

Sygn. akt: KIO 2077/23

Wyrok

z dnia 2 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

Po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023r. przez wykonawcę **HYBRID SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku** postępowaniu prowadzonym przez **PL.2012+ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **PL.2012+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zmianę warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, opisanego w sekcji III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w części III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ przez wydłużenie przewidzianego w warunku okresu trzyletniego o co najmniej rok.

2. Kosztami postępowania obciąża **PL.2012+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę **HYBRID SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PL.2012+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **HYBRID SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku** kwotę **18 769 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok

– w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2077/23

Uzasadnienie

Zamawiający: **PL.2012+ spółka z o.o. z/s w Warszawie** prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: Dostawa wraz z montażem i demontażem nawierzchni z trawy naturalnej razem z podbudową. Nr postępowania nadany przez Zamawiającego: WZ/V/27/2023. Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 127-405599 z 5 lipca 2023 roku.

Odwołujący: **HYBRID SPORT spółka z o.o. z/s w Turowie** wniósł dnia 17 lipca 2023 roku odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia:

1. treści warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, opisanego w sekcji III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w części III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ w brzmieniu:

Wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia publicznego zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – zrealizował co najmniej 3 zamówienia, każde polegające co najmniej na montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie o pojemności minimum 30.000 miejsc siedzących który narusza zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadząc do nieproporcjonalnego i sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie

Wskazanemu wyżej postanowieniu ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz postanowieniom dokumentów zamówienia (SWZ), Odwołujący zarzuca naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji postawienie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w sekcji III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w części III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, a przez to jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu, nie dopuszczając do postępowania wykonawców zdolnych wykonać należycie zamówienie, czym Zamawiający zmierza do naruszenia zasady gospodarności, wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP, a to do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw w ramach środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wnosi o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)nakazanie Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu (opisanego w sekcji III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w części III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ) poprzez wydłużenie przewidzianego w warunku okresu z 3 lat do 5 lat (a co najmniej do 4 lat)

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (sekcja III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz część III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ) Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (chyba że okres prowadzenia działalności jest krótszy) zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, każde polegające co najmniej na montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie o pojemności minimum 30.000 miejsc siedzących. dowód: treść ogłoszenia oraz SWZ

Odwołujący w dniu 10 lipca 2023 roku złożył wniosek o wyjaśnienie i zmianę przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu, powołując się na wyrok KIO 250/23 z dnia 15 lutego 2023 r., wydany w wyniku złożenia odwołania w uprzednio ogłoszonym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu, tj.: postępowanie w celu udzielenia zamówienia na dostawy pod nazwą Dostawa wraz z montażem i demontażem nawierzchni z trawy naturalnej razem z podbudową (dalej jako „Zamówienie”), wszczęte na podstawie ogłoszenia w DzUUE nr 2023/S 012-030525 z 17 stycznia 2023 roku. Zamawiający, pismem z 13 lipca 2023 r., podtrzymał zapisy SWZ we wnioskowanym zakresie.

dowód:informacja na stronie internetowej (ogłoszenie: 2023/S 012-030525 z 17 stycznia 2023 r): <https://pl2012plus.ezamawiajacy.pl/pn/pl2012plus/demand/notice/public/82904/details>

W sprawie toczącej się przed KIO pod sygn. akt KIO 250/23 Odwołujący (występujący uprzednio pod nazwą TRAWNIŁ Sp. z o.o. w Turowie) zaskarżył dokładnie tak samo brzmiący zapis SWZ dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (zob. sekcja III pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz część III rozdział 12 pkt 1 ppkt 1.2 lit. d SWZ), powołując się na argumentację podniesioną również w niniejszym piśmie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała argumentację Odwołującego, uwzględniając odwołanie Odwołującego, nakazując Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, przez wydłużenie przewidzianego w warunku okresu trzyletniego o co najmniej rok. Zamawiający wniósł skargę do Sądu Okręgowego- Sądu Zamówień Publicznych na w/w w dniu 15 lutego 2023 r. 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 34/23) – postępowanie jest w toku.

II. Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazuje, że naruszenie wskazanych przepisów ustawy PZP może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (sztucznie zawęża konkurencję, a zatem uniemożliwia złożenie ofert podmiotom wykwalifikowanym, a dodatkowo spowoduje pozyskanie przez Zamawiającego droższych ofert, co z kolei doprowadzi w konsekwencji do naruszenia przez Zamawiającego zasady gospodarności, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

III. ZARZUT NARUSZENIA 112 UST. 1 W ZW. Z ART. 16 PKT 1 ORAZ PKT 3 USTAWY PZP Zgodnie z przywołanymi normami:

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

-Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy PZP) - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny (art. 16 pkt 3 ustawy PZP)

Z powyższego wynika więc, że ustawa PZP kładzie szczególny nacisk (zasadę) na: proporcjonalność, równe traktowanie wykonawców, uczciwą konkurencję.

Powyższe pryncypia ustawy PZP nie zostały zrealizowane przez Zamawiającego, który postawił w postępowaniu warunek udziału, który jest nieproporcjonalny, sztucznie zawęża konkurencję (w efekcie prowadząc do nieuzasadnionego wzrostu cen ofert, ze względu na zmniejszenie konkurencyjności w postępowaniu – a zatem naruszenia również zasady gospodarności wyrażonej w przepisie art. 17 ustawy PZP).

Zgodnie z przywołanym warunkiem udziału w postępowaniu, Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (chyba że okres prowadzenia działalności jest krótszy) zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, każde polegające co najmniej na montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie o pojemności minimum 30.000 miejsc siedzących.

W świetle postawionych zarzutów, Odwołujący precyzuje, że w zacytowanym warunku udziału w postępowaniu wskazuje nieprawidłowości w:

a) okresie wykazywania doświadczenia (3-letnim), jako zbyt krótkim – przez pryzmat zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

1. wskazany w warunku 3-letni okres wykazywania doświadczenia, jakkolwiek wydaje się zgodny z przepisem § 9 ust. 1 pkt 2 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. poz. 2415), to jest okresem zbyt krótkim przez pryzmat zasady zachowania uczciwej konkurencji, ze względu na fakt, że okres ostatnich 3 lat przed datą otwarcia ofert, to okres od 5 lipca 2020 roku do 5 lipca 2023 roku.

W tym okresie panowała epidemia COVID-19, która spowodowała prawny zakaz organizowania na stadionach imprez masowych (w tym również rozgrywek sportowych, meczy piłkarskich, itd.) oraz ograniczenie takich imprez (np. pod kątem dopuszczalnej liczebności widzów na trybunach). Przez powyższe nie organizowano wymian murawy na stadionach, których Zamawiający wymaga dla wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Należy wskazać, że prawnie wprowadzony stan epidemii obowiązywał w Polsce od dnia 20 marca 2020 roku. Powyższe spowodowało, że obiekty sportowe zaprzestały, a następnie mocno ograniczyły organizację imprez sportowych, a co się z tym wiąże – nie zamawiały muraw na boiska oraz montażu muraw na boiskach.

W związku z powyższym – wymagany przez Zamawiającego 3-letni okres doświadczenia jest okresem zbyt krótki, ponieważ w tym okresie nie były organizowane (lub były organizowane w ograniczonym zakresie) zamówienia o specyfice wymaganej przez Zamawiającego (dostawę wraz z montażem murawy na boiskach sportowych).

Co za tym idzie – wpisany teoretycznie 3-letni okres oznacza de facto dużo krótszy okres wykazywania doświadczenia.

W związku z powyższym – Zamawiający winien zastosować normę wyrażoną w § 9 ust. 4 pkt 2 cytowanego rozporządzenia, zgodnie z którą w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz (...) dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.

Jakkolwiek powyższy przepis wyraża „uprawnienie” Zamawiającego, to rzetelne przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zgodzie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest jego obowiązkiem. Tego samego rodzaju obowiązkiem jest zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu (determinowane zasadą gospodarności – art. 17 ustawy PZP). W związku z powyższym – w celu realizacji powyższych zasad, uprawnienie Zamawiającego (o którym mowa powyżej) przeradza się w obowiązek.

Z tego powodu Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany brzmienia treści warunku udziału w postępowaniu i dopuszczenie 5-letniego okresu wykazywania doświadczenia.

