

WYROK
z dnia 6 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 i 29 maja 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawców:

A. Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (sygn. akt KIO 940/17)

B. AQUACOMS Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa (sygn. akt KIO 943/17)
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Łowicz, Plac Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz**
przy udziale wykonawców:

A. 1. Molewski Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek

– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 940/17)

2. FAMBUD - J.P. Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 73, 96-100 Skierniewice

3. Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów

4. IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 940/17)

B. 1. Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków

2. SEEN TECHNOLOGIE Sp. z o.o., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa

3. Molewski Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 943/17)

4. FAMBUD - J.P. Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 73, 96-100 Skierniewice

5. Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów

6. IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa

1

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 943/17)

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu Gmina Miasto Łowicz dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) w zakresie:

A. sygn. akt KIO 940/17:

- 1) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.2) w końcowej części odnoszącej się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
– przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia łącznego wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanej w ppkt (lit.) a, b;
- 2) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.3) w części oznaczonej „*) *Uwagi! 1. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dotyczący wykonanych robót musi być spełniony: (...) przez minimum jeden podmiot (podwykonawcę) udostępniający doświadczenie samodzielnie; w przypadku podmiotów występujących wspólnie – samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie. Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymienionego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.*

- przez umożliwienie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia oraz wykonawcom polegającym na zdolnościach innych podmiotów łącznego wykazania zdolności technicznej lub zawodowej,
- 3) opisu sposobu oceny ofert w kryterium III - Parametry techniczne efektywność (E) 12% (efekty odwadniania osadów) (Dział XVI pkt 2 w części dotyczącej opisu sposobu dokonywania oceny ofert w tym kryterium
 - przez wykreślenie z opisu kryterium III Parametry techniczne efektywność (E) żądania o treści: „Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.”

B. sygn. akt KIO 943/17:

- 1) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów

2

- (Dział VI pkt 2 ppkt 2.1, 1) – dysponowanie Ekspertami: Nr 1- Przedstawiciel wykonawcy, Nr 2 - Kierownik budowy, Nr 3 - Kierownik robót sanitarnych, Nr 4 - Kierownik robót budowlanych, Nr 5 - Kierownik robót budowlanych
- przez obniżenie wymaganych wartości robót budowlanych odpowiednio, z co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr 2, 3, 4, 5) do wielkości proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz na minimalnym poziomie zdolności do wykonania zamówienia w prowadzonym postępowaniu, przykładowo na co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 30 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr 2, 3, 4, 5),
- 2) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Zdolności technicznej lub zawodowej (Dział VI pkt 2 ppkt 2.3, 1) – wymaganie wykazania wykonania roboty/robót budowlanej/nych
 - przez prawidłowe zastosowanie spójnika „oraz” z uwzględnieniem połączeń składników równorzędnych i podrzędnych tworzących opisy: roboty budowlanej, budowy nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu, budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów, budowy nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych;

2. nie uwzględnia pozostałych zarzutów odwołań;

3. kosztami postępowania obciąża: zamawiającego: Gmina Miasto Łowicz, Plac Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz, i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: A. wykonawcę Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (sygn. akt KIO 940/17) w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), B. wykonawcę: AQUACOMS Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa (sygn. akt KIO 943/17) w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – tytułem wpisów od odwołań,

- 3.2. zasądza od zamawiającego: Gmina Miasto Łowicz, Plac Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz na rzecz A. wykonawcy: Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (sygn. akt KIO 940/17) kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), B. wykonawcy: AQUACOMS Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa (sygn. akt KIO 943/17) kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – tytułem wpisów od odwołań i wynagrodzenia pełnomocników.

3

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

Przewodniczący:

4

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Łowicz z siedzibą w Łowiczu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łowiczu - Etap I”, nr referencyjny 042.15.2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2017 r. pod nr 2017/S 081-155592.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 26 kwietnia 2017 r.

A. Sygn. akt KIO 940/17

Odwolujący – Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie – wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
3. art. 23 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22a ust. 1, art. 22c ust. 1 i ust. 3, art. 22d ust. 1, art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz ekonomicznej i finansowej, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub korzystających z potencjału podmiotów trzecich w sposób szczególnie, pomimo że nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny,

5

4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 przez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie pras tłokowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferujący określone rozwiązania techniczne, charakterystyczne dla wyrobów konkretnego producenta (zarzut cofnięty na rozprawie wraz z odpowiednią częścią uzasadnienia),

5. art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 przez określenie sposobu oceny ofert w Kryterium III (Parametry techniczne efektywność) w sposób nieobiektywny, nieproporcjonalny, sprzeczny z zasadą przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, uwzględniający obowiązek przedstawienia dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji, pomimo że nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

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

Odwolujący wskazał okoliczności potwierdzające: interes w uzyskaniu zamówienia, możliwość poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz uiszczenie wpisu od odwołania.

Uzasadnienie odwołania.

Z SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający zamierza szczegółowo badać sytuację podmiotową wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą zarówno zdolności technicznej i zawodowej, jak i rzadko używanych w zamówieniach

publicznych wskaźników finansowych. Zastosowano również mechanizm ograniczający łączenie potencjałów kilku firm w celu wykazania spełniania warunków. Jednocześnie w opisie przedmiotu zamówienia postawiono na konkretne urządzenia (wytworzane przez jednego producenta) oraz przyjęto specyficzne kryteria oceny ofert.

Analizując pobieżnie postanowienia SIWZ w zakresie powyższych wymagań można ulec złudnemu wrażeniu, że zostały sformułowane prawidłowo i mieszczą się w granicach dozwolonych przez Pzp. Jeśli jednak uwzględnić charakter inwestycji, otoczenie rynkowe oraz grono potencjalnych wykonawców, łatwo dostrzec, że warunki zostały wyśrubowane ponad miarę Pzp, przez co w postępowaniu poważnie utrudniono uczciwą konkurencję.

Precyzując stanowisko, Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

I. Zarzuty dotyczące określenia warunków udziału w postępowaniu

1.1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

6

W Dziale VI pkt 2.2. lit. b SIWZ (oraz odpowiednio w sekcji III.1.2) ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej wymagając, aby wykonawcy w okresie nie dłuższym niż ostatnie trzy lata obrotowe osiągnęli precyzyjnie określone wskaźniki finansowe, tj.:

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

Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.

Zdaniem Odwołującego, ww. wskaźniki zostały sformułowane w sposób nadmierny z punktu widzenia możliwości pozytywnej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższy warunek ma fundamentalne znaczenia dla możliwości uczestniczenia w postępowaniu, przez rygorystyczne określenie wskaźników, istotnie ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć w nim udział. Przyjęte wartości w żaden sposób nie wskazują, że wykonawców, którzy nie osiągają określonych przez Zamawiającego pułapów, należy automatycznie, tylko na podstawie wskazanych przez Zamawiającego kryteriów, uznać za niezdolnych do wykonania zamówienia. Wymienione wskaźniki nie są właściwe dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa.

1.1.1. Wskaźnik płynności finansowej - stosunek bieżących aktywów do bieżących zobowiązań

Wskaźnik bieżącej płynności finansowej pokazuje jaka jest zdolność firmy do regulowania krótkoterminowych zobowiązań środkami obrotowymi. Przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany i nie odbiega od podobnych inwestycji realizowanych na terenie całego kraju, natomiast termin realizacji jest stosunkowo długi. Brak jest zatem jakichkolwiek argumentów dla żądania od wykonawców wskaźnika bieżącej płynności finansowej 1,3. Dla bezpiecznie finansujących się przedsiębiorstw wskaźnik ten powinien być większy od 1. Choć często podnosi się, że optymalne wartości tego wskaźnika powinny zawierać się w przedziale pomiędzy 1,2 a 2, to zależy on jednak od specyfiki branży (*Grzegorz Gołębiowski, Agnieszka Tłaczala, Analiza finansowa w teorii i praktyce, Warszawa: Difin, 2009, s.185-186*).

