G. przy ul. (...)

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 kwietnia 2017 roku wykonawca **Z T. O. Ś. F. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś.** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób, który przekracza minimalne poziomy zdolności, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a tym samym nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszając zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wskazał, że w sekcji III pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, wskazał że:

„Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, jeżeli Wykonawca spełni warunek i wykaże, że

a) wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- dla części zamówienia nr 1 - 3 roboty budowlane, instalacyjne i uszczelniające dno i skarpy folią, o wartości robót co najmniej 500 000,00 zł brutto każda. Roboty te w swoim zakresie powinny zawierać 3 roboty, w skład których wchodzi: roboty ziemne, drenaże pod i nadfoliowe, pompownie i uszczelnienia dna i skarp folią przy budowie kwater składowiska odpadów”,

- podczas gdy wymagany zakres robót w tak precyzowanym zestawieniu dotyczący wykazania się wybudowaniem 3 kwater składowisk odpadów, w skład których wchodzi realizacji podwójnego drenażu, to jest pod i nadfoliowego wraz z pompownią, jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz przekracza minimalne poziomy

3

zdolności, ponieważ wykonawcy, którzy mogą się wykazać budową 3 / większej liczby kwater składowisk odpadów wraz z wykonaniem instalacji odprowadzania odcieków, stosując skuteczne rozwiązania o zbliżonym stopniu skomplikowania, przy zachowaniu pozostałych wymaganych składowych robót, dają w równym stopniu gwarancję należytego wykonania zamówienia, co wykonawcy mogący wykazać się ich wybudowaniem w konkretnej konfiguracji wymaganej przez zamawiającego, to jest przy zastosowaniu dwóch drenaży i pompowni, co czyni kwestionowany warunek jedynie pozornym, bowiem nie różnicuje on zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. ,

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie zamawiającemu zmiany treści Sekcji III pkt III. 1.3 ogłoszenia o zamówieniu we wskazanym powyżej zakresie, w ten sposób, że:

„Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, jeżeli Wykonawca spełni warunek i wykaże, że: 1

a/ wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- dla CZĘŚCI zamówienia nr 1 - 3 roboty budowlane, instalacyjne i uszczelniające dno i skarpy folią, o wartości robót co najmniej 500 000,00 zł brutto każda. Roboty te w swoim zakresie powinny zawierać 3 roboty, w skład których wchodzi: roboty ziemne drenaże pod i nadfoliowe oraz uszczelnienia dna i skarp folią przy budowie kwater składowiska odpadów, w tym co najmniej 2 roboty, w skład których wchodzi dodatkowo wykonanie pompowni albo niezależnie 3 inne zadania, w skład których wchodzi wykonanie pompowni na składowisku odpadów "

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą świadczącym usługi w branży budowlanej na potrzeby gospodarki odpadami. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i ma zamiar złożyć ofertę, jednak sformułowana przez zamawiającego niezgodnie z prawem treść ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwia odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania mniejszego zamówienia i utratą spodziewanego zysku z jego realizacji.

4

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje konieczności wykazania się w ramach budowy kwatery składowiska odpadów wykonaniem zarówno drenaży, jak i pompowni, co przekłada się - w praktycznym wymiarze na weryfikację zdolności wykonawcy do wykonania instalacji odprowadzania odcieków i wód gruntowych na składowisku odpadów. Zwrócił

