

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Zakład Robót Górniczych Górrem Sp. z o.o. Sp. k. Ruda Śląska w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. Bytom** przy udziale uczestnika – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

po stronie odwołującego:

A.J.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZBR Budrem J.R. Bytom

B.Carbo – Tec sp. z o.o. Rybnik

C.Developer i Recykling sp. z o.o. Zabrze

po stronie zamawiającego:

1.P.U. Geocarbon sp. z o.o. Sosnowiec

2.Wyburzenia Silesia sp. z o.o. Czerwonka – Leszczyny

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:.....

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. Bytom (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Część I. Likwidacja szybu "Witold I" Część II. Likwidacja szybu "II" pompowni głębinowej "Grodziec" dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Oddział Centralny Zakład Odwadniania Kopalń, numer referencyjny: ZP-CZOK- 0011/24, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00394087 z 3 lipca 2024 roku (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 29 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Zakład Robot Górniczych Górrem Sp. z o.o. sp. k. Ruda Śląska (dalej: Odwołujący lub Górrem).

Po udostępnieniu w dniu 31 lipca 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w terminie 3 dni przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia po stronie odwołującego: J.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZBR Budrem J.R. Bytom, Carbo – Tec sp. z o.o. Rybnik oraz Developer i Recykling sp. z o.o. Zabrze a po stronie zamawiającego: P.U. Geocarbon sp. z o.o. Sosnowiec, Wyburzenia Silesia sp. z o.o. Czerwonka – Leszczyny(dalej również Przystępujący). Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwolujący wniósł odwołanie od dokonania przez Zamawiającego zmiany w dniu 22 lipca 2024 roku treści Warunku Udziału poprzez rozszerzenie okresu referencyjnego do ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1.art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) i ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415 ze zm.) (dalej: Rozporządzenie) poprzez określenie treści Warunku Udziału w sposób nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nieumożliwiający realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. poprzez rozszerzenie okresu referencyjnego do ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy działanie Zamawiającego nie ma na celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w Postępowaniu, co stanowi wyłączną przesłankę uprawniającą do wydłużenia okresu referencyjnego, gdyż odpowiedni poziom konkurencji w Postępowaniu jest zapewniony już przy podstawowym, pięcioletnim okresie referencyjnym, o którym mowa w Rozporządzeniu,
- 2.art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez określenie treści Warunku Udziału w sposób nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nieumożliwiający realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. poprzez rozszerzenie okresu referencyjnego do ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy działanie Zamawiającego jest podejmowane wyłącznie w celu umożliwienia udziału w Postępowaniu konkretnym wykonawcom, powołującym się na pojedyncze, przestarzałe doświadczenie, regularnie udostępniane im przez podmiot trzeci i z pominięciem sytuacji rynkowej, co stanowi o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia poprzez przywrócenie pierwotnego brzmienia pkt 8.1.2 ppkt 2) SWZ (oraz pkt 9.2. ppkt 3) SWZ) i przywrócenie okresu referencyjnego dla Warunku Udziału wynoszącego 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierali stanowiska strony, do której przystąpili.

Strony i uczestnicy powoływały się na dokumenty postępowania – SWZ.

Odwolujący przedłożył dodatkowo:

- wyciągi z protokołów postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonych wcześniej przez Zamawiającego ZP-II-0003/23, ZP-WII-003/23 oraz ZP-JIII-0001/24 na okoliczność tego, że działanie Zamawiającego w Postępowaniu nie jest odosobnionym przypadkiem i już wcześniej Zamawiający wydłużał okres referencyjny dla analogicznego warunku udziału do 10 lub 11 lat w oparciu o analogiczne do złożonego w Postępowaniu wnioski wykonawców i, że w postępowaniach, gdzie przedłużano okresy referencyjne udział brały między innymi dwie spółki: Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. Czerwionka-Leszczyny oraz Energokon-Plus Sp. z o.o. Sosnowiec, które wraz z ofertami każdorazowo przedkładały zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez ten sam podmiot trzeci tj. P.U. Geocarbon Sp. z o.o. Sosnowiec, obejmujące wykonany dawniej niż pierwotny okres referencyjny projekt referencyjny mający służyć wykazaniu spełnienia Warunku Udziału;

- opracowane przez Odwołującego zestawienie robót budowlanych polegających na „likwidacji szybu przez

zasypanie" z przykładowych postępowań Zamawiającego w latach 2016- 2023, których zrealizowanie stanowić może robotę referencyjną w ramach Postępowania, na okoliczność braku potrzeby rozszerzania okresu referencyjnego; w tym zakresie Izba uznała, że dowód wskazuje wyłącznie na istnienie potencjalnej możliwości nabycia doświadczenia w przypadku realizacji robót objętych danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że w ramach tych postępowań przedmiot zamówienia nie został zrealizowany przez Wyburzenia Silesia Sp. z o.o. Czerwionka-Leszczyny, Energokon-Plus Sp. z o.o. Sosnowiec, ani P.U.Geocarbon Sp. z o.o. Sosnowiec, lecz przez innych kilka podmiotów;

- wykaz robót budowlanych wraz z referencjami złożony przez Wyburzenia Silesia sp. z o.o. Czerwionka – Leszczyny w ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego w innym Postępowaniu wskazujące na poleganie przez tego wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego P.U. Geocarbon sp. z o.o. Katowice, który wykonał robotę referencyjną w 2013 r.

Zamawiający przedłożył dodatkowo:

- opracowane przez Zamawiającego zestawienie postępowań na likwidację szybów oraz innych przeprowadzonych w latach 2023-2024, w których większości Zamawiający przedłużył na wniosek okres referencyjny i takich w których okresu referencyjnego nie przedłużano, gdzie w większości postępowań gdzie okres referencyjny przedłużono ceny ofertowe były niższe lub zbliżone do szacunkowej a w tych w których okresu referencyjnego nie przedłużono ceny ofertowe były w większości postępowań wyższe od szacunkowych- na okoliczność zasadności przedłużania na wniosek okresu referencyjnego w sytuacji możliwości zwiększenia konkurencyjności i wpływu wydłużenia okresu referencyjnego na obniżenie ceny ofertowej wobec zwiększenia konkurencyjności.

Izba stwierdza, że zarzuty sprowadzały się do nie popartego dowodami twierdzenia o:

- wywołanym przedłużeniem okresu referencyjnego określeniu Warunku Udziału w sposób niemożliwiający Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i niemożliwiający realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości i

- zapewnieniu odpowiedniego poziomu konkurencyjności pięcioletnim okresie referencyjnym, o którym mowa w Rozporządzeniu i braku potrzeby jego przedłużenia z tej przyczyny

oraz dodatkowo:

- dokonaniu przedłużenia wyłącznie w celu umożliwienia udziału w Postępowaniu konkretnym wykonawcom, powołującym się na pojedyncze, przestarzałe doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (regularnie udostępnianego przez ten jeden podmiot trzeci) niedające rękami prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i z pominięciem sytuacji rynkowej, co stanowi naruszenie wskazanych przepisów Ustawy i Rozporządzenia. Odwołujący podkreślał tutaj, że przedłużanie okresu referencyjnego w celu umożliwienia składania ofert określonym wykonawcom świadczy o tym, że celem Zamawiającego nie jest „zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu" (co stanowi jedyną przesłankę do zastosowania § 9 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia i przedłużenia okresu referencyjnego), a wyłącznie dopuszczenie, aby to określone dwa konkretne podmioty mogły składać oferty w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, w oparciu o tożsame doświadczenie podmiotu trzeciego.

Zamawiający wskazywał, że każdorazowo po otrzymaniu wniosku o przedłużenie okresu referencyjnego analizuje sytuację rynkową w kontekście konkretnego przedmiotu zamówienia (w tym również stopnia jego skomplikowania i sposobu realizacji zamówienia a więc również aktualności ewentualnego doświadczenia) i w oparciu o nią dokonuje lub nie przedłużenia okresu referencyjnego oraz, że co do zasady stoi na stanowisku, że w postępowaniach, w których przewiduje się negocjacje, zwiększenie liczby wykonawców biorących udział w negocjacjach zwiększa

konkurencyjność postępowań i ceny ofertowe mogą być korzystniejsze dla Zamawiającego wobec udziału w negocjacjach większej liczby oferentów. Zamawiający wskazywał, że ze względu na przedmiot swojej działalności przeprowadzał wiele postępowań dotyczących likwidacji szybów kopalnianych przez zasypywanie i stąd posiada kompetencje do oceny, czy przedłużenie okresu referencyjnego zwiększy konkurencyjność nie powodując jednocześnie uszczerbku w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, co miało miejsce w niniejszym przypadku. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego wobec tego, że znajdowały oparcie w załączonych przez strony dowodach a Odwołujący nie przedłożył dowodów, które zaprzeczałyby tym okolicznościom.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników oddaliła zarzuty wobec nie wykazania przez Odwołującego twierdzeń, na których opierały się zarzuty tj. określenia treści Warunku Udziału w sposób niemożliwiający oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i niemożliwiający realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. poprzez rozszerzenie okresu referencyjnego do ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy działanie Zamawiającego nie ma na celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w Postępowaniu i jest podejmowane wyłącznie w celu umożliwienia udziału w Postępowaniu konkretnym wykonawcom, powołującym się na pojedyncze, przestarzałe doświadczenie, regularnie udostępniane im przez podmiot trzeci i z pominięciem sytuacji rynkowej.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestników, oparła się na dokumentacji Postępowania – SWZ oraz dowodach przedstawionych w toku postępowania odwoławczego (w zakresie opisanym powyżej przy wskazaniu dowodów oraz niżej przy ustaleniach faktycznych). Oceniając materiał dowodowy Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba stwierdza, że spór dotyczył oceny w świetle przepisów zachowania Zamawiającego przedłużenia okresu referencyjnego warunku udziału w Postępowaniu z 5 do 11 lat na wniosek jednego z wykonawców, podczas gdy uzasadnieniem faktycznym wniosku jest posiadanie przez jednego z wykonawców wyłącznie doświadczenia referencyjnego sprzed 11 lat, co umożliwia złożenie oferty samodzielnie lub w innej konfiguracji tylko w przypadku zmiany okresu referencyjnego na do 11 lat poprzedzających upływ terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ i dokumentami postępowania, co znajdowało również oparcie w wyjaśnieniach Odwołującego o Zamawiającego:

- 1.przedmiotem zamówienia jest w części I Postępowania likwidacja szybu „Witold I”, a w części II - likwidacja szybu „II” pompowni głębinowej „Grodziec” dla swojego oddziału w Czeladzi;
- 2.Zgodnie z pkt 8.1.2 ppkt 2) SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów, polegających na likwidacji szybu poprzez zasypanie materiałem zasypowym o łącznej wartości minimum dla Części I 1 500 000,00 zł brutto, dla Części II 1 000 000,00 zł brutto (zwany: Warunek Udziału).
- 3.Zamówienie objęte Postępowaniem ma charakter specjalistyczny i Zamawiający wymaga spełnienia warunku w postaci dysponowania osobami do realizacji zamówienia, które będą posiadać stosowne kwalifikacje branżowe (zgodnie z pkt 8.1.2 ppkt 1) SWZ, wykonawca powinien utworzyć zespół co najmniej 11 osób, dysponujących 8 odmiennymi kwalifikacjami), czy poprzez obowiązek odbycia wizji lokalnej (zgodnie z pkt 4.4 SWZ));
- 4.W dniu 22 lipca 2024 roku Zamawiający opublikował wnioski oraz wyjaśnienia treści SWZ:
 - a.Jeden z wykonawców wnioskował, aby okres referencyjny Warunku Udziału został rozszerzony do ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert, wniosek wykonawcy został umotywowany wyłącznie poprzez lakoniczne wskazanie, że jest on składany „w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Stanowi to kopię treści § 9 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia;
 - b.Jeden z wykonawców wnioskował o rozszerzenie liczby wykonawców dopuszczonych do negocjacji z maksymalnie 5 wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu najwyżej ocenionych wg kryterium z pkt 22 SWZ na do maksymalnie dziesięciu bez umotywowania wniosku; Zamawiający przychylił się do tej prośby i dokonał zmiany treści SWZ w sposób oczekiwany przez wykonawcę, rozszerzając maksymalną liczbę wykonawców do 10 okres referencyjny Warunku Udziału do 11 lat.

Dalej Izba ustaliła w oparciu o dowody przedłożone przez strony oraz ich wyjaśnienia, że:

- 5.Zamawiający jest podmiotem, który od lat regularnie udziela zamówień podobnych do objętego Postępowaniem tj. na likwidację szybów poprzez zasypanie materiałem zasypowym;

6. Wykonawcy mają możliwość zdobycia doświadczenia przy realizacji projektu, którego przedmiotem jest likwidacja szybu poprzez zasypanie materiałem zasypowym między innymi u Zamawiającego w przypadku wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej;
7. W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert Zamawiający udzielił ponad 10 zamówień, które odpowiadają wymaganiom sformułowanym w pierwotnym Warunku Udziału;
8. Udzielone przez Zamawiającego zamówienia na likwidację szybów poprzez zasypanie materiałem zasypowym realizowali różni wykonawcy wywodzący się jednak z jednego ograniczonego do kręgu kilku podmiotów składających oferty w ramach różnie skonfigurowanych konsorcjów (co Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego opartym na zestawieniach Zamawiającego i Odwołującego, którym skutecznie nie zaprzeczył Odwołujący);
9. W ramach kilku postępowań na udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego na likwidację szybu przez zasypanie materiałem zasypowym oferty składali również wykonawcy wykazujący posiadanie doświadczenia robotą referencyjną wykonaną w 2013 r. przez P.U. Geocarbon sp. z o.o. Sosnowiec, który udostępnił im w tym zakresie zasoby; w żadnym z tych postępowań oferta tych podmiotów nie była najkorzystniejsza i nie została wybrana;
10. Zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia na różne przedmioty zamówienia, w tym także obejmujące likwidację szybów poprzez zasypanie materiałem zasypowym, formułuje warunki udziału z okresami referencyjnymi na różne okresy;
11. Zamawiający w Postępowaniu podobnie jak w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego po otrzymaniu wniosku analizuje wniosek, biorąc pod uwagę warunki rynkowe oraz techniczne skomplikowanie realizacji przedmiotu zamówienia oraz wpływ przedłużenia okresu zdobytego doświadczenia na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia i podejmował decyzję o przedłużeniu lub nie okresu referencyjnego i ewentualnym zwiększeniu liczby wykonawców dopuszczonych do negocjacji; przy podejmowaniu decyzji Zamawiający bierze pod uwagę fakt, że wydłużenie okresu referencyjnego zwiększające liczbę potencjalnych wykonawców nawet o jeden z góry określony podmiot może wpłynąć pozytywnie na konkurencyjność postępowania poprzez zwiększenie liczby wykonawców dopuszczonych do negocjacji, na co wskazuje analiza prowadzonych przez niego postępowań z dłuższymi okresami referencyjnymi (także przedłużonymi na wniosek) w których ceny oferty wybranej były zbliżone do wartości szacunkowych, podczas gdy w postępowaniach z ograniczonym do podstawowego przewidzianego Rozporządzeniem okresem referencyjnego ceny oferty najkorzystniejszej w większości przypadków przekraczały szacunkową wartość zamówienia (powyższe Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego popartym dowodami złożonymi przez strony);
12. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nie różni się technologicznie od sposobu realizacji podobnych zamówień realizowanych na przestrzeni ostatnich 11 lat (powyższe Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego i przystępujących po stronie zamawiającego popartych dowodami złożonymi przez strony, również wobec okoliczności, że w poprzednich postępowaniach oferty wykonawców z doświadczeniem referencyjnym starszym niż 5 lat nie były odrzucane ze względu na nieaktualność doświadczenia, jednocześnie Odwołujący nie przedstawił, poza własnymi twierdzeniami, dowodów na dezaktualizację doświadczenia wobec zmiany technologii realizacji przedmiotu zamówień lub uwarunkowań prawnych, których zakres poddawałby choćby pod wątpliwość zdolność wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku nabycia doświadczenia w okresie większym niż 5 lat).

Reasumując Izba ustaliła, opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego i przystępujących po stronie zamawiającego, znajdujących oparcie w złożonych przez strony dowodach, że zmiana okresu referencyjnego uzasadniona była i miała na celu zwiększenie konkurencyjności Postępowania poprzez dopuszczenie do udziału większej liczby wykonawców w tym określonego podmiotu, który bez zmiany okresu referencyjnego nie spełniałby Warunku Udziału. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał twierdzeń odwołania, w tym także niedopuszczalności w świetle przepisów przedłużenia okresu referencyjnego zgodnie z wnioskiem wykonawcy tak by potencjalnie dopuścić możliwość złożenia przez wykonawcę oferty w Postępowaniu, co przecież nie wyklucza możliwości składania ofert przez innych potencjalnych wykonawców legitymujących się wymaganym doświadczeniem. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 17 Pzp: 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2)

uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie z art. 112 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z § 9 Rozporządzenia ust. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1)

wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; (...) ust. 4 W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat (...).

Tym samym zamawiający posiada swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, w sposób uwzględniający jego potrzeby i oczekiwania. Warunki udziału w postępowaniu winny być ukształtowane w sposób proporcjonalny, tj. uzasadniony wartością zamówienia, jego charakterystyką złożonością warunkami i zakresem. Każdorazowo określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien mieć na względzie osiągnięcie celu, jakim dane warunki służą to jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia i dającego rękojmię jego należytego wykonania. W ocenie Izby w świetle powyższych przepisów zamawiający ma prawo dostosować warunki udziału do specyfiki zamówienia, w tym wydłużyć okres referencyjny, jeśli uzna, że jest to konieczne. Zasada proporcjonalności oznacza nakaz stosowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych. Jak wskazuje TSUE warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności (przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile editi Srl v. Comune di Milano), gdzie podkreśla się negatywną przesłankę zachowania zasady proporcjonalności, którą jest zakaz czynności ograniczającej konkurencję, co rozumiane winno nakaz oceny czy przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu zachowana jest proporcjonalność a ewentualne ograniczenia konkurencji powinny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie niezbędnym do osiągnięcia celów danego zamówienia Skoro Zamawiający nie ogranicza modyfikacją SWZ kręgu wykonawców (nie powoduje bardziej restrykcyjnych wymagań zawężających konkurencję), ale rozszerza ten krąg, co skutkuje większą potencjalną konkurencyjnością postępowania to czynności nie sposób uznać jako nadmiernej. Nie dezawuuje tego wniosku także potencjalny motyw zachowania zamawiającego, jakim jest uczynienie zadość wnioskowi wykonawcy, który umożliwi mu potencjalnie złożenie oferty w danym postępowaniu. Takie rozumienie zasady proporcjonalności oraz skorelowanego z nią brzmienia przywołanego przepisu Rozporządzenia znajduje również oparcie w pojęciu proporcjonalności wypracowanemu na gruncie prawa gospodarczego, czym zajmował się Trybunał Konstytucyjny, kształtując reguły zachowania państwa przy konieczności ingerencji w swobody konstytucyjne – „w celu oceny respektowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26.03.2007 r., K 29/06, OTK-A 2007/3, poz. 30, wskazał na trzy wytyczne, które w odniesieniu do czynności przy udzielaniu zamówienia publicznego można sformułować następująco: 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. zaspokojenia potrzeb zamawiającego

(zasada przydatności); 2) są one niezbędne do ochrony interesu zamawiającego (zasada konieczności); 3) ich efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał naruszenia tak rozumianej zasady proporcjonalności a tym samym także naruszenie Rozporządzenia.

W tym przypadku zabrakło dowodów potwierdzających treść zarzutu. Izba z drugiej strony uznała twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących za wiarygodne także w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego i zasad logiki i doświadczenia życiowego, wskazujących między innymi na to, że zwiększenie liczby potencjalnych oferentów w negocjacjach wpływa na zwiększenie konkurencyjności postępowania. Izba w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego przyjęła, że:

- nie wykazane zostały przeciwwskazania dotyczące technologii lub uwarunkowań prawnych realizacji przedmiotu zamówienia tego rodzaju, że wyłączają możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ przez podmiot posiadający doświadczenie referencyjne z okresu dłuższego niż 5 lat w szczególności 10 lub 11 a jednocześnie

- zwiększenie okresu referencyjnego doświadczenia w sposób niebudzący, w ocenie Izby, wątpliwości może rozszerzyć krąg potencjalnych wykonawców a więc i zwiększyć konkurencyjność w postępowaniu, co uzasadnia i czyni racjonalną decyzję Zamawiającego.

Izba stwierdza, że ustalenie długości okresu referencyjnego dokonuje Zamawiający i nie może mieć on charakteru uznaniowego, lecz uzasadniony przedmiotem zamówienia w kontekście relewantnego rynku i kręgu potencjalnych wykonawców. Tutaj Odwołujący jednak nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów i że decyzja Zamawiającego była w tym zakresie uznaniowa i nieproporcjonalna. Samo przedłużenie okresu referencyjnego na wniosek konkretnego wykonawcy na postulowany czas, nawet jeśli czyni możliwym złożenie oferty przez tego wykonawcę, nie jest wystarczające dla uznania że naruszone zostały zasady przygotowania i prowadzenia postępowań. Nie ma tutaj również znaczenia, czy pierwotnie określony okres referencyjny ustalony został z należytą starannością – nie ten bowiem podlega ocenie.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....