W obszarach wysoko konkurencyjnych, a do takiego zalicza się budownictwo, wartości przewyższające poziom 1,2 występują sporadycznie.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o zamówienie publiczne nie bada się kondycji finansowej przedsiębiorstwa jako takiej, lecz zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia. Oprócz wskaźników, Zamawiający weryfikuje inne parametry obrazujące sytuację i możliwości produkcyjne przedsiębiorstwa, takie jak dostępna polisa OC na kwotę

7

co najmniej 30 000 000,00 zł, czy posiadanie środków finansowych w wysokości co najmniej

30 000 000,00 zł. W tym kontekście wystarczającym będzie wskaźnik bieżącej płynności finansowej na poziomie wyższym od jedności.

1.1.2. *Wskaźnik rentowności sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży*

Wskaźnik jest związany z zyskiem, który powszechnie ocenia się jako niemiarodajny przy badaniu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Wykonawca, który w krótkim okresie (np. przejściowej dekonjunkcji lub okresie amortyzacji dużej inwestycji, czy też dokonanych odpisach księgowych) nie wypracowuje zysku może być w dobrej sytuacji ekonomicznej, odzwierciedlonej innymi parametrami analizy techniczno-ekonomicznej niezwiązanej bezpośrednio z kategorią zysku np. zrównoważonej produkcji, dającej stabilne zatrudnienie lub postęp techniczny. Wskaźnik rentowności uniemożliwia więc udział w postępowaniu nie tylko podmiotom, które rozpoczynają działalność, ale także przedsiębiorcom będącym w fazie rozwoju, którzy dokonali istotnych nakładów na własną działalność, zabezpieczając tym samym i umożliwiając osiągnięcie zysku w przyszłości. Pogląd, że wymóg wykazania się zyskiem jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp, jest w zasadzie jednolicie przyjmowany zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie (Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UPZ 589/08, w wyroku z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UPZ 432/08. Podobnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli z dnia 15 września 2016 r. sygn. KU/37/16. Zaprezentowała je również Izba w uchwale z dnia 2016-10-21 (KIO/KU 65/16). Przedstawiona wykładnia ma odbicie także w judykaturze - w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 2015-02-24 (sygn. III SA/Kr 1993/14).

Tym samym wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej, nie jest adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i narusza wyartykułowane na wstępie przepisy Pzp.

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

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

- płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1;*
- rentowność sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży - na poziomie wartości wyższej od 0 (zera);*

8

-
- wskaźnik zadłużenia długoterminowego będący stosunkiem zobowiązań długoterminowych do kapitału własnego - na poziomie wartości nie większej niż 0,30. Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.”*

przy jednoczesnym wykreśleniu adnotacji (ostatniego zdania) w Dziale VI pkt 2.2.

SIWZ o treści:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie.”

lub

nadaniu jej następującego brzmienia:

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

1.2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania

wykonawców i przejrzystości.

W Dziale VI pkt 2.3. ppkt 1 SIWZ (oraz odpowiednio sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej:

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

- jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:*
- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz*

9

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

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

**) Uwagi!*

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

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

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

Zdaniem Odwołującego warunek dotyczący budowy instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h, jest nadmierny i nieproporcjonalny. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, w Polsce w ostatnich 5 latach powstały jedynie ok. 2 takie instalacje. Bez wątpienia takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Powyższego wymagania zdecydowanie nie można uznać za minimalne, ani też adekwatne do przedmiotu zamówienia, gdyż sposób określenia warunków udziału w postępowaniu istotnie zawęża krąg wykonawców, którzy mogą wziąć w nim udział.

Także warunek zawarty w Dziale VI pkt 2.3. ppkt 1 tiret czwarte (*„jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h”*), został sformułowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Budowa suszarni taśmowej, to budowa prostego obiektu budowlanego, w którym znajduje się jedynie urządzenie dostarczane przez dostawcę technologii oraz zespół przenośników dostarczających i odbierających osad. Budowa takiego obiektu nie wymaga posiadania skomplikowanego know-how, a parametry procesu (np. osiągnięcie 90% s.m.) zapewnia dostawca technologii. Zdaniem Odwołującego, już samo zrealizowanie dostawy suszarni taśmowej umożliwia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W ostatnich latach w Polsce, przy znaczącym udziale środków unijnych, zrealizowano wiele inwestycji dotyczących ochrony środowiska. Głównie w zakresie oczyszczalni ścieków

10

oraz zagospodarowania odpadów. Ze względu na dostępność różnych technologii, poszczególne przedsięwzięcia, choć miały podobny cel, realizowano różnymi metodami. Rolą generalnego wykonawcy jest - w tego rodzaju inwestycjach - pozyskanie partnera, który

dostarczy określony zestaw urządzeń stanowiący linię technologiczną podlegającą zabudowie w kompleksie strony zamawiającej. Miarą doświadczenia wykonawcy jest zatem (w obszarze technologicznym) umiejętność koordynacji prac specjalistycznych podwykonawców, aby w konsekwencji przyjąć odpowiedzialność za należyte wykonanie oczyszczalni ścieków komunalnych o określonej wydajności i wartości.

W związku z powyższym, samo zastrzeżenie, że wykonawca musi zrealizować wcześniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem (czyli cały wachlarz specjalistycznych robót i instalacji) ze wskazaniem na minimalne poziomy wydajności oraz wartości, jest wystarczające do zweryfikowania sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie gwarancję wiedzy i doświadczenia w zakresie konkretnej technologii pracy oczyszczalni może z powodzeniem zapewnić wspomniany partner technologiczny oferujący dostawy (a nie kompleksową realizację robót), urządzeń składających się na daną instalację technologiczną.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SMWZ i nadanie postanowieniom Działu VI pkt 2.3. ppkt 1 SMWZ (oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) następującego brzmienia (tj. przy jednoczesnym wykreśleniu "Uwagi"):
„W ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wybudowanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, co najmniej:

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

11

-
- jedną dostawę na potrzeby oczyszczalni ścieków komunalnych nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$ ”, wraz z rozruchem suszarni.*

**) Uwagi!*

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

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

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

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający jest zobligowany do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przepis art. 22 ust. 1a Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek kształtowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia przez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia - warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru.

W związku z tym Zamawiający powinien mieć na względzie ustalenie zdolności określonego podmiotu do należytego wykonania zamówienia, jednak nie może doprowadzić do faworyzowania wybranych wykonawców kosztem dyskryminacji innych. Zamawiający powinien zachować równowagę pomiędzy uzyskaniem rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu przez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagań.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 22d ust. 1 Pzp, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, Zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób wykonawcę do realizacji zamówienia, skierowanych przez umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający ma

12

swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, lecz nie jest ona nieograniczona, a wręcz przeciwnie, posiada ona wiele obwarowań. W szczególności Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony działać zgodnie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wynika z przytoczonego wyżej przepisu, Zamawiający powinien być w stanie udowodnić, że postawione warunki mają charakter "minimalny", przez wykazanie, że brak określonego warunku (ewentualne jego złagodzenie) nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, warunki udziału w postępowaniu ukształtowane przez Zamawiającego nie mieszczą się w powyższych ramach.

W ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że formułując warunki udziału, Zamawiający powinien dopuścić do udziału w postępowaniu każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odpowiednie doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe, którymi realnie może wykonać zamówienie. Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający powinien udowodnić, że postawienie określonego warunku ma swoje uzasadnienie z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego, który polega na należyтым wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący przytoczył orzecznictwo KIO – wyroki: z 12 listopada 2013 r., sygn. KIO 2516/13; z 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 476/16; z 15 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2285/16; z 30 października 2013 r., sygn. akt KIO 2448/13.

Wskazał: także najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stoi konsekwentnie na prezentowanym (jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp) stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia podmiotom, które są w stanie wykonać dane zamówienie, podkreślając przy tym, że warunki udziału w postępowaniu powinny być kształtowane nie tylko w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ale i również powinny realnie oceniać sytuację rynkową. Między innymi wyrok z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 8/17.

Powyższe oznacza, że Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności, czy warunki realizacji. Cechą owej „proporcjonalności”, o której wyżej mowa, można w świetle przytoczonego orzecznictwa zdefiniować jako adekwatność do celu, dla którego w danym postępowaniu określone są warunki udziału w postępowaniu (które *de facto* nie mogą ponad ten cel wykraczać). Konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu, o których

13

mowa w art. 22 ust. 1b Pzp, musi być przeprowadzana przez Zamawiającego zawsze w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej niejednokrotnie zwracał uwagę na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności. Chociażby w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Sri i Consortio stabile ediii Scri v. Comude di Milano,

Zb.Orz. 2009, s. 1-12169. wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Wyrok Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 Werner Mangold. Natomiast Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 czerwca 2004 r. sygn., akt SK 21/03 wskazał: *"Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia."*

Także aktualnym w powyższym aspekcie pozostaje, niejednokrotnie powoływany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wyrok ETS z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, w którym wskazano, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędne jest dokonanie tzw. testu proporcjonalności, tj. wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do założonego celu.

W świetle powyższego, postawione przez Zamawiającego warunki, biorąc pod uwagę wyżej przedstawione argumenty, są nadmierne i nieproporcjonalne, przez co uniemożliwiają złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą realnie zrealizować jego przedmiot (w tym także Odwołującemu). Taka eliminacja wykonawców, legitymizujących się odpowiednim doświadczeniem i potencjałem do wykonania przedmiotu zamówienia, bez wątpienia narusza ww. przepisy.

1.3. zarzut naruszenia art. 23 ust. 6 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22a ust. 1, art. 22c ust. 1 i ust. 3, art. 22d ust. 1 Pzp i art. 7 ust 1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz ekonomicznej i finansowej, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub korzystających z potencjału podmiotów trzecich w sposób szczególny, pomimo że nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny.

W Dziale VI pkt 2.2 znajduje się adnotacja, zgodnie z którą:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b) który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie”;

14

zaś w Dziale VI pkt 2.3. ppkt 1 SIWZ zamieszczono uwagę o treści:

„) Uwagi!*

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

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

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

Zdaniem Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia aby uniemożliwiać wykonawcom sumowania potencjału ekonomicznego także w odniesieniu do wskaźników finansowych, przy założeniu, że każdy z wykonawców (podmiotów trzecich) osiąga wspomniane wskaźniki przy swoich przychodach. Istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie, czy też korzystania z zasobów podmiotów trzecich jest łączenie potencjału kilku wykonawców, które razem pozwalają wykazać fakt pozostawania w stabilnej sytuacji ekonomicznej. Jakkolwiek nowe przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1-3, czy też art. 22a ust. 1 Pzp ustanawiających uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 23 ust. 5 Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia. Co więcej, w odniesieniu do wskaźników finansowych wydaje się, że niezależnie od przedmiotu zamówienia nie ma żadnych racjonalnych powodów, aby nie dopuścić konsorcjum

składających się z kilku średniej wielkości, „zdrowych” przedsiębiorstw, pozwalając zarazem złożyć ofertę jednej dużej firmie o wymaganej kondycji. Wszak bezpieczeństwo zamawiającego jest wyższe w przypadku gdy ma kilku dłużników efektywnie prowadzących swoją działalność.

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

ewentualnie

15

nadanie jej następującego brzmienia:

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

Jeśli zaś chodzi o „Uwagę”, wskazał: to w przypadku dokonania zmiany w opisie sposobu oceny warunku, zgodnie z żądaniem wyrażonym w pkt I.1.2 odwołania, pierwsza część wspomnianej uwagi nie ma charakteru dyskryminującego, gdyż wówczas w opisie warunku pojawia się tylko jedna robota. Jednak w sytuacji gdy Zamawiający, tak jak obecnie w SIWZ, wymaga doświadczenia w zakresie dwóch robót, żądanie aby obydwie były zrealizowane przez tego samego wykonawcę (w szczególności tego samego członka konsorcjum lub podmiot trzeci) nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia. Zarazem zdecydowanie krytycznie Odwołujący ocenił wskazanie, że nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

Istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie, czy też korzystania z zasobów podmiotów trzecich jest łączenie potencjału kilku wykonawców, które razem pozwalają wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami, wiedzą i doświadczeniem. Jakkolwiek nowe przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1-3, czy też art. 22a ust. 1 Pzp ustanawiających uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 23 ust. 5 Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia.

Charakter zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania wskazuje, że jest nim multidyscyplinarna inwestycja budowlana wymagająca kompetencji w zakresie robót ogólnobudowlanych, instalacyjnych i technologicznych. Takie przedsięwzięcia nie są realizowane wyłącznie staraniem jednego wykonawcy. Nie ma bowiem na rynku firm wykonujących samodzielnie wszystkie specjalistyczne prace przewidziane w przedmiotowym projekcie budowlanym. Znajduje to odbicie w zasadach SIWZ regulujących udział podwykonawców.

Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie zamówienia jedynie w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych takich jak komora fermentacyjna, komory biologiczne, osadniki wstępne, rurociągi technologiczne. Pozostałe części zamówienia mogą być powierzone

16

podwykonawcom. W szczególności dotyczy to układu instalacji hydrolizy termicznej osadu, czy suszarni taśmowej.

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

II. Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia (cofnięty na rozprawie wraz z odpowiednią częścią uzasadnienia).

III. Zarzut dotyczący opisu sposobu oceny ofert.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez określenie sposobu oceny ofert w Kryterium III (Parametry techniczne efektywność) w sposób nieobiektywny, nieproporcjonalny, sprzeczny z zasadą przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, uwzględniający obowiązek przedstawienia dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji, pomimo że nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W Dziale XVI Zamawiający wskazał pięć kryteriów jakimi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednym z nich jest Kryterium III - Parametry techniczne efektywność (E) z wagą 12%. W opisie sposobu oceny ofert w tym kryterium Zamawiający zastrzegł, że: „*Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji. Zarazem Zamawiający wymaga, aby wykonawcy przedstawili wszelkie dane teleadresowe użytkownika obiektu, dane osoby kontaktowej oraz zdjęcia deklarowanej instalacji.*”

Kryterium odnosi się do efektów odwadniania osadów uzyskiwanych na komunalnych oczyszczalniach ścieków, na których co najmniej od roku funkcjonują oferowane typy pras danego producenta o wydajności nie mniejszej niż 5 Mg s.m./d odwadniające osady ściekowe pochodzące, co najmniej w 90% ze ścieków komunalnych z użyciem termohydrolizy osadów.