uwagę, że wprowadzona przez zamawiającego konkretna konfiguracja w żadnej mierze nie stanowi miernika zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wobec nieustającego rozwoju branży budowlanej i technologicznej w zakresie gospodarki odpadami, zarówno wykonanie drenażu pod i nadfoliowego, jak i wykonanie pompowni, nie są zadaniami skomplikowanymi i osiągalnymi jedynie dla wyselekcjonowanego, szczególnego grona wykonawców. Wskazał przy tym, że połączenie w jednym zadaniu dwóch drenaży wraz z pompownią nie powoduje, że wykonawcy, którzy zrealizowali takie zadania, dają większą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Drenaże i pompownie są elementami, których wykonanie często towarzyszy budowie kwater składowisk odpadów, jak i innym pracom, czy robotom na składowisku odpadów. Mają one zatem charakter robót typowych i z istoty rzeczy podmioty specjalizujące się w budowie kwater muszą mieć doświadczenie i zdolność do ich wykonania. W tym stanie rzeczy wymaganie od wykonawców, by wykazali się doświadczeniem w wykonaniu drenaży i pompowni przy budowie kwater składowisk odpadów, jest jak wymagania, aby wykonawcy przy budowie kwater wykazali się doświadczeniem w robotach ziemnych, które są przecież nieodłącznym elementem tego rodzaju zadań. Odwołujący wskazał, że praktyka obrotu jest bogatsza niż opisany przez zamawiającego warunek. Elementem stawiającym sztuczne i bezzasadne bariery dostępu do zamówienia jest zatem nie tyle wymaganie wykonania w przeszłości przy budowie kwatery instalacji odprowadzania odcieków, w tym drenaży i pompowni, a narzucona przez zamawiającego konfiguracja takiego wykonawstwa. Odwołujący podkreślił, że zapotrzebowanie na instalacje odprowadzania odcieków w związku z budową kwater nie jest jednolite na rynku. Występują bowiem zadania, w których wykonuje się odpowiednie drenaże, jednak bez pompowni, bowiem odcieki odprowadzane są za pomocą zastanej infrastruktury zamawiającego (np. zbiorniki, kanalizacje), a także gdzie wykonuje się pompownie wraz z drenażami, co może dotyczyć drenażu pod i nadfoliowego, jak i tylko jednego z nich. Odwołujący podkreślił, że wykonanie pompowni może być przedmiotem samodzielnego zlecenia, to jest niezwiązanego z budową kwatery, czego zamawiający także nie uwzględnił. Wykonawcy, którzy w swoim referencjach mogą wykazać się realizacją przedmiotowych zakresów, dają identyczną gwarancję należytego wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia dopuszczenia do zamówienia wyłącznie wykwalifikowanych wykonawców, podana przez zamawiającego konfiguracja jest zbędna, a jej jedynym realnym skutkiem jest bezzasadne ograniczenie dostępu do zamówienia

5

podmiotom profesjonalnym, co przekłada się wydatnie na obniżenie poziomu konkurencyjności i może wpływać na wzrost cen.

Odwołujący podkreślił, że na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat na rynku budowlanym branży odpadowej z powodzeniem swoje usługi świadczy wiele podmiotów, które są w stanie sprostać inwestycji planowanej przez zamawiającego. Wskazany stan rzeczy potwierdza sam Zamawiający, który jako kryterium oceny ofert wprowadził innowacyjność projektową i produktową, co obejmuje także instalację odprowadzania odcieków i wód gruntowych. Nieodzownym wnioskiem płynącym z faktu zestawienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu z dopuszczeniem składania ofert zawierających różne rozwiązania w stosunku do opisu tego warunku, jest brak konsekwencji zamawiającego, co natomiast poddaje w wątpliwość zasadność jego wprowadzenia.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na posiedzeniu wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że postawiony warunek polegał na tym, by w skład wykonanych robót wchodziły alternatywnie: roboty ziemne albo drenaże pod i nadfoliowe albo pompownie i uszczelnienia dna i skarp folii. Wskazał, że zapis umożliwia odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu. Jest spójny technicznie i technologicznie. Wniosek odwołującego spowodowałby zawężenie kręgu wykonawców mogących wsiąść udział w postępowaniu i interes zamawiającego zostałby naruszony.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Jego przedmiotem są roboty budowlane o wartości zamówienia mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

W sekcji III pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, wskazał że:

„Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, jeżeli Wykonawca spełni warunek i

wykaże, że

a) wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- dla części zamówienia nr 1 - 3 roboty budowlane, instalacyjne i uszczelniające dno i skarpy folią, o wartości robót co najmniej 500 000,00 zł brutto każda. Roboty te w swoim zakresie powinny zawierać 3 roboty, w skład których wchodzi: roboty ziemne, drenaże pod i

6

nadfoliowe, pompownie i uszczelnienia dna i skarp folią przy budowie kwater składowiska odpadów”,

- podczas gdy wymagany zakres robót dotyczy wykazania się wybudowaniem 3 kwater składowisk odpadów, w skład których wchodzi realizacji podwójnego drenażu, to jest pod i nadfoliowego wraz z pompownią.

