

Sygn. akt: KIO 4369/24

## WYROK

Warszawa, dnia 12.12.2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 22 listopada 2024 r. przez wykonawcę EKOBIX S.A. z siedzibą w Wiśniówce, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego EKOBIX S.A. z siedzibą w Wiśniówce na rzecz ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 4369/24

### Uzasadnienie

Energa – Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, dalej jako „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 110/15 kV Kocborowo wraz z jej powiązaniem z siecią WN 110kV i SN 15kV”, nr postępowania: P/3/0030/2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 5 września 2024 r. pod numerem 532865-2024.

W dniu 22 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy EKOBIX S.A. z siedzibą w Wiśniówce, dalej jako: „Odwołujący”, wobec treści zmiany nr 4 SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) w pkt 1.2.1 dodano słowa „o wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) każda”, co doprowadziło do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj. polegającego na żądaniu wykonania w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych o wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł netto każda, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN wykonanej w technologii GIS, co przy powiązaniu w pktach 1.2.1. (1) – (3) tego wymogu z koniecznością zrealizowania budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS wraz z dostawą urządzeń, czyni ten warunek nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w sytuacji gdy większość robót tego typu realizowanych jest w oparciu o urządzenia dostarczane przez zamawiających (inwestorów). Biorąc pod uwagę, że tylko sama rozdzielnica wykonana w technologii GIS kosztuje ok. 7 500 000,00 netto, a pozostałe urządzenia niezbędne do wykonania robót np. transformatory WN/SN wynoszą ok. 6 000 000 zł netto (komplet), a rozdzielnica średniego napięcia ok. 3 000 000 zł netto, to określenie w/w wymogu realizowania 2 robót o wartości 10 000 000,00 zł netto wraz z dostawą urządzeń, w sposób nieuprawniony wyklucza z możliwości złożenia ofert w przetargu podmioty, które zrealizowały roboty polegające na budowie stacji elektroenergetycznej WN/SN

wykonanej w technologii GIS, w oparciu o urządzenia własne Zamawiającego,

2) w pkt 1.2.1 (1) dodano słowa „wraz z dostawą urządzeń”, „i systemem telemechaniki”, „lub przebudowy polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy WN na nową wykonaną w technologii GIS (minimum 5 kompletne pola 110 kV wraz z obwodami wtórnymi i systemem telemechaniki każde) wraz z dostawą urządzeń” co doprowadziło do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj. polegającego na żądaniu wykonania w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych o wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł netto każda, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN wykonanej w technologii GIS, co przy powiązaniu w pktach 1.2.1. (1) – (3) tego wymogu z koniecznością zrealizowania budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS wraz z dostawą urządzeń, czyni ten warunek nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w sytuacji gdy większość robót tego typu realizowanych jest w oparciu o urządzenia dostarczane przez zamawiających. Biorąc pod uwagę, że tylko sama rozdzielnica wykonana w technologii GIS kosztuje ok. 7 500 000,00 netto, a pozostałe urządzenia niezbędne do wykonania robót np. transformatory WN/SN wynoszą ok 6 000 000 zł netto (komplet), a rozdzielnica średniego napięcia ok. 3 000 000 zł netto, to określenie w/w wymogu zrealizowania 2 robót o wartości 10 000 000,00 zł netto wraz z dostawą urządzeń, w sposób nieuprawniony wyklucza z możliwości złożenia ofert w przetargu podmioty, które zrealizowały roboty polegające na budowie stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS, w oparciu o urządzenia własne Zamawiającego;

3) w pkt 1.2.1 (3) dodano słowa „wraz z dostawą urządzeń lub przebudowy polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy SN na nową (minimum 16 kompletnych pól SN ) wraz z dostawą urządzeń” co doprowadziło do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj. polegającego na żądaniu wykonania w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych o wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł netto każda, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN wykonanej w technologii GIS, co przy powiązaniu w pktach 1.2.1. (1) – (3) tego wymogu z koniecznością zrealizowania budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS wraz z dostawą urządzeń, czyni ten warunek nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w sytuacji gdy większość robót tego typu realizowanych jest w oparciu o urządzenia dostarczane przez zamawiających. Biorąc pod uwagę, że tylko sama rozdzielnica wykonana w technologii GIS kosztuje ok. 7 500 000,00 netto, a pozostałe urządzenia niezbędne do wykonania robót np. transformatory WN/SN wynoszą ok 6 000 000 zł netto (komplet), a rozdzielnica średniego napięcia ok. 3 000 000 zł netto, to określenie w/w wymogu zrealizowania 2 robót o wartości 10 000 000,00 zł netto wraz z dostawą urządzeń, w sposób nieuprawniony wyklucza z możliwości złożenia ofert w przetargu podmioty, które zrealizowały roboty polegające na budowie stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS, w oparciu o urządzenia własne Zamawiającego,

4) w pkt 1.2.1 poprzez zmianę postanowień tego punktu i nadanie mu brzmienia „Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN zrealizowanej na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej” co doprowadziło do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, tj. polegającego na żądaniu, aby wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN prace co najmniej jednokrotnie były realizowane na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej, co czyni ten warunek nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, bowiem powoduje, że roboty dla wykazania doświadczenia mogą być realizowane wyłącznie dla bardzo wąskiej grupy odbiorców tj. operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych w sytuacji gdy wystarczające do oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców jest wykazanie, że roboty budowlane w zakresach wskazanych w punktach 1.2.1 ppk. (1) – (3) dotyczyły stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej, co nie doprowadziłoby do drastycznego zawężenia potencjalnych wykonawców a jednocześnie zabezpieczyłoby interesy Zamawiającego, bowiem dla wykazania zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy legitymowałiby się wybudowaniem/przebudowaniem stacji WN/SN w technologii GIS, pracującej w sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej, co byłoby wystarczającą gwarancją dla Zamawiającego, że wykonawca posiada doświadczenie w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia. Skoro bowiem stacje te musiałyby pracować w sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej to oczywistym jest, że musiałyby spełniać wymogi sieci Zamawiającego,

- co doprowadziło do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy. Wprowadzenie zmian nr 4 SWZ ma takie konsekwencje, że w sposób zdecydowany została ograniczona liczba potencjalnych oferentów, w sytuacji gdy z uwagi na charakter przedmiotu przetargu takie ograniczenia nie mają uzasadnienia.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ w sposób zaproponowany w treści odwołania.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł następujące żądanie:

- nakazanie Zamawiającemu aby w treści warunków udziału w postępowaniu określonego w Rozdział XIII Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 1.2.1 (3) słowa „Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN zrealizowanej na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej” zamienił na słowa „Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej”.

#### Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zdaniem Odwołującego zmiana SWZ nr 4 doprowadziła do sformułowania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, tj. żądania, aby wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN prace co najmniej jednokrotnie były realizowane na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej, co czyni ten warunek nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, bowiem powoduje, że roboty dla wykazania doświadczenia mogłyby być realizowane tylko dla bardzo wąskiej grupy odbiorców tj. operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, w sytuacji gdy wystarczające do oceny zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie, że wykonane roboty budowlane dotyczyły stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej, co nie doprowadziłoby do drastycznego zawężenia potencjalnych wykonawców a jednocześnie zabezpieczone byłyby interesy Zamawiającego.

Dla wykazania zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wystarczające jest wykazanie, że wykonane stacje WN/SN pracowały/pracują w sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej, co jest wystarczającą gwarancją dla Zamawiającego, że wykonawca posiada doświadczenie w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy, odnosząc się do powyższych zmian, że za wystarczające do dokonania obiektywnej oceny zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia przy uwzględnieniu podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasady proporcjonalności byłoby pozostawienie zapisów SWZ w brzmieniu sprzed 4 zmiany tj. wymaganie od wykonawców doświadczenia w postaci budowy lub przebudowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS o parametrach wskazanych w pkt 1.2.1. pkt 1 – 3, bez powiązywania z koniecznością ich realizacji na rzecz przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego.

Za wystarczające winno być przyjęcie, aby roboty budowlane w zakresie określone w 1.2 ppkt 1-3 Rozdziału XIII SWZ były zrealizowane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej. Nie ma bowiem żadnych obiektywnych powodów do wymagania od wykonawców celem oceny ich zdolności technicznej lub zawodowej aby zrealizowane przez nich roboty były wykonywane wyłącznie na rzecz przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego. Zauważyć bowiem należy, że nie ma znaczenia w tym zakresie czy prace będą wykonane dla przedsiębiorstwa dystrybucyjnego czy przesyłowego skoro w konsekwencji przedmiot robót objętych niniejszym zamówieniem będzie musiał pracować w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej. Bez znaczenia zatem, dla oceny zdolności technicznych i zawodowych, ma to dla jakiego podmiotu roboty objęte przedmiotem zamówienia były realizowane bowiem i tak muszą one spełniać wymogi przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego bowiem muszą być włączone do sieci aby mogły realizować cel dla jakiego zostały wybudowane.

W konsekwencji skoro wykonawca zrealizował roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę stacji WN/SN z każdego zakresów wymienionych w pkt 1.2.1. ppkt (1) – (3) dla podmiotu innego niż operator sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej to doświadczenie nabyte w realizacji tych robót pozwala na pozytywną ocenę, że legitymuje się on odpowiednią zdolnością techniczną lub zawodową dla realizacji tego zamówienia również dla operatora sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej.

Wprowadzenie zmian nr 4 SWZ ma takie konsekwencje, że w sposób zdecydowany została ograniczona liczba potencjalnych oferentów, w sytuacji gdy z uwagi na charakter przedmiotu przetargu takie ograniczenia nie mają uzasadnienia, co zostało wyżej szczegółowo wykazane.

Odwołujący dodał, iż w przetargu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Budowa stacji transformatorowo-rozdzielczej 110/15 kV Politechnika wraz z jej powiązaniem z siecią WN 110kV i SN 15kV” (postępowanie P/3/0024/2024) w którym warunki udziału w tym postępowaniu, dla budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS zostały określone w sposób jak przed zmianą nr 4 SWZ, swoje oferty złożyło tylko 6 oferentów i żadna z ofert nie zmieściła się w budżecie Zamawiającego. Wprowadzenie wymogów jak ze zmiany nr 4 SWZ i ogłoszenia oraz wyjaśnienie treści SWZ spowoduje, że wpłynie jeszcze mniejsza liczba ofert co negatywnie wpłynie na zachowanie konkurencyjności i może spowodować jeszcze większy wzrost oferowanych przez wykonawców kwot za zrealizowanie zamówienia.

Podobna sytuacja ma miejsce w postępowaniu nr: P/3/0029/2024 Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Przebudowa stacji elektroenergetycznej 110/15kV GPZ Cedry”, gdzie również Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu jak przez zmianą 4 SWZ. Dlatego też całkowicie nieuzasadnione i nieproporcjonalne jest dokonywanie zmiany SWZ jak w 4 zmianie SWZ.

Tymczasem w sytuacji gdy w postępowaniu nr P/7/0026/2024 Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Budowa stacji elektroenergetycznej WN/SN 110/15 kV GPZ Piątek, nie wprowadza takich warunków jak w 4 zmianie do SWZ (tj. brak obowiązku wykazania się dostawami materiałów, czy też robotami realizowanymi na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej), to niewątpliwie sprzyja to konkurencyjności postępowania.

Z informacji z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: wykonanie robót budowlano- montażowych dla zadania „Budowa stacji elektroenergetycznej 110/15 kV GPZ Piątek” nr P/7/0026/2024 ofertę złożyło aż 20 podmiotów, kwota którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia mieści się w złożonych ofertach.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

#### Stanowisko Zamawiającego:

W zakresie zarzutu nr 1-3 Zamawiający wskazał na zmiany postanowień SWZ, wnosząc o umorzenie postępowania w tej części.

Z kolei w zakresie zarzutu nr 4 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazywał, że konieczność modyfikacji SWZ wynikała z uzyskania przez Zamawiającego świadomości, że możliwe jest interpretowanie przez wykonawców dotychczasowego brzmienia warunku jako pozwalającego na legitymowanie się doświadczeniem w całości zdobytym w ramach umów realizowanych na rzecz podmiotów innych niż operator/operatorzy sieci przemysłowej lub dystrybucyjnej.

Powyższe wynika z tego, że zamówienia realizowane dla operatorów sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych wykazują się określoną specyfiką, standardami i wymogami obowiązującymi u tych operatorów, wynikającymi ze szczególnych potrzeb oraz obowiązujących regulacji prawnych, i odbiegają od tych wykonywanych na rzecz innych podmiotów. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, istnieją zatem obiektywne powody wymagania od wykonawców posiadania doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu robót dot. stacji WN/SN dla przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego. Dla Zamawiającego istotne znaczenie ma odbiorca wykonanych prac – fakt, że roboty musiałyby spełniać wymogi przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego nie oznaczałoby, że miałyby one ten sam charakter, stopień skomplikowania i zakres.

Wobec powyższego, przedmiotowe wymaganie nie jest wymaganiem nadmiarowym, abstrahującym od uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że wystarczające dla oceny posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej byłoby legitymowanie się doświadczeniem wyłącznie na rzecz innych podmiotów. Nie jest to bowiem doświadczenie tożsame z doświadczeniem zdobywanym w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN na rzecz/dla operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej (nie powinno być one utożsamiane i traktowane jednakowo).

W ocenie Zamawiającego sformułowanie wymogu, aby przynajmniej jednokrotnie zakres wymagany w Rozdziale XIII pkt 1.2.1 SWZ był zrealizowany na rzecz/dla operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej nie jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jest to uzasadnione interesem Zamawiającego, związanym przede wszystkim ze specyfiką zamówienia będącego przedmiotem Postępowania czy też choćby faktem, iż sieć elektroenergetyczna jest elementem infrastruktury krytycznej niezbędnej do funkcjonowania gospodarki i państwa, i nie

ogranicza nadmiernie konkurencji. Dodatkowo, należy mieć na uwadze, że Zamawiający – właśnie celem nieograniczania konkurencji - nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań (co wyłączałoby choćby możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich).

Powyższe winno prowadzić do wniosku, że kwestionowany warunek jest w istocie określeniem minimalnego poziomu zdolności – takiego, który jest niezbędny do ochrony interesów Zamawiającego, a jednocześnie zapewniającego uczciwą konkurencję. Ostatecznie, nie sposób uznać, że wymaganie przez Zamawiającego realizacji przynajmniej jednej roboty/zamówienia na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej (których w Polsce jest pięć, a ich sieci – bardzo wiele) miałyby w sposób „drastyczny” bądź „zdecydowany”, jak utrzymuje Odwołujący, ograniczyć liczbę wykonawców, zwłaszcza, że rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia nie dotyczy nietypowych, rzadko występujących robót.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba stwierdziła przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, w części dotyczącej zarzutów nr 1 – 3. Zamawiający zwrócił uwagę na zmiany SWZ jakie miały miejsce. Chodzi o zmiany nr 6 z dnia 2 grudnia 2024 r. Z tych zmian wynika, że de facto Zamawiający zadośćuczynił żądaniom odwołania w zakresie 3 pierwszych zarzutów, tj. wykreślił warunek dotyczący wartości robót oraz wykreślił słowa „wraz z dostawą urządzeń” w podpunktach 1 i 3. W związku z powyższym brak jest substratu zaskarżenia. Słusznie wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Izba może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP. Na moment wniesienia odwołania i po jego wniesieniu musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie substratem zaskarżenia – zgodnie z treścią odwołania – była bez wątpienia czynność Zamawiającego zakomunikowana w dniu 12 listopada 2024 r., polegająca na zmianie brzmienia Rozdziału XIII (Warunku udziału w postępowaniu) pkt 1.2.1., m.in. w zakresie wprowadzenia wymogu dot. wartości robót budowlanych czy też wymogu posiadania doświadczenia w zakresie dostawy urządzeń. Tymczasem po wniesieniu przez Odwołującego odwołania Zamawiający zrezygnował z większości wymagań wprowadzonych zaskarżoną przez Odwołującego zmianą SWZ nr 4 zakomunikowaną dnia 12 listopada 2024 r.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Strony zgłaszały również wnioski o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W przypadku, w którym określony dowód Izba uznawała za mający znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w treści uzasadnienia.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Na poczet niniejszego postępowania należy jedynie przywołać treść kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu przed i po zmianie.

Treść warunku przed zmianą nr 4 do SWZ:

*„1.2.1. wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN z każdego z wymienionych zakresów:*

*(1) budowy lub przebudowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS (minimum 5 kompletne pola 110 kV wraz z obwodami wtórnymi każde);*

*(2) budowy lub przebudowy linii kablowych 110 kV zasilających stacje elektroenergetyczne WN/SN o długości co*

najmniej 100 m każda;

(3) budowy lub przebudowy rozdzielnicy SN o napięciu co najmniej 15 kV (minimum 16 kompletnych pól SN o napięciu co najmniej 15 kV).

Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN pracującej w sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej."

Treść warunku po zmianie nr 4 do SWZ:

1.2.1. wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane o wartości netto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) każda, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN z każdego z wymienionych zakresów.

(1) budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS wraz z dostawą urządzeń (minimum 5 kompletne pola 110 kV wraz z obwodami wtórnymi i systemem telemechaniki każde) lub przebudowy polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy WN na nową wykonaną w technologii GIS 3

(minimum 5 kompletne pola 110 kV wraz z obwodami wtórnymi i systemem telemechaniki każde) wraz z dostawą urządzeń;

(2) budowy lub przebudowy linii kablowych 110 kV zasilających stacje elektroenergetyczne WN/SN o długości co najmniej 100 m każda;

(3) budowy rozdzielnicy SN o napięciu co najmniej 15 kV (minimum 16 kompletnych pól SN o napięciu co najmniej 15 kV) wraz z dostawą urządzeń lub przebudowy polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy SN na nową (minimum 16 kompletnych pól SN ) wraz z dostawą urządzeń.

Zakresy wskazane w pkt 1-3 mogą być zrealizowane w ramach jednej lub wielu umów.

Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN zrealizowanej na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej."

Treść warunku po zmianie nr 6 do SWZ:

„1.2.1. wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 zamówienia, których zakres obejmował budowę lub przebudowę stacji WN/SN z każdego z wymienionych zakresów.

(1) budowy stacji elektroenergetycznej WN/SN wykonanej w technologii GIS (minimum 5 kompletnych pól 110 kV wraz z obwodami wtórnymi i systemem telemechaniki w każdym polu) lub przebudowy stacji elektroenergetycznej WN/SN, polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy WN na nową wykonaną w technologii GIS (minimum 5 kompletnych pól 110 kV wraz z obwodami wtórnymi i systemem telemechaniki w każdym polu);

(2) budowy lub przebudowy linii kablowych 110 kV zasilających stacje elektroenergetyczne WN/SN o długości co najmniej 100 m każda;

(3) budowy rozdzielnicy SN o napięciu co najmniej 15 kV (minimum 16 kompletnych pól SN o napięciu co najmniej 15 kV) lub przebudowy rozdzielnicy SN o napięciu co najmniej 15 kV, polegającej na wymianie istniejącej rozdzielnicy SN na nową (minimum 16 kompletnych pól SN o napięciu co najmniej 15 kV).

Zakresy wskazane w pkt 1-3 mogą być zrealizowane w ramach jednej lub wielu umów.

Zamawiający wymaga, aby zakresy określone w pkt 1-3 co najmniej jednokrotnie zostały wykonane w ramach budowy lub przebudowy stacji WN/SN zrealizowanej dla operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej."

#### **Uzasadnienie prawne:**

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania, dostrzeżenia wymaga, iż granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu warunków umożliwiających ubieganie się o dane zamówienie stanowią zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności jako nadrzędne zasady

wyznaczone Prawem zamówień publicznych zapisane w art. 16 ustawy.

Szczególne znaczenie w kontekście formułowania warunków udziału w postępowaniu ma zasada proporcjonalności. Stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek takiego ich opisanie, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu (tak: KIO w wyroku z dnia 16 sierpnia 2019 r., KIO 1500/19).

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

W ocenie Izby takiej argumentacji Odwołujący w prowadzonym postępowaniu odwoławczym nie przedstawił. Postawiony zarzut tak naprawdę opiera jednej głównej okoliczności, tj. na twierdzeniu, że w innych postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia, inni zamawiający nie stawiali wymagań takich, jakie obowiązują w niniejszym postępowaniu. Z pewnością nie można wywodzić nadmierności ustalonego warunku w zestawieniu z brakiem warunków takiej treści w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W postępowaniach tych zamawiający każdorazowo podejmują autonomiczne decyzje dotyczące treści warunków udziału w postępowaniu i nie są one w żaden sposób wiążące dla obecnego Zamawiającego (podobnie: wyrok KIO z dnia 22 marca 2023 r., KIO 626/23). Również to, że obecny warunek jest zaostrożony wobec poprzedniego nie oznacza automatycznie, że jest on nieproporcjonalny. Nie można Zamawiającemu odmówić prawa do zaostrożania warunków udziału w postępowaniu. To Odwołujący powinien wykazać, że postawiony warunek jest nieproporcjonalny, czego zdaniem Izby nie uczynił.

Argumentacja odwołania w zakresie zarzutu nr 4 jest bardzo uboga. Tak naprawdę Odwołujący stawia pewne twierdzenie, którego w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnia. Zdaniem Odwołującego *bez znaczenia dla oceny zdolności technicznych i zawodowych, ma to dla jakiego podmiotu roboty objęte przedmiotem zamówienia były realizowane bowiem i tak muszą one spełniać wymogi przedsiębiorstwa przesyłowego lub dystrybucyjnego, gdyż muszą być włączone do sieci aby mogły realizować cel dla jakiego zostały wybudowane*. Twierdzenie to nie zostało w żaden sposób rozwinięte. Nie sposób uznać by Izba nakazywała Zamawiającemu zmianę warunków udziału w postępowaniu tylko dlatego, że zdaniem Odwołującego jest tak, jak wskazuje on w treści odwołania. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko w razie wykazania twierdzeń leżących u podstaw stawianych zarzutów. Samo przekonanie Odwołującego o słuszności jego stanowiska jest niewystarczające w kontekście reguł dowodowych postępowania odwoławczego.

Należy również dodać, że nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają okoliczności, na które zwracał uwagę Zamawiający. Po pierwsze, w ramach spornego warunku Zamawiający wymaga legitymowania się wykonaniem co najmniej 2 robót budowlanych o zakresach wskazanych w pkt 1-3. Natomiast ich wykonania na rzecz operatora sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej wymaga co najmniej jednokrotnie. Tym samym doświadczenie w realizacjach na rzecz innych podmiotów również może być wzięte pod uwagę przy weryfikowaniu spełniania ww. warunku. Po drugie, Zamawiający nie zastrzegł konieczności osobistego wykonania kluczowych części zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że Ustawa PZP przewiduje odpowiednie instrumenty, z których skorzystanie mogłoby pozwolić Odwołującemu na wykazanie stosownego doświadczenia, chodzi mianowicie o możliwość wspólnego

ubiegania się o udzielenie zamówienia czy też możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich.

Nie jest więc tak, że obecne brzmienie warunku, jak twierdził Odwołujący, ukierunkowane jest wyłącznie na wyeliminowanie go z możliwości złożenia oferty skoro doświadczenie, którym legitymuje się Odwołujący, również częściowo wpisuje się w obecną treść warunku.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonych przez siebie twierdzeń.

Wobec tego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....