Jak wykazano w cz. II uzasadnienia odwołania, w postępowaniu narzucono konkretny typ prasy tłokowej. Każdy wykonawca, wg aktualnych opisów SIWZ, jest zmuszony zaofertować prasę tłokową Bucher. W tych okolicznościach efektywność odwadniania osadów jest kryterium iluzorycznym, bowiem z założenia wszyscy wykonawcy powinni uzyskać w tym zakresie jednakową punktację. Ze względu jednak na przytoczone na wstępie zastrzeżenie dotyczące sposobu potwierdzenia efektów odwadniania w postępowaniu może dojść do kuriozalnej sytuacji, że wykonawcy uzyskają różną ocenę w zależności od treści dokumentów wystawionych przez użytkowników obiektów referencyjnych. Oznacza to, że ocena ofert w omawianym kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia

17

(rzeczywistych efektów odwadniania uzyskiwanych przy wykorzystaniu określonych pras), lecz została uzależniona od zdolności wykonawcy do pozyskania dokumentów od podmiotów, na których decyzje nie ma żadnego wpływu, i które nie mają powodu ani interesu, aby w tym zakresie współpracować z danym wykonawcą.

W świetle SIWZ na potwierdzenie zadeklarowanych parametrów nie wystarczy oświadczenie własne wykonawcy, tudzież dostawcy technologii odwadniania osadów, lecz konieczne jest uzyskanie dokumentów od użytkownika obiektu. W rezultacie, wykonawcy oferujący te same rozwiązania, a więc analogiczny sposób wykonania przedmiotu zamówienia, mogą nie uzyskać identycznej punktacji tylko dlatego, że nie mieli „odpowiedniego” wpływu na innych inwestorów. Odwołujący wskazał, że zestawiając omawiany wymóg złożenia stosownego oświadczenia z zastrzeżoną możliwością jego weryfikacji (tak należy interpretować konieczność przedstawienia danych kontaktowych użytkownika obiektu) wydaje się on tym bardziej zbędny.

Odwołujący stwierdził, że opis sposobu oceny ofert narzucający konieczność złożenia wraz z ofertą dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji i uzależniający punktację od treści tego dokumentu pozostaje w sprzeczności z zakazem ustalania kryteriów nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2 Pzp), możliwością żądania wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 Pzp) oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający nie może swoich praw związanych z opisem sposobu oceny ofert wykorzystywać jako instrumentu do nieuzasadnionej preferencji określonych wykonawców, kosztem innych, którzy również powinni mieć możliwość partycypowania w rynku zamówień publicznych. Ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie mogą w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców, zwłaszcza jeśli ich źródłem jest nie jest obiektywna jakość oferowanych rozwiązań.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie

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

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

18

B. Sygn. akt KIO 943/17

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

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

Zaskarżonej czynności Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1, przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli wykazać się doświadczeniem w realizacji robót o wartości 40 mln złotych netto, a także w odniesieniu do wymaganych ekspertów by wykazali się odpowiednim doświadczeniem w realizacji funkcji dla zamówień odpowiednio o wartości 50 mln zł netto oraz 40 mln zł netto,
- 2) art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1, przez niejednoznaczny opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz sposobu dokonania jego oceny, z treści warunku ze względu na zastosowaną formę graficzną (równorzędnie tirety/kropki) oraz użytą nieprawidłową formę gramatyczną nie wynika jednoznacznie czy treść zawarta w tiretach/kropkach od 2 do 4 należy traktować łącznie z treścią tiretu 1, czy też rozłącznie oraz czy treść warunku zawarta w tiret 4 jest rozłączna wobec tiret 1-3.

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

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

z:

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

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

19

wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmujące swym zakresem co najmniej:

- budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz
- budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m oraz
- jedną robotę budowlaną na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającą na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.”

na zgodny z Pzp, przykładowo w brzmieniu:

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

- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 20 mln zł bez podatku VAT;
- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h,
- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.,
- jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie) nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min. 750 kg odparowanej $\text{H}_2\text{O}/\text{h}$."

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

z:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie w zarządzaniu kontraktami realizowanymi w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne, w tym w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT”

na:

20

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

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

z:

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

na:

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

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

z:

„co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych przy budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych,

w tym: - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert jako kierownik budowy przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej

21

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

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

na:

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

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

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

z:

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

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

na:

22

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

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

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

z:

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

realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno- budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA) o minimalnej wydajności co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT”

na:

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

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, że jest podmiotem posiadającym możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w postępowaniu, a możliwości tej nie ograniczają żadne przepisy prawa. Ponadto wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu,

23

uniemożliwia mu dostęp do zamówienia, w szczególności przez ustanowienie niemożliwych do spełnienia i dyskryminacyjnych warunków w zakresie wykazania dysponowania odpowiednim doświadczeniem tak wykonawcy jak i jego personelu kluczowego.

Uzasadnienie odwołania

Zagadnienia wstępne

1. Pzp nie definiuje pojęcia proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 1a, jak również w art. 7 ust. 1, niemniej jednak można posłużyć się tutaj poglądami doktryny: „Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym.

Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”.

Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. (Prawo zamówień publicznych - Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, 4 Wydanie, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, s. 159-160). Określenie proporcjonalny przy uwzględnieniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp (jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych) to również taki sposób prowadzenia postępowania, który nie ogranicza konkurencji. Celem bowiem tworzenia opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest to, aby określone zamówienie było wykonywane przez podmiot, który rzeczywiście jest w stanie udźwignąć dane zamówienie pod każdym względem (np. organizacyjnym, finansowym, kadrowym).

Opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może natomiast przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy winni co do zasady mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych (zbliżonych) do tego, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, którą są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem.

Przedmiot zamówienia obejmuje:

Rozbudowę i przebudowa oczyszczalni ścieków w Łowiczu - ETAP I wraz ze wszystkimi robotami wymaganymi i przewidzianymi w projekcie pt.: „Przebudowa i rozbudowa

oczyszczalni ścieków w Łowiczu”, opracowanym przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu sp. z o.o. W projekcie inwestycja została podzielona na cztery zadania. Przedmiotem zamówieniem jest tylko etap I inwestycji, w którym będą realizowane następujące przedsięwzięcia z poszczególnych zadań:

- z zadania 1 (...), - z zadania 2 (...), - z zadania 3 (...), - z zadania 4 (...).

Z dokumentacji postępowania wynika, że jednym z oczekiwanych parametrów oczyszczalni jest jej wydajności na poziomie co najmniej $Q_{\text{śrd}} = 10.000 \text{ m}^3/\text{d}$. Z kolei z ogłoszenia o zamówienie wynika, że wartość szacunkowa zamówienia to ok. 60 mln złotych netto. Realizacja przedmiotu zamówienia będzie więc polegała jedynie na przebudowie niektórych elementów oczyszczalni i jej rozbudowie o dodatkowe instalacje m.in. hydrolizy termicznej osadu, odwadniania osadu oraz suszarni taśmowej osadów. Będzie to również tylko pierwszy etap planowanej rozbudowy oczyszczalni.

Odwolujący od wielu lat realizuje zamówienia, których zakres rzeczowy jest zbieżny z przedmiotem zamówienia na rzecz różnych podmiotów. Zamówienia polegające na jednoczesnej budowie, rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków o takiej wielkości (wydajności) o wszystkie instalacje stanowiące przedmiot zamówienia równocześnie są wyjątkowe w skali kraju i w ostatnich latach mogą dotyczyć tylko jednej inwestycji. Znacznie więcej realizacji dotyczy modernizacji, przebudowy, rozbudowy istniejących oczyszczalni o jedną instalację.

O ile Odwołujący dobrze odczytał treść warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj.