Nota bene okres taki był stosowany przez Zamawiającego w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia – choćby w postępowaniu numer 2021/S 123-325426 z 29 czerwca 2021 roku, w którym warunek udziału w postępowaniu brzmiał: Wykonawca ubiegający się o uzyskanie niniejszego zamówienia w zakresie spełnienia wskazanego warunku, zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) zrealizował co najmniej 2 zamówienia, każde polegające co najmniej na montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie piłkarskim.

Niezrozumiałym jest obecne zawężenie ww. warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący z powodzeniem realizował dla Zamawiającego analogiczne zamówienia (na dostawę murawy wraz z montażem) na Stadionie Narodowym w okresie poprzedzającym okres epidemii COVID-19 w roku 2018 i 2019.

W związku z powyższym nie sposób stwierdzić, żeby Odwołujący nie posiadał wymaganego doświadczenia, wywodząc powyższe jedynie z faktu, że w okresie epidemii COVID-19 Odwołujący nie realizował tego typu zamówień, a zamawiający ich nie zlecał do realizacji.

1. WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu określonym w części III rozdział 12 ust. 1 pkt 1.2 lit. d SWZ wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, każde polegające na co najmniej montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie o pojemności minimum 30.000 miejsc siedzących.

Wyznaczony pierwotnie przez Zamawiającego termin składania ofert na 7 lutego 2023 r. spowodował, że wykonawcy mogli wykazywać się doświadczeniem nabytym przy montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej na stadionie o pojemności min. 30.000 miejsc siedzących w okresie od 17 lutego 2020 roku do 17 lutego 2023 roku.

2.EPIDEMIA

Mając na uwadze fakt, że w marcu 2020 roku rozpoczął się w Polsce stan zagrożenia epidemicznego, który został następnie zmieniony w stan epidemii (i stany te utrzymywały się odpowiednio do dnia 16 maja 2022 roku [stan epidemii], do dnia 1 lipca 2023 roku [stan zagrożenia epidemicznego]) oraz fakt, że w pierwszym – najpoważniejszym – okresie epidemii w Polsce, zakazane było odbywanie imprez masowych (w tym również meczy piłkarskich z udziałem widzów), stadiony zaprzestały oraz mocno ograniczyły wymiany muraw.

W tymże okresie nie odbywały się (a następnie odbywały w znacznie ograniczonym zakresie) inne imprezy masowe (nie tylko mecze piłkarskie), takie jak choćby koncerty – które również stanowią asumpt do wymiany murawy na danym obiekcie.

3.STADIONY O POJEMNOŚCI POWYŻEJ 30.000 MIEJSC SIEDZĄCYCH

PGE Stadion Narodowy jest jedynym stadionem w kraju, na którym nawierzchnia wymieniana jest na nową przed każdym (lub prawie każdym) meczem. Większość stadionów wykorzystuje raz ułożoną murawę i dokonuje jej wymiany wyłącznie w momencie jej zużycia lub zniszczenia. Taka murawa wykorzystywana jest nawet przez kilka lat.

Wymóg pojemności (postawiony przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu), tj. 30.000 miejsc siedzących, spełnia obecnie 8 stadionów (według Wikipedii – 9 stadionów, wliczając w to również stadion Górnik Zabrze w Zabrzu, który jest przebudowywany i na oficjalnej stronie stadionu znajduje się informacja, że liczba miejsc jest niższa niż 30.000).

Odwołujący skierował do ww. stadionów zapytania w przedmiocie liczby montażu muraw na stadionach w okresie pomiędzy 2019 rokiem, a rokiem 2023.

Zapytanie nie było skierowane do Zamawiającego, ponieważ ilość ta jest znana i została wskazana samodzielnie przez Zamawiającego w dowodach złożonych przez Zamawiającego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, z których wynika wprost, że w roku 2020 nie był wykonywany żaden montaż murawy, odmiennie niż w latach 2019, 2021 oraz 2022.

ad 1. PGE Stadion Narodowy w Warszawie – montaż murawy wykonywane były w latach 2019 (5 montaże), 2021 (3 montaże) oraz 2022 (3 montaże); w roku 2020 nie był wykonywany żaden montaż murawy. dowód: dowody złożone przez Zamawiającego podczas rozprawy przed KIO w sprawie KIO 250/23, „opinia biegłego sądowego z dnia 12 lutego 2023 roku) (dla stwierdzenia faktu niewykonywania żadnego montażu murawy w roku 2020 oraz liczby montaży wykonywanych w pozostałych latach – 2019 (5 montaże) oraz 2021 (3 montaże) i 2022 (3 montaże))