W dniu 7 kwietnia 2017 r. jeden z wykonawców zadał pytanie, czy roboty powinny zawierać wszystkie wyszczególnione prace oraz czy muszą te roboty ewidentnie być wykonane przy budowie kwater składowiska odpadów.

W dniu 10 kwietnia 2017 r. zamawiający odpowiedział, iż „na potwierdzenie wykonania 3 robót budowlanych, instalacyjnych i uszczelniających dno i skarpy folią, stanowiących odrębne zadania o wartości robót co najmniej 500 tys. zł brutto każda, w skład których wchodzi roboty ziemne, drenaże pod i nadfoliowe, pompownie i uszczelnienia dna i skarp folią przy budowie kwater składowiska odpadów, Wykonawca musi złożyć referencje, w których należy podać te prace, które były wykonywane przy budowie kwater składowiska odpadów w okresie ostatnich 5 lat.”

Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na 13 kwietnia 2017 roku. Termin ten nie został zmieniony pomimo wniesienia odwołania. W postępowaniu zostały złożone 3 wnioski. Odwołujący nie złożył wniosku. W dniu posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający był w trakcie oceny wniosków. Zamawiający wezwał wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, 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

7

zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych

8

warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).

Ustawodawca określił, iż 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 zdolnością.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. 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.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie S. S. i C. s. e.S. przeciwko C. d. M. (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady

a więc w Traktacie proporcjonalności, ograniczania konkurencji gwarantowanej ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla

osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C. SA przeciwko I. N. d. G. S. (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż analiza treści sekcji III pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu pozwala na wniosek, iż zamawiający – niezależnie od własnych intencji – ustalił sporny warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winni wykazać się wykonaniem 3 robót o wskazanej wartości, które zakresem swym obejmowały roboty ziemne, drenaże pod i nadfoliowe, pompownie i uszczelnienia dna i skarp folią przy budowie kwater składowiska odpadów. Z redakcji wskazanego zapisu ogłoszenia wynika, iż każda z wykonanych robót winna była zawierać wszystkie wskazane przez zamawiającego czynności.

O konieczności łącznego spełnienia przez wykonawców warunków określonych w sekcji III pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu przesądza użycie przez zamawiającego przecinka pomiędzy wskazanymi robotami, których zrealizowania zamawiający wymaga. Konieczność zrealizowania wszystkich wskazanych czynności w ramach każdej wykonanej roboty wynika z tego, iż pomiędzy tymi czynnościami został użyty funktor koniunkcji. Zgodnie z poglądami przyjętymi w doktrynie, spójnikami koniunkcji są głównie wyrażenia „oraz”, „lecz”, „a także”, „i”, natomiast w tekstach odpowiednikiem koniunkcji jest często przecinek (Logika dla prawników, red. Andrzej Malinowski, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 97). Koniunkcja nazywana jest związkiem współprawdziwości dwóch zdań, bowiem zdanie połączone za pomocą funktora koniunkcji jest tylko wtedy prawdziwe, gdy zakresy połączone funktorem koniunkcji są prawdziwe. Ponadto dla analizy właściwości logicznej wypowiedzi będącej zdaniem złożonym połączonym za pomocą takiego funktora koniunkcji nie ma znaczenia, czy pomiędzy połączonymi funktorem zdaniami występuje jakiegokolwiek związek logiczny, jednakże w mowie potocznej zazwyczaj wiążą się ze sobą za pomocą tego funktora zdania powiązane treściowo.

W ocenie odwołującego tak sformułowany warunek jest warunkiem nadmiernym i niemożliwym do spełnienia. Odwołujący zaproponował inne brzmienie warunku, które z kolei zamawiający ocenił jako nadmierne i naruszające zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do zasady, należy zgodzić się z odwołującym, iż warunek w jego dosłownym brzmieniu, narusza wskazane w odwołaniu przepisy oraz opisaną wyżej zasadę proporcjonalności. W tym zakresie jednak nie ma sporu pomiędzy stronami, albowiem istotą sporu okazało się nie brzmienie warunku, lecz jego rozumienie przez zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2017 roku zamawiający oświadczył, iż przedmiotowy warunek należy tak interpretować, że w skład wykonanych robót mają wchodzić alternatywnie: roboty ziemne albo drenaże pod i nadfoliowe albo pompownie i uszczelnienia dna i skarp folii. W ocenie Izby taka interpretacja nie wynika z brzmienia spornego warunku. Jeżeli intencją zamawiającego było takie określenie warunku, jakie przedstawił na rozprawie, winien był ten warunek sformułować w taki sposób, by pomiędzy wskazanymi czynnościami występował jeden ze spójników: „lub”, „bądź”, „albo”. Taka redakcja zapisu oznaczałaby, że koniecznym, a zarazem wystarczającym do spełnienia postawionego warunku będzie wykazanie przez wykonawcę wykonania 3 robót, z których każda obejmować będzie przynajmniej jedną ze wskazanych czynności.

Powyższe wynika również z wyrażonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908) zaleceniami co do redagowania aktów prawnych, w tym z przepisem § 6, stosownie do którego przepisy ustawy redaguje się tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla

adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy oraz § 7 *in principio*, który stanowi, że zdania w ustawie redaguje się zgodnie z powszechnie przyjętymi regułami składni języka polskiego.

Wyrażona w § 6 zasada precyzji w redagowaniu przepisów prawnych oznacza, że przepisy prawne powinny być tak zredagowane, by adresaci przepisów nie mieli wątpliwości co do tego, jaką regułę postępowania wyznacza dany przepis, a organy, które będą go stosowały, nie miały wątpliwości co do interpretacji tego przepisu.

Z przywołanego zaś przepisu § 7 *in principio* wynika, że język prawny jest odmianą naturalnego języka potocznego. Stąd też odnoszą się do niego wszystkie reguły dotyczące języka potocznego, a uzupełniają je dodatkowe reguły odnoszące się tylko do języka prawnego. Od języka potocznego język prawny nie różni się pod względem składni (natomiast różni się pod względem semantyki).

Podkreślenia wymaga, iż interpretacja spornego warunku była problematyczna również dla innych wykonawców. Jeden z nich zadał zamawiającemu precyzyjne pytanie,

11

czy wykonane roboty mają zawierać wszystkie wymienione prace. Odpowiedź zamawiającego nie była odpowiedzią na zadane pytanie. Dotyczyła ona konieczności złożenia referencji, o co wykonawca nie pytał.

Wbrew żądaniu odwołującego, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania modyfikacji o konkretnie sprecyzowanej treści, ograniczając się do określenia zasad, jakimi ma kierować się zamawiający przy opisie warunku. W szczególności Izba nie uwzględniła żądania odwołującego domagającego się modyfikacji warunku w sposób opisany w odwołaniu. Uczynienie zadość żądaniu odwołującego stanowiłoby ograniczenie udziału w postępowaniu w porównaniu z tym, co wynikało z intencji zamawiającego. Z drugiej jednak strony intencje te nie zostały w sposób jasny i precyzyjny wyrażone, co z kolei ograniczyło w sposób nieuprawniony udział w postępowaniu nie tylko odwołującemu, ale – być może – innym wykonawcom, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, lecz nie spełniali postawionego przez zamawiającego warunku.

Podkreślenia wymaga, iż to zamawiający jest uprawniony i obowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu. Izba nie może zamawiającego w tym zastępować. Może jedynie kontrolować czynności zamawiającego w tym zakresie. Z uwagi na fakt, iż istotą sporu okazało się być nie brzmienie warunku, lecz jego odmienna interpretacja przez strony postępowania, za co odpowiedzialność ponosi zamawiający, Izba nakazała modyfikację warunku zgodnie z zasadami wskazanymi w sentencji orzeczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

12