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

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

to wynika z niej, że Zamawiający oczekuje wykazania się doświadczeniem w realizacji roboty budowlanej polegającej na wykonaniu oczyszczalni ścieków komunalnych, w ramach której wykonano co najmniej instalacje hydrolizy termicznej osadu oraz instalacji odwadniania osadów a także, co nie jest do końca jednoznacznie sformułowane, również budowy nowej suszarni taśmowej osadów.

Odwolujący zaznaczył, że postawienie warunku w zakresie doświadczenia w realizacji wszystkich instalacji naraz w ramach jednej inwestycji nie wnosi żadnej wartości dodanej w porównaniu do doświadczenia zdobywanego przy realizacjach polegających na wykonaniu modernizacji oczyszczalni polegającej na wykonywaniu pojedynczych instalacji. Modernizacja oczyszczalni zarówno o jedną jak i kilka instalacji stanowi taki sam poziom skomplikowania realizacji zamówienia, bowiem w przypadku modernizacji oczyszczalni dołączenie choćby jednej z instalacji pociąga za sobą konieczność wprowadzenia zmian w obsłudze i sterowaniu oczyszczalnią porównywalnych z wprowadzeniem równocześnie kilku dodatkowych instalacji. Zatem, doświadczenie w realizacji budowy lub modernizacji oczyszczalni polegające na wykonaniu pojedynczych instalacji, o których mowa w warunku, w ramach różnych inwestycji, jest w zupełności wystarczające, a więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Stawianie przez wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu

musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu. Jeśli zatem przyjąć, że celem takim jest wybór wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie za konkurencyjną cenę, to dobór środka do osiągnięcia tego celu winien być adekwatny, wystarczający i zarazem zgodny z zasadą uczciwej konkurencji.

Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco*, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego. Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE - w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga testu w celu przeprowadzenia dwustopniowego wprowadzanego środka stwierdzenia:

1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji?

26

2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?

W analizowanym przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Oznacza to, że Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, przedmiot zamówienia, wymagania. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że „proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców” (uchwała KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15). Podobnie w wyroku KIO 1335/16 z dnia 8 sierpnia 2016 r. „Opis warunku udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który ma swobodę w jego ustalaniu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 22 ust. 4 p.z.p. stanowiącego, że opis ten musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Wymogi, które nie służą osiągnięciu tego celu, należy uznać za nadmierne i niezgodne z art. 22 ust 4 p.z.p.”

Jednocześnie, w myśl art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle powyższego jest również rzeczą oczywistą, że Zamawiający obowiązany jest formułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby były one obiektywnie możliwe do spełnienia oraz zgodne

27

z obowiązującymi przepisami prawa. Zasady te zostały jednak naruszone przez Zamawiającego.

Specyfika przedmiotu zamówienia powoduje, że jak to wspomniano powyżej warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy powinien zostać postawiony w ten sposób, że każda z instalacji, którą ma się wykazać wykonawca powinna odnosić się do odrębnych zamówień.

Odwołujący wskazał: należy również zauważyć, że zarówno Odwołujący jak i inni wykonawcy nie mogą wpływać na zakres wcześniejszych zamówień i to czy realizacja modernizacji jest wykonywana kompleksowo przez rozbudowę o kilka instalacji jednocześnie czy też modernizacje te wykonywane są w ramach kolejnych inwestycji. Najlepszym przykładem jest przedmiotowe zamówienie, w ramach którego Zamawiający zdecydował się jedynie na realizację części docelowej przebudowy polegającej na rozbudowie o te konkretne instalacje. Nie może on zatem formułować warunku udziału w postępowaniu, jak również sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powielając opis przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy winni, co do zasady, mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych (zbliżonych) do tego, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, którą są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem.

Ponadto Odwołujący zauważył, że parametrem głównym i w dużej mierze wystarczającym, którym należy się posługiwać przy stawianiu warunków dla przedmiotowych inwestycji powinna być wydajność oczyszczalni. To ten parametr determinuje pozostałe, w tym wielkość inwestycji i stopień jej skomplikowania. Zamawiający zastosował natomiast w warunkach udziału w postępowaniu drugie podstawowe kryterium tj. wartość wykonanej inwestycji.

Mając na względzie również powyższą argumentację Odwołujący zauważył, że określona w warunkach wartość (40 mln netto) stanowi jedynie odniesienie do wartości obecnego postępowania, nie jest to jednak wartość odpowiednia i proporcjonalna. Wartość takiej inwestycji, o ile w ogóle taki parametr musi zostać użyty, powinna stanowić poziom odpowiadający innym podobnym realizacjom, w tym tych których przedmiotem były realizacje jedynie jednej lub kilku innych rodzajów instalacji lub prac.

W związku z powyższym poziom parametru odnoszącego się do wartości zamówienia powinien zostać zdecydowanie zmniejszony do wartości co najwyżej 20 mln złotych netto.

W konsekwencji odpowiedniemu zmniejszeniu powinny ulec również wymagania w zakresie doświadczenia ekspertów, które wskazano w tym odwołaniu.

Jako zupełnie niezasadny i niezrozumiały, nawet w kontekście obecnego warunku doświadczenia wykonawcy (40 mln zł netto), Odwołujący uznał wymóg doświadczenia

28

w realizacji robót dla eksperta 1 - Przedstawiciela Wykonawcy na poziomie 50 mln złotych netto. Wykazanie oczekiwanego w warunkach doświadczenia polegającego na łącznej realizacji wielu instalacji w ramach jednej inwestycji oraz wartości takiej inwestycji na tak wysokim poziomie nie może być w ocenie Odwołującego, kryterium granicznym gdyż stanowi w istocie barierę dostępu do udziału w postępowaniu. Posiadane przez Odwołującego doświadczenie jak dotąd w pełni pozwalało wykonawcy na wykonywanie podobnych zamówień z sukcesem.

Aktualne wymagania odnośnie wymogu doświadczenia polegającego na wykazaniu się wykonaniem wszystkich instalacji w ramach jednego zamówienia a także wartość tych zamówień na tak wysokim i nieuzasadnionym poziomie, faktycznie preferuje wykonawców, którzy brali udział w jedynej inwestycji o tak szerokim przedmiocie zamówienia, jaka miała miejsce na terenie Polski w ostatnich latach, eliminując zdolnych do wykonania zamówienia wykonawców.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, postawione warunki w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy oraz ekspertów jakie są zawarte w ogłoszeniu i SIWZ ograniczają w sposób nieuzasadniony dostęp do udziału w postępowaniu, mając bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania.

Wszystkie pozostałe warunki udziału w postępowaniu jak i standard realizacji usług wymagany przez Zamawiającego Odwołujący spełnia, stąd zaniechanie dokonania wnioskowanej zmiany musi skutkować brakiem możliwości ubiegania się o zamówienie, mimo że potencjał jakim dysponuje gwarantuje wykonanie zamówienia na najwyższym

poziomie jakości.

Mając na względzie, że projekt jest współfinansowany z funduszy UE, a zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2016 poz. 200 [z dnia 18 lutego 2016 r.]), zmienionym rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 615 [z dnia 22 marca 2017 r.]) naruszenia jakie wykazano powyżej skutkują korektami na poziomie jak wynikające z Taryfikatora dla wskazanych pozycji. (*zestawienie tabelaryczne korekt*).

Powyższe znajduje potwierdzenie w obowiązujących Wytycznych Ministra Rozwoju w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.09.2016 r. (MR/H 2014-2020/12(02)/09/2016).

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

29

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania wniósł o oddalenie odwołań, jako bezzasadnych i nieznajdujących oparcia w przedmiotowym stanie prawnym i faktycznym. Wielokrotnie podkreślił rangę przedmiotu zamówienia, jego znaczenie dla lokalnego środowiska, współfinansowanie ze środków Unii Europejskiej. Wskazał zakres przedmiotu zamówienia, oczekiwane efekty, uzasadniające zamiar powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia, pewnemu i stabilnemu pod względem sytuacji ekonomicznej lub zawodowej, zdolności technicznej lub zawodowej przez cały okres realizacji inwestycji.

Ponadto wskazał, że inwestycja będzie realizowana na ruchu technologicznym istniejącej oczyszczalni bez pozbawienia mieszkańców odbioru ścieków, co dodatkowo stanowi utrudnienie wykonawcze zadania. Wskazał również na możliwość zagrożenia nałożeniem korekty finansowej od Jednostki Pośredniczącej.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego wnieśli o dokonanie rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, do której przystąpili.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Interes w uzyskaniu zamówienia powiązany z ewentualnością poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w przypadku kwestionowania postanowień SIWZ, jest oceniany w kontekście spełniania przesłanek przez wykonawcę, któremu naruszenie przepisów ustawy uniemożliwia złożenie oferty, czy to samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami, nie służy natomiast wykonawcy podejmującemu czynności w interesie innych wykonawców rozumianych jako wykonawców ogółem. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi też uprawnień do kwestionowania postanowień SIWZ w interesie publicznym (z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11).

Legitymacja czynna do wniesienia odwołania w szerokim rozumieniu uprawnień, w przypadku kwestionowania treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, nie zwalnia wykonawcy do wykazania interesu w uzyskaniu kwestionowanego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i związku szkody z naruszeniem.

Izba uznała, że odwołujący spełniają przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniające ich do wniesienia odwołań kwestionujących postanowienia SIWZ (odpowiednio treść ogłoszenia o zamówieniu), w zakresie odnoszącym się do ich sytuacji jako

30

potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawcy: Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego; FAMBUD - J.P. Sp. z o.o. z siedzibą

w Skierniewicach, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w sprawie sygn. akt KIO 940/17

oraz Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, SEEN TECHNOLOGIE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego; FAMBUD - J.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w sprawie sygn. akt KIO 943/17 – w wyniku skutecznych przystąpień stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Wykonawca Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie – w wyniku nieskutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 940/17 (przystąpienie po stronie zamawiającego i po stronie odwołującego) – nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w ramach wykonywanej kontroli czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, związana jest zarzutami zawartymi w odwołaniu (art. 180 ust. 1 i art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

W odwołaniu, którego przedmiotem są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znaczenie mają żądania odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem to one wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutów podniesionych w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje opisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze

31

sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi (wyrok z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1019/12) – w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 695/17.

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

Sygn. akt 940/17

1. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu: Sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy – wskazujący naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Przywołane przepisy stanowią:

- art. 22. 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności;
- art. 22c. 1. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności:
 - 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony

- minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem;
- 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;
- 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.
3. Zamawiający może wymagać informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 2, jeżeli określi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przejrzyste i obiektywne metody i kryteria, na podstawie których uwzględnia te informacje;

32

- art. 7.1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy został określony w Dziale VI pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ: następująco:

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

a) osiągnął przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 120 000 000 PLN,

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

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

Powyższe wskaźniki winny być spełnione dla każdego roku obrotowego osobno.

c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 30 000 000 PLN

d) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 30 000 000 PLN.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych Sytuacja ekonomiczna lub finansowa mogą oni spełniać łącznie (z wyjątkiem warunku Sytuacja ekonomiczna lub finansowa pkt a) i b), który musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z partnerów Konsorcjum jednocześnie.”

Z przywołanej ogólnej zasady w kwestii określania warunków udziału w postępowaniu, wynika obowiązek zamawiającego zachowania proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia oraz możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności przez wyrażenie minimalnych poziomów zdolności.

Przepisy ustawy umożliwiają wykonawcom poleganie na zdolnościach i sytuacji innych podmiotów oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez łącznie potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Znowelizowany przepis art. 23 ustawy Pzp wprowadził w ust. 5 uprawnienie zamawiającego do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania

33

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków określonych w art. 22 ust. 1b pkt 1-3, w tym sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

W odniesieniu do warunku sytuacji finansowej lub ekonomicznej wykonawcy, zamawiający określił zakres wymagań, mający na celu – zgodnie z oceną odwołującego – dokładne badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy w tym aspekcie.

Kwestionując opisany w Dziale VI pkt 2 ppkt 2.2. SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wyłącznie w zakresie - poziomu wskaźników: płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,3 oraz rentowność

sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży - na poziomie wartości nie mniejszej niż 0,03 - a także zakazu łączenia potencjału w celu wykazania wskaźników i osiągnięcia przychodu netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 120 000 000 PLN przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

– jako formułujący wymienione wskaźniki w sposób nadmierny, rygorystyczny i ograniczający krąg wykonawców, jednocześnie nie wykazujący dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa, odwołujący żądał obniżenia wskaźników:

-płynności finansowej będącej stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań do poziomu wartości nie mniejszej niż 1; -rentowności sprzedaży netto - stosunek zysku netto do sprzedaży do poziomu wartości wyższej od 0 (zera) oraz wykreślenia ograniczenia łącznego wykazania spełniania warunku w ppkt a, b przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, alternatywnie – o nadanie wymaganiu wskazanej w odwołaniu treści – łącznego spełnienia wymagania w ppkt a, b, uwarunkowanego osiągnięciem wskaźników dla swojej części przychodów przez każdego z partnerów konsorcjum lub podmiot trzeci.

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

Zarzut i żądanie odwołania zostały ograniczone wyłącznie do części warunku. Zakwestionowane wskaźniki zostały określone w SIWZ na wyższym poziomie niż wynika to z przedstawionej w odwołaniu doktryny. Odwołujący kwestionując poziom dwóch wskaźników i żądając ich obniżenia o 0,3 i 0,03 wielkości, poza powołaniem się na doktrynę, przyjęte wielkości wskaźników w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub

34

określenie w innych postępowaniach warunku bez stosowania wskaźników – nie wykazał zasadności żadanego obniżenia wskaźników w odniesieniu do swojej sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wobec tego, Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego poziomu oraz żądania obniżenia poziomu dwóch przedstawionych wskaźników dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej odwołującego jako potencjalnego wykonawcy. Uznała natomiast za zasadny, mając na uwadze opisany w SIWZ zakres oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy przy sformułowaniu tego warunku, zarzut w części wyłączającej możliwość łącznego wykazania spełniania warunku opisanego w ppkt a, b przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

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

2. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy – wskazujący naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Przywołane przepisy stanowią:

- art. 22. 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności;

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

35

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

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

Według odwołującego warunek został opisany następująco:

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

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

**) Uwagi!*

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

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

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

36

Opis przedstawiony w odwołaniu z pominięciem w stosunku do opisu zamieszczonego w SIWZ spójnika „oraz” po wyrazach: „budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.” – jest zgodny z intencją i rozumieniem tego warunku przez zamawiającego, w myśl oświadczenia jakie złożył na rozprawie zamawiający przy omawianiu adekwatnego zarzutu przedstawionego w odwołaniu sygn. akt KIO 943/17. Warunek nie był kwestionowany w odwołaniu KIO 940/17 jako błędny opis pod względem gramatycznym czy stylistycznym. Nie był również kwestionowany co do jego zakresu przedmiotowego.

Z opisu zamieszczonego w odwołaniu wynika, że zamawiający żądał wykazania dwóch robót, tj. jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej $Q_{\text{śrd}}=10.000 \text{ m}^3/\text{d}$ oraz wartości wykonanych robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT,

obejmującej swym zakresem co najmniej: • budowę nowego układu instalacji hydrolizy termicznej osadu o wydajności minimalnej 150 kg s.m. osadu/h oraz • budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m., • jednej roboty budowlanej na oczyszczalni ścieków komunalnych polegającej na budowie nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych suszącą osad do zawartości suchej masy min. 90% i wydajności min 750 kg odparowanej H₂O/h.

Odwołujący, nie kwestionując ilości i zakresu robót, żądał podziału przedmiotowego zakresu robót budowlanych na: roboty budowlane i dostawy, tj.: • jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie, rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych (w zakresie których wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem) o minimalnej wydajności oczyszczalni co najmniej Q_{śrd}=10.000 m³/d oraz wartości wykonanych/robót budowlanych co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT, obejmującej swym zakresem co najmniej budowę nowego układu instalacji odwadniania osadów o wydajności odwadniania min. 25% s.m.

oraz

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

oraz

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

37

– przy jednoczesnym wykreśleniu wyłączenia łącznego spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz polegających na zdolnościach innych wykonawców i dodatkowo zakazującego łączenia (sumowania) doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

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

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

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

– o parametrach odpowiadających opisanym w SIWZ

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

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

Zadanie 1

Hala krat i pompownia ścieków - obiekt nr 1, 2 (przebudowa i rozbudowa)

Sitopiaskowniki - obiekt nr 3.1, 3.2 (budowa)

Komorą przelewową ścieków K-8 - obiekt nr 44 (budowa)

Osadniki wstępne - obiekt nr 4.1, 4.2 (budowa)

Komory predenitryfikacji, defosfatacji i denitryfikacji - obiekt nr 5.1, 5.2, (budowa)

Pompownia osadu recyrkulowanego i nadmiernego - obiekt nr 9 (przebudowa)

Pompownia ścieków recyrkulowanych - obiekt nr 7 (przebudowa i rozbudowa)

Stacja dmuchaw - obiekt nr 13, (tylko wyposażenie technologiczne) (przebudowywany)

Budynek magazynowania i dozowania PIX-u - obiekt nr 14 (przebudowywany)

Zagęszczacz grawitacyjny - obiekt nr 16 (przebudowa)

Biofiltr - obiekt nr 26.2 (budowa)

Pompownia wody technologicznej - obiekt nr 34 (budowa)
Ujęcie wody technologicznej - obiekt nr 34.1 (budowa)
Stacja transformatorowa - obiekt nr 40 (przebudowa)
Budynek administracyjno-socjalny - obiekt nr 35 (wyposażenie biur, klimatyzacja, AKPiA) - (doposażenie)
sieci zewnętrzne technologiczne, sanitarne, elektryczne i sterownicze, AKPiA wraz ze studzienkami i komorami (przebudowa i rozbudowa)
- Zadanie 2
Zbiornik osadu nadmiernego - obiekt nr 17 (przebudowywany)
Zamknięte komory fermentacyjne - obiekt nr 21.1, 21.2 (przebudowywany)
Trzon komunikacyjny przy WKF-ach - obiekt nr 21.3 (budowa)
Wymiennikownia - obiekt nr 20 (przebudowywany)
Budynek odwadniania osadu - obiekt nr 23 (przebudowa i nadbudowa)
Budynek hydrolizy osadu - obiekt nr 19 (budowa)
Zbiornik osadu przefermentowanego - obiekt nr 22 ((budowa)
Wiatła odbioru osadu odwodnionego - obiekt nr 41.1 (budowa)
Kotłownia i gospodarka cieplna wraz ze zbiornikiem oleju - obiekt nr 38 i 27 (budowa)
Zbiornik biogazu - obiekt nr 32 (budowa)
Węzeł rozdzielczy - obiekt nr 31 (budowa)
Odsiarczalnica biogazu - obiekt nr 30 (budowa)
Pochodnia - obiekt 33 (budowa)
sieci zewnętrzne technologiczne, sanitarne, elektryczne i sterownicze oraz AKPiA wraz ze studzienkami i komorami (przebudowa i rozbudowa)
- Zadanie 3
Stacja zlewna ścieków dowożonych ~ obiekt nr 15 (budowa)
Suszarnia osadu, Agregat kogeneracyjny i wiatły odbioru osadu wysuszonego, zbiornik osadu dowożonego - obiekt 25, 39.1 i 39.2, 41.2, 24 (budowa)
Biofiltr - obiekt nr 26.1 (budowa)
Wiatła technologiczne - obiekt nr 42 (budowa)
Stacja osadu dowożonego płynnego z pompownią - obiekt nr 18 (budowa)
sieci zewnętrzne technologiczne, sanitarne, elektryczne i sterownicze oraz AKPiA wraz ze studzienkami i komorami (przebudowa i rozbudowa)
- Zadanie 4
Budynek warsztatowy + Garaż - obiekt nr 36 (budowa)
Komora pomiarowa K-9 - obiekt nr 48 (budowa)
Osłona śmietnikowo - obiekt nr 43 (budowa)
Automatyczna stacja poboru prób - obiekt nr 47 (budowa)

Magazyn (istniejący) - obiekt nr 37 (przebudowywany)
Magazyn odpadów - obiekt nr 46
sieci zewnętrzne technologiczne, sanitarne, elektryczne i sterownicze oraz AKPiA wraz ze studzienkami i komorami (przebudowa i rozbudowa),
Układ drogowy i kompostownia - obiekt nr 28 (przebudowywany) ogrodzenie (budowa na odcinku przewidzianym w przedmiarze robót).
Kotłownia i gospodarka cieplna wraz ze zbiornikiem oleju - obiekt nr 38 i 27 (budowa)
Zbiornik biogazu - obiekt nr 32 (budowa)
Węzeł rozdzielczy - obiekt nr 31 (budowa)
Odsiarczalnica biogazu - obiekt nr 30 (budowa)
Pochodnia - obiekt 33 (budowa)
sieci zewnętrzne technologiczne, sanitarne, elektryczne i sterownicze oraz AKPiA wraz ze studzienkami i komorami (przebudowa i rozbudowa).

Zmiana warunku zdolności technicznej lub zawodowej z wymaganej budowy nowego układu instalacji odwadniania osadów i nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych – na

żądane dostawy tych urządzeń – w świetle opisu przedmiotu zamówienia przewidującego, chociażby w zadaniu 2 przebudowę i nadbudowę Budynku odwadniania osadu - obiekt nr 23 i budowę Budynku hydrolizy osadu - obiekt nr 19 – nie znajduje uzasadnienia w przywołanych przepisach ustawy, nie znajduje także uzasadnienia ingerowanie w wymagania zamawiającego co do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, gdy przedmiotem zamówienia (niekwestionowanego w odwołaniach) są roboty budowlane polegające na kompleksowej przebudowie wraz z rozbudową oczyszczalni ścieków, w zakresie której instalacje urządzeń zostały przewidziane jako budowy a nie dostawy. Złaskza, że realizacja umowy będzie miała miejsce, zgodnie z potwierdzeniem zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, gdy „instalacja będzie na ruchu technologicznym”.

Mając jednak na uwadze zakres oraz charakter warunku zdolności technicznej lub zawodowej, Izba uwzględniła żądanie odwołującego wyeliminowania wyłączenia możliwości łącznego spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wykonawców polegających na zdolnościach innych podmiotów oraz łączenia (sumowania) doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia, które zostało zamieszczone w pkt 2.3 w opisie „*) Uwagi!”.

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

40

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

3. Zarzut naruszenia art. 23 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22a ust. 1, art. 22c ust. 1 i ust. 3, art. 22d ust. 1, art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz ekonomicznej lub finansowej, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub korzystających z potencjału podmiotów trzecich w sposób szczególny, pomimo że nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny.

Dodatkowo wskazane w tym zarzucie przepisy ustawy Pzp, obok przywołanych w zarzutach nr 1 i 2, stanowią:

- art. 23. 5. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne;
- art. 22. 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności;
- art. 22a. 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych;
- art. 22d. 1. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający opisał odmiennie spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących:

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej w pkt 2.2 SIWZ – wyłącznie w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – przyjmując za podstawę uprawnienia określone w art. 23 ust. 5 ustawy Pzp;
- zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 2.3, 1 SIWZ, „*) Uwagi!” w pkt 1 i 4 w odniesieniu do podwykonawców udostępniających doświadczenie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia w zakresie tych warunków udziału w postępowaniu, zostało przedstawione w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutów, odpowiednio 1 i 2.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 91 ust. 2 w zw. z art 91 ust. 1 przez określenie sposobu oceny ofert w Kryterium III (Parametry techniczne efektywność) w sposób nieobiektywny, nieproporcjonalny, sprzeczny z zasadą przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, uwzględniający obowiązek przedstawienia dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji, pomimo że nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Przepis art. 25 ustawy Pzp stanowi:

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Przepis art. 91 Pzp stanowi:

1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

2c. Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W Dziale XVI – zostało opisane Kryterium III - Parametry techniczne efektywność (E) z wagą 12%.

W opisie sposobu oceny ofert w tym kryterium Zamawiający zastrzegł, że:

„Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji. Zarazem Zamawiający wymaga, aby wykonawcy przedstawili wszelkie dane teleadresowe użytkownika obiektu, dane osoby kontaktowej oraz zdjęcia deklarowanej instalacji.”

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez wykreślenie z opisu kryterium III Parametry techniczne efektywność (E) zastrzeżenia

o treści: *„Jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty podpisane przez użytkownika obiektu poświadczające osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.”*

Izba uznając zarzut i żądanie za zasadne, uwzględniła następujące aspekty. Przepis

art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zgodnie z przywołanym art. 91 ust. 2 ustawy, kryteria inne (niż cena lub koszt) odnoszą się do przedmiotu zamówienia. W ust. 2c Pzp, który normuje materię związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, określono, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia. Przytoczona część przepisu wskazuje, że ustawodawca uznał, że kryterium oceny ofert jest związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli jest związane z świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego (przedmiotem zamówienia), które ma zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia. Wymaganie to określa ramy legalności zastosowania kryterium. Kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia, a więc posiadać charakter przedmiotowy. Regulację tę uzupełnia art. 91 ust. 3 Pzp zakazujący ustanawiania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy.

Jeśli więc zamawiający stosuje kryteria oceny ofert związane ze świadczeniem, musi zażądać złożenia w ofercie dokumentów na podstawie, których będzie w stanie ocenić ofertę i przyznać odpowiednią punktację. Będą to m.in. również dokumenty potwierdzające

43

posiadanie określonych parametrów przez przedmiot zamówienia, czyli również dokumenty przedmiotowe, o których stanowi § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126) – w szczególności będą to: *wyszczególnione w punktach 1-5.*

Dokumenty te mają inny charakter – nie są żądane w celu wykazania, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w celu umożliwienia dokonania oceny złożonych ofert według kryteriów oceny ustalonych w postępowaniu.

W kontekście powyższego, Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że żądanie dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji zainstalowanej w innym obiekcie, narusza zasadę związania kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia – robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem realizacji w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności przy uwzględnieniu faktu, że zróżnicowane warunki eksploatacyjne wpływają na osiągnięcie poziomu odwadniania osadów, czego przykładem może być osiągnięcie różnego poziomu odwadniania osadów u różnych użytkowników, mimo zastosowania takich samych instalacji. Należało również uznać za zasadne stanowisko odwołującego, że wykonawca nie ma żadnego roszczenia wobec użytkownika obiektu o wydanie poświadczenia o osiągnięciu poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.

Sygn. akt KIO 943/17

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

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

44

Przywołane przepisy stanowią:

- art. 22. 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od

wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (...), 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

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

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

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

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

2) wartości robót budowlanych realizowanych przez osoby, którymi dysponuje wykonawca (aktualnie lub będzie dysponował przy wykonywaniu zamówienia), pełniące wymagane funkcje – jako warunek „Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów” (Dział VI pkt 2 ppkt 2.1, 1-5 - Eksperti Nr 1, Nr 2, Nr 3, Nr 4, Nr 5), wnosząc o zmianę wartości robót budowlanych z co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr 2-4), na jednakowe wartości 20 mln zł bez podatku VAT.

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

1. Opisu warunku zdolności technicznej lub zawodowej, uznając, że z opisu zamieszczonego w ppkt 2.3, 1 jednej roboty budowlanej oznaczonej pierwszą kropką wynika, że robota ta

45

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

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

Opis taki łączący poszczególne zdania spójnikiem „oraz” jednoznacznie wskazuje na równorzędność wymagań, a więc, że zakres wymaganej roboty budowlanej obejmuje budowy nowych układów instalacji: hydrolizy termicznej osadu, odwadniania osadów, także nowej suszarni taśmowej osadów komunalnych.

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

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

2. Izba uwzględniła natomiast zarzut dotyczący wartości robót budowlanych zrealizowanych przez osoby pozostające w dyspozycji wykonawcy (aktualnie lub przy wykonywaniu

zamówienia), które pełniły wymagane funkcje, uznając, że wartości co najmniej 50 mln zł bez podatku VAT (Ekspert Nr 1) i co najmniej 40 mln zł bez podatku VAT (Eksperti Nr 2-5), w porównaniu z wartością roboty budowlanej wymaganej od wykonawcy w kwocie również 40 mln zł bez podatku VAT jako wartości całkowitej, wskazują na brak proporcjonalności i ich nadmierność.

Skoro zamawiający uznał wartość roboty budowlanej, wykazywanej na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w kwocie 40 mln zł bez podatku VAT, która stanowi ok. 66% wartości zamówienia w prowadzonym postępowaniu (ok. 60 mln zł), Izba uznała, że wartość robót wymaganych od Ekspertów nie powinna przekraczać tej wielkości. Nie uwzględniła jednak żądania nakazania zamawiającemu przyjęcia jednakowej wartości dla wszystkich robót budowlanych 20 mln zł bez podatku VAT, wskazując jedynie przykładowo, wartość roboty wymaganej od Eksperta Nr 1 jako 40 mln zł bez podatku VAT, porównywalną z wartością wymaganej od wykonawcy roboty budowlanej 40 mln zł bez

46

podatku VAT, a dla pozostałych Ekspertów zmniejszoną o 10 mln zł bez podatku VAT, uwzględniając zróżnicowanie wartości przyjęte w SIWZ.

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

Dowody złożone przez odwołujących i uczestników postępowania odwoławczego, dotyczące innych postępowań o udzielanie zamówień, w szczególności wyciągi, wypisy lub pełne teksty – ogłoszeń o zamówieniach, SIWZ, zawiadomień o rozstrzygnięciach postępowań nie mogły stanowić podstawy uwzględnienia pozostałych zarzutów, ze względu chociażby na istotne odmienności występujące w każdym postępowaniu.

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

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

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

Reasumując, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.).

47

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła kwoty wpisów od odwołań uiszczone przez odwołujących po 20 000 zł, łącznie 40 000 zł. Zasądziła na rzecz odwołujących kwoty po 23 600 zł stanowiące równowartości wpisów (po 20 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocników (po 3 600 zł) – na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: