

**Sygn. akt: KIO 1525/16**

**WYROK**

**z dnia 30 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016 r. przez **S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DREW-PLAK S.W.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie**, przy udziale **AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DREW-PLAK S.W. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługi ogrodnicze i sprzątania na terenach Cmentarzy Komunalnych m. st. Warszawy w latach 2017 i 2018.*

W dniu 16 sierpnia 2016 r. wykonawca S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DREW-PLAK S.W. wniósł odwołanie wobec zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i 5 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie usług na następujących cmentarzach:

- Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie o łącznej powierzchni 143 ha;
- Cmentarz Wojskowy w Warszawie o łącznej powierzchni 26 ha;
- Cmentarz Komunalny Południowy w Antoninowie, gm. Piaseczno na powierzchni 51,39 ha.

Zamawiający dla części I (Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie) w pierwotnym ogłoszeniu postanowił, że o zamówienia może się starać wykonawca, który posiada udokumentowane doświadczenie zawodowe zgodnie z załącznikiem nr 5 w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi ogrodniczej w zakresie pielęgnacji zieleni, polegającej na koszeniu trawników, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji róż, pielęgnacji bylin, pielęgnacji drzew, wykonaniu prac porządkowych, odśnieżaniu zimowym, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto. Zgodnie z treścią tego ogłoszenia, w celu potwierdzenia wiedzy i doświadczenia, wykonawcy winni udokumentować realizację co najmniej jednej usługi pielęgnacji zieleni, nie mniejszej niż wskazane w pkt. 8.3. ppkt a), b), c). Zamawiający dopuścił sumowanie wartości usług za okres 12 miesięcy, przy czym co najmniej jedna usługa musiałaby być wykonywana przez okres 12 miesięcy. Zamawiający dopuścił również łączenie usług, które częściowo wykraczają poza wskazany przez Wykonawcę okres 12 m-cy. W takim przypadku Zamawiający uzna te części usług, które wchodziły w zakres 12 m-cy. Wartość takich części usług zostanie uwzględniona proporcjonalnie. Zamawiający dopuścił także łączenie usług

o kodach CPV 77.30.00.00-3 i 90.60.00.00.-3. Następnie, w dniu 4 sierpnia 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia nadając mu następujące brzmienie: *posiadający udokumentowane doświadczenie zawodowe zgodnie z załącznikiem nr 5 w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi ogrodniczej w zakresie pielęgnacji zieleni, polegającej na: a) I część zamówienia - Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie – koszeniu trawników, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji róż, pielęgnacji bylin, pielęgnacji drzew, wykonaniu prac porządkowych, odśnieżaniu zimowym, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto; b) II część zamówienia - Cmentarz Wojskowy w Warszawie - koszeniu trawników, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji bylin, pielęgnacji drzew, wykonaniu prac porządkowych, odśnieżaniu zimowym, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 400 000,00 złotych brutto; c) III część zamówienia - Cmentarz Komunalny Południowy w Antoninowie - koszeniu trawników, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji róż, pielęgnacji bylin, pielęgnacji drzew, wykonaniu prac porządkowych, odśnieżaniu zimowym, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 700 000,00 złotych brutto; w wybranym przez Wykonawcę roku. Zamawiający dopuszcza sumowanie maksymalnie 3 usług o mniejszej wartości, przy czym przynajmniej jedna z nich musi mieć wartość nie mniejszą niż 50% wartości wskazanej w pkt. 8.3 lit a), b), c) i być realizowana przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy. W związku z powyższym, Zamawiający podwyższył wymagania w stosunku do potencjalnych wykonawców m.in. poprzez dodanie, że wartość co najmniej jednej usługi musi być nie mniejsza niż 50% wartości wskazanej w pkt. 8.3 lit a), b), c) Ogłoszenia.*

Zdaniem Odwołującego, zmiana wymagań w zakresie dotyczącym ww. warunku udziału w postępowaniu jest nieuzasadniona, nieumotywowana obiektywnymi przesłankami i narusza art. 7 oraz art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że wynikający z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 i 5 ustawy nakaz stworzenia i zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest oczywiście tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Innymi słowy, celem ich postawienia i odpowiedniego opisanie jest wybór Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie może określić warunków udziału w postępowaniu w sposób, który umożliwiłby złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie także inni wykonawcy. Legitymowanie się przez wykonawcę ubiegającego się

o zamówienie publiczne wiedzą i doświadczeniem stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp ma być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, potwierdzające, że wykonawca posiada wystarczającą zdolność, wiedzę i doświadczenie, aby z pozytywnym skutkiem mógł podjąć się realizacji zamówienia publicznego. Wymóg proporcjonalności nakazuje ustalenie, w jakim stosunku poziom warunku udziału musi pozostawać wobec przedmiotu zamówienia, aby zapewnić prawidłowy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu zachodzi wówczas, gdy warunek zostanie ustalony w sposób nadmierny lub niewystarczający w stosunku do konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, uwzględniając stopień skomplikowania, specyfikę, charakter, zakres i wartość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że posiada wystarczającą zdolność, wiedzę i doświadczenie, aby z pozytywnym skutkiem mógł zrealizować przedmiotowe zamówienie, ponieważ od 22 lat realizuje usługi ogrodnicze i sprzątania na terenach m.st Warszawy oraz przyległych gmin. Wartość usług określonych przez Zamawiającego w pkt 8.3 ppkt a Ogłoszenia, a realizowanych przez Odwołującego w okresie 12 miesięcy znacząco przekracza 1 000 000,00 złotych brutto. Odwołujący w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie zrealizowała ponad 20 umów na różnego rodzaju usługi ogrodnicze i sprzątania.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający cyklicznie organizuje postępowania przetargowe na wybór wykonawcy usług ogrodniczych i sprzątania cmentarzy komunalnych. W postępowaniu na usługi ogrodnicze i sprzątania na terenach cmentarzy komunalnych m. st. Warszawy w latach 2015 i 2016 warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia w części I – Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie o łącznej powierzchni 143 ha, były analogiczne jak w niniejszym postępowaniu w pierwotnym brzmieniu Ogłoszenia, co w wystarczającym stopniu zabezpieczało wyłonienie wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest zastrzanie tego warunku w sytuacji, w której usługa w latach poprzednich na podstawie analogicznego wymagania została wykonana należycie. Ponadto trudno odgadnąć dlaczego dla Zamawiającego nagle w trakcie trwania przedmiotowego postępowania kluczowe stało się wymaganie, aby jedna ze zrealizowanych usług była o wartości nie mniejszej niż 50% wartości wskazanej w pkt. 8.3 lit a, b, c Ogłoszenia. Jeżeli zastrzanie warunków udziału w postępowaniu zostało spowodowane faktem, że Zamawiający powziął wiedzę, że Odwołujący będzie ubiegał się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, to jest to działanie bezprawne. Powyższe przypuszczenie jest uzasadnione tym, że powszechnie dostępna jest informacja, że Odwołujący dysponuje

wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, ale wartość kluczowej usługi wynosi ok. 450 000 zł, tj. 45 % wartości wskazanej w pkt. 8.3 lit a Ogłoszenia.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze charakter przedmiotu zamówienia (usługi ogrodnicze i sprzątnia) należy stwierdzić, że wykonawca, który w okresie 12 miesięcy nawet realizują tylko jedną usługę o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto i ten, który w tym samym czasie realizuje kilka usług o tej samej wartości mają praktycznie takie samo doświadczenie. W obydwu przypadkach czynności, które należy wykonać są takie same. Z punktu widzenia zarządzania i administracji realizacja kilku usług jednocześnie jest nawet bardziej skomplikowana. Ograniczanie udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców zdolnych do należytego wykonania zamówienia nie ma żadnego uzasadnienia. W orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Odwołujący dodał, że w związku ze zmianą treści Ogłoszenia i SIWZ skontaktował się telefonicznie w dniu 4 sierpnia 2016 r. około godz. 13.00 przedstawicielem Zamawiającego Panem J.P. i dowiedział się, że *zmiana warunku podyktowana była celową eliminacją małych firm.*

Odwołujący podkreślił, że zmiana warunków dokonana w dniu 4 sierpnia 2016 r. narusza art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, ponieważ powoduje, że warunki te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nie pozwalają one na udział w postępowaniu wykonawcy, który jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia w I część zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu III.2.3 ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.3 ppkt a (I część zamówienia - Cmentarz Komunalny Północny w Warszawie) SIWZ poprzez przywrócenie pierwotnej treści warunku w brzmieniu opublikowanym w dniu 12 lipca 2016 r. lub poprzez dopuszczenie sumowania wartości usług za okres 12 miesięcy, przy czym co najmniej jedna usługa musi być wykonywana przez okres 12 miesięcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AG-Complex Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wystąpienie szkody w dacie wniesienia odwołania nie jest warunkiem istnienia po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, zgodnie z przywołanym wyżej przepisem wystarczająca jest bowiem możliwość poniesienia takiej szkody w przyszłości.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu z 12 lipca 2016 r. i punktem 11.3 pierwotnego brzmienia SIWZ, Zamawiający wymagał legitymowania się przez wykonawców udokumentowanym doświadczeniem zawodowym w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi ogrodniczej w zakresie pielęgnacji zieleni, polegającej – w odniesieniu do części I zamówienia – na koszeniu trawników, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji róż, pielęgnacji bylin, pielęgnacji drzew, wykonaniu prac porządkowych, odśnieżaniu zimowym, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto. Zamawiający postanowił, że dopuszcza sumowanie wartości usług za okres 12 miesięcy, przy czym co najmniej jedna usługa musiałaby być wykonywana przez okres 12 miesięcy.

W dniu 4 sierpnia 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany ww. postanowień SIWZ, postanawiając, że *dopuszcza sumowanie maksymalnie 3 usług o mniejszej wartości, przy czym przynajmniej jedna z nich musi mieć wartość nie mniejszą niż 50% wartości wskazanej w odpowiednich postanowieniach SIWZ i być realizowana przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.*

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W myśl art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty

budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się zrealizowaniem usług takich, jak będące przedmiotem zamówienia spełnia pierwszą z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. jest związane z przedmiotem zamówienia. Oceniając natomiast kwestię proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. Innymi słowy, zamawiający ma swobodę ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, jednak swoboda ta ograniczona jest przepisami art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a ustanowienie określonych wymagań może być podyktowane wyłącznie dopuszczeniem do postępowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby ograniczenie możliwości sumowania wartości umów, których wykonaniem mają legitymować się wykonawcy, nie może być uznane za wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wartość 1.000.000 zł stanowi jedynie 23% wartości całego zamówienia (trzy części). Jest to również wartość znacznie niższa niż oszacowana wartość pierwszej części zamówienia. Co więcej, Zamawiający nie wymaga wykazania się realizacją jednej umowy na taką kwotę, wystarczającą bowiem będzie doświadczenie w wykonaniu trzech umów, z których przynajmniej jedna miała wartość nie

mniejszą niż 500.000 zł, tj. istotnie mniej niż wynosi wartość I części zamówienia. Zamawiający zatem wymaga legitymowania się doświadczeniem w realizacji umów o wartości istotnie niższej, niż umowa, która będzie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania.

Ograniczenie możliwości sumowania wartości wykonanych umów w