Stadion Śląski w Chorzowie – w latach 2019 – 2023 nie była wykonywana żadna wymiana murawy (a zatem nie wykonywano montażu murawy)

Tarczyński Arena we Wrocławiu – montaż murawy na stadionie były wykonywane w latach 2019, 2021 oraz 2022 (po jednym montażu w każdym roku), w roku 2020 nie był wykonywany montaż murawy na stadionie

Stadion Lecha Poznań w Poznaniu – pomimo skierowania zapytania, do momentu sporządzania niniejszego pisma nie otrzymano odpowiedzi. Bazując na informacjach zamieszczonych w sieci Internet można stwierdzić, że na, w przedmiotowym okresie odbyły się montaż murawy w styczniu 2019, listopadzie 2020, lutym/marcu 2022, październiku 2022, grudniu 2022– z powyższego wynika, że w roku 2020 odbył się jedynie jeden montaż murawy.

dowód: wydruk ze strony internetowej <https://poznan.tvp.pl/50799630/trwa-wymiana-murawy-na-stadionie-lecha-ktora-z-kolei> (dla stwierdzenia liczby wymian w okresie od 2009 do 2022.

Polsat Plus Arena Gdańsk (Lechii Gdańsk) – bazując na informacjach zamieszczonych w sieci Internet można stwierdzić, że na stadionie od 2016 roku zainstalowana jest nawierzchnia hybrydowa, co nie pozwala na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że montaż nawierzchni odbył się w roku 2016, a następnie w 2020 (po czym nastąpiła naprawa nawierzchni ułożonej w maju 2020 w październiku 2020 roku, która nie stanowi nowego montażu.

Nie odnaleziono żadnych informacji o późniejszej wymianie murawy (w latach 2021 – 2023).

Stadion RKS Skra w Warszawie w przebudowie – z informacji dysponenta stadionem –od dnia 10 maja 2021 roku na stadionie nie była wymieniana (montowana) murawa. Z informacji pozyskanych z Internetu wynika, że stadion od 2019 znajduje się w złym stanie technicznym Na stadionie nie był dokonywany montaż murawy wobec zamknięcia w 2019 roku).

Stadion Miejski (Wisły Kraków) w Krakowie –ustalono, że w latach 2019 – 2023 nie wykonywano żadnych montaży murawy na Stadionie Miejskim w Krakowie.

Stadion Legii Warszawa w Warszawie – mimo zadanego zapytania, nie uzyskano odpowiedzi.

Z informacji prezentowanych w sieci Internet wynika, że w artykułach z lutego 2023 roku jest mowa o 3,5-letniej murawie, co świadczy o jej ostatniej wymianie w drugiej połowie 2019 roku. Z powyższego wynika, że nie był wykonywany montaż murawy w latach 2020, 2021 oraz 2022.

Stadion Górnik Zabrze w Zabrzu – stadion wg oficjalnych danych nie spełnia wymogu pojemności min 30.000 miejsc, niemniej skierowano zapytanie do operatora stadionu, uzyskano odpowiedź, że w latach 2019 – 2023 na stadionie.

Z powyższych danych wynika więc, że w okresie toczenia się pandemii COVID-19 zaprzestano lub znacznie ograniczono wymianę (montaż) muraw na boiskach piłkarskich mieszczących się na stadionach o pojemności ponad 30.000 miejsc siedzących.

W świetle warunku udziału w postępowaniu, który wymagał wykazania doświadczenia trzech montaży nawierzchni z trawy naturalnej wraz z pielęgnacją, we wskazanym przez Zamawiającego 3-letnim okresie referencyjnym (rozpoczynającym się w lutym 2020 roku), trwającym w 2020 r, 2021 r, 2022 r oraz 2023 r, poza stadionem Zamawiającego (PGE

Stadion Narodowy), dokonano na polskich stadionach o pojemności powyżej 30.000 miejsc siedzących jedynie 5 montaży murawy z trawy naturalnej.

Dla porównania – w roku 2019 wykonano poza stadionem Zamawiającego, na polskich stadionach o pojemności powyżej 30.000 miejsc 3 montaże murawy, a na samym PGE Stadionie Narodowym wykonano w 2019 r. - 5 takich montaży nawierzchni z trawy naturalnej.

Wyliczając montaże murawy łącznie z obiektem Zamawiającego, w okresie od 2019 roku wykonywano następujące ilości

montaży (z podziałem na poszczególne lata):

w roku 2019 – 8 montaży, w roku 2020 – 1 , w roku 2021 – 4, w roku 2022 – 7 montaży.

Zgodnie z przepisem art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publiczny, jednym z naczelných obowiązków Zamawiającego jest przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w zgodzie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Przez pryzmat powyższej zasady rozumieć należy również przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 oraz § 9 ust. 4 pkt 2 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. poz. 2415), zgodnie z którymi Zamawiający może wymagać od wykonawców wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, przy czym (cyt.): w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz (...) dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.

W cytowanym przepisie § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia mowa jest o możliwości dopuszczenia („może dopuścić”), a nie o obliгу takiego dopuszczenia. Niemniej jednak – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, w pewnych przypadkach przepisy dające zamawiającym „uprawnienia” muszą być odczytywane jako zobowiązujące ich do działania i określające w obowiązek takiego działania (wbrew ich literalnym brzmieniu) – a to szczególnie w sytuacji, gdy niewykonanie prima facie uprawnienia zamawiającego powodowałoby naruszenie którejś z podstawowych zasad naczelných Pzp (w szczególności zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców) – przykładowo:

wyrok KIO 1537/21, wyrok KIO 587/21, wyrok KIO 3395/20, wyrok KIO 2674/20 Zaniechanie zamawiającego wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania umowy narusza prawo) - i inne

W przykładowo wybranych orzeczeniach wskazano, że przepisu art. 87 ust. 1 ustawy PZP z 2004 roku (zawierającego sformułowanie o możliwości żądania przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty) nie należy wyklądać jako całkowicie dowolnego, ale wyrażającego obowiązek wezwania do wyjaśnień, w sytuacji, gdy konieczność wezwania generowana jest koniecznością prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że możliwość wydłużenia okresu, w którym wykonawcy mogą zdobywać doświadczenie w realizacji usług referencyjnych, o której mowa w § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dokonywana – jak wskazano w tym przepisie – w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu przeradza się w obowiązek Zamawiającego wydłużenia tego okresu, jeśli ustalenie go na poziomie podstawowym (wynikającym z rozporządzenia) prowadziłoby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w przepisie art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do takiej sytuacji dochodzi w niniejszym postępowaniu.

Należy wskazać, że – poza obiektem Zamawiającego (stadionem PGE Stadion Narodowy), w okresie referencyjnym (od lutego 2020 roku) w Polsce wykonano 5 montaży nawierzchni z trawy naturalnej na stadionach o pojemności powyżej 30.000 miejsc siedzących.

W obliczu treści warunku udziału w postępowaniu, z którego wynika, że wykonawca musi wykazać się wykonaniem 3 takich montaży – montaż 5 nawierzchni pozwala na złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi (w pięciu montażach mieszczą się trzy montaże oraz dwa pozostałe montaże, które nie są wystarczające dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Z kolei w roku 2019 na terenie Polski wykonano dodatkowo 3 montaże nawierzchni z trawy naturalnej na stadionach o pojemności powyżej 30.000 miejsc siedzących (poza stadionem Zamawiającego) oraz aż 5 montaży na samym stadionie Zamawiającego.

Dodatkowo – co słusznie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku zaskarżonym przez Zamawiającego skargą (zob. wyrok w sprawie KIO 250/23) – 3-letni okres przewidziany w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zob. § 9 ust. 1 pkt 2) powinien być okresem realnych 3 lat, w ramach których można doświadczenie nabywać, a nie jedynie prowizorycznym okresem 3 lat spełniających pro forma warunki rozporządzenia.

Gdyby bowiem w okresie 3 lat kalendarzowych przed terminem składania ofert (od lipca 2020 roku do lipca 2023 roku) nie były wykonywane żadne montaże murawy, to tak postawiony warunek byłby całkowicie sprzeczny z Prawem zamówień publicznych oraz wymaganiami cytowanego rozporządzenia.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w sytuacji, jeśli w takim 3-letnim okresie jeden rok jest niemal wyłączony z wykonywania usług referencyjnych (za takie praktyczne wyłączenie należy uznać rok 2020, w którym w całej Polsce, włączając w to również obiekt Zamawiającego – PGE Stadion Narodowy – wykonano jeden montaż murawy).

Stąd dla zachowania 3-letniego okresu (realnego 3-letniego okresu) należy okresem tym objąć również rok 2019, w trakcie którego montaż muraw były wykonywane.

Warto wskazać, że w tożsamym postępowaniu, ten sam Zamawiający zastosował warunek udziału w postępowaniu o brzmieniu identycznym, z warunkiem udziału postawionym w niniejszym postępowaniu.

Również w tamtym postępowaniu Odwołujący złożył odwołanie, a Izba uwzględniła je w zakresie, w którym okres 3-letni postawiony w warunku udziału w postępowaniu uznano za zbyt krótki – ze względu na panującą na świecie epidemię COVID-19, która spowodowała, że na stadionach nie wymieniano muraw (nie dokonywano ich montażu, demontażu oraz pielęgnacji). Z tego powodu wykonawcy nie mieli szans nabyć wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w okresie, który jest wymagany dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu (3 lat przed terminem składania ofert).

W tym stanie rzeczy, wnosi jak w petitum odwołania.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska.

Odwołujący wskazał na przedstawione w piśmie procesowym dowody na poparcie stanowiska. Przypomniał zestawienie montażu przedstawione w tabeli na str. 15 odwołania. Podkreślił przestój w świadczeniu przedmiotowych usług w 2020 r. jako wynik trwającej pandemii. Przypomniał treść § 9 rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych, w szczególności ustęp 4 pkt 2. Wskazał na rozstrzygnięcie w sprawie KIO 250/23. Ocenia, że Zamawiający chce uniemożliwić udział Odwołującego prawdopodobnie z uwagi na określone doświadczenie z 2019 r. Przypomina warunek udziału, w którym określono wielkość obiektów (liczba miejsc), natomiast argumenty o skali i randze Stadionu Narodowego nie mają w istocie znaczenia i nie wynikają z treści specyfikacji. Zauważył, że warunkiem udziału jest wymiana i utrzymanie murawy, a nie stwierdzenie, czy na murawie odbywały się zdarzenia sportowe lub inne. Oceniał, że w postępowaniach na analogiczny przedmiot zamówienia oferty składają wykonawcy krajowi, a w rzeczywistości doświadczenie nie jest nabywane w obiektach poza granicami kraju.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty za nieuzasadnione. Ocenia, że nie należy w rozpoznawanej sprawie brać pod uwagę rozstrzygnięcia w sprawie KIO 250/23. Wskazał, że sporny warunek udziału został sformułowany z uwzględnieniem rangi i skali obiektu oraz zdarzeń na planowanych na przedmiocie zamówienia tj., murawie, która ma podlegać montażowi, demontażowi itp. Podkreślił przy tym znaczenie powtarzalności planowanej usługi. Stwierdził także, że w okresie epidemii COVID na stadionach odbywały się mecze piłkarskie w Europie na poziomie ligowym z wyłączeniem ligi francuskiej. Tym samym epidemia COVID nie stawała na przeszkodzie do realizacji usług, analogicznych do przedmiotu zamówienia. Podkreślił specyfikę zamówienia stwierdzając, że przedłużenie okresu referencyjnego dla usług obniża rangę warunku udziału w postępowaniu jako kryterium określające należyte wymagane doświadczenie wykonawcy przez dłuższy okres niż wskazany w rozporządzeniu, co oznaczałoby zmniejszenie wymogu doświadczenia przy stosunkowo niewielkiej ilości realizacji referencyjnych. Ocenia, że samo doświadczenia z 2019 r. oznaczałoby spełnienie warunku przez Odwołującego. Zauważył, że na rynku wbrew tezie Odwołującego działają różne firmy np. na podstawie informacji z pisma procesowego Odwołującego może to być usługodawca we Wrocławiu (zał 4), w Poznaniu (zał 5). Wskazał także na załącznik 6 dotyczący wykonawcy powiązanego z Odwołującym. Podkreślił medialne znaczenie wydarzeń w obiekcie i konieczność posiadania należytego doświadczenia, ocenia, że postawiony warunek jest prawidłowy, zgodny z przepisami prawa i nie wyklucza ewentualnej możliwości złożenia oferty przez Odwołującego, jednakże na przykład w układzie konsorcjanta.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem odwołania i rozpoznawanej sprawy jest treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaga wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (chyba że okres prowadzenia działalności jest krótszy) zrealizowali co najmniej 3 zamówienia, każde polegające co najmniej na montażu i pielęgnacji murawy z trawy naturalnej boiska do piłki nożnej, zlokalizowanego na stadionie o pojemności minimum 30.000 miejsc siedzących

Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu Odwołujący ocenił jako nieprawidłowy, co upatruje w wyznaczonym okresie wykazywania doświadczenia (3-letnim), jako zbyt krótkim – przez pryzmat zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego warunek tak opisany jest niezgodny z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy pzp jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, a przez to jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu.

Z takim zarzutem nie zgodził się Zamawiający, w którego ocenie warunek jest zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych, adekwatny do przedmiotu zamówienia, i oparty na doświadczeniu Zamawiającego, nabytego w trakcie realizacji zamówień dotychczasowych. Zamawiający wskazał w szczególności na szczególny charakter obiektu Stadionu Narodowego, którego dotyczy przedmiot zamówienia. Zamawiający uzasadniał wymogi specyfiką przedmiotu zamówienia na Stadionie Narodowym z uwagi na rangę i skalę oraz znaczenie planowanych zdarzeń.

Odnosnie wymogu posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu wcześniejszych realizacji w okresie ostatnich trzech lat, Izba uznała wymóg ten za niezgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych uwagi na szczególne okoliczności obiektywne stanowiące notoria powszechne.

Wskazany w warunku trzyletni okres posiadania odpowiedniego doświadczenia rzeczywiście jest zgodny z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów (.../ Dz. U. poz. 2415), jednak w świetle art. 16 ustawy pzp, w ocenie Izby, ze względu na specyfikę roku 2020, jest to okres zbyt krótki. Z niekwestionowanej statystyki liczby realizacji usług mogących stanowić usługi referencyjne, przedstawionej przez odwołującego, wynika że w roku 2020 i 2021 usługi takie niemalże nie były wykonywane i oczywiste jest, że pozostawało to w związku z obowiązującym stanem epidemii na obszarze całego kraju i związanym z nim znaczącym ograniczeniem organizowania imprez masowych na stadionach. Dlatego w tym czasie nie można było nabyć odpowiedniego doświadczenia, adekwatnego do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem przez rok 2022 nie były realizowane podobne zamówienia, Izba stwierdziła, że w tej specyficznej sytuacji okres trzyletni jest zbyt krótki i należy go wydłużyć o co najmniej jeden rok. Trzeba przyjąć, że okres trzyletni, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia, ma być czasem gwarantowanym wykonawcom i przebiegającym efektywnie, tj. takim czasem, w którym zamówienia podobne były realizowane, a więc nie można wliczyć tu w tym przypadku roku 2020. Dlatego wymagany przez Zamawiającego trzyletni okres doświadczenia jest okresem zbyt krótkim, ponieważ w tym okresie nie były organizowane zamówienia o specyfice wymaganej (dostawę wraz z montażem murawy na boiskach sportowych). W praktyce, zdaniem składu orzekającego, wymagany formalnie trzyletni okres doświadczenia jest realnie niż określony kalendarzowo. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający, ze względu na prymat zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na którą § 9 ust. 4 pkt 2 wskazanego wyżej rozporządzenia się powołuje, powinien ten okres wydłużyć.

Wydłużenie o co najmniej rok jest uzasadnione w związku z argumentacją, zawartą w odwołaniu, a z uzasadnienia zarzutów nie wynika konieczność wydłużenia wymaganego przez Zamawiającego okresu aż o dwa lata.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji. Niniejsze orzeczenie w swej treści wskazuje na podzielenie w pełni w zakresie będącym przedmiotem zarzutu i rozpatrzenia, rozstrzygnięcia wydanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 250/23

Ponieważ zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych potwierdził się, Izba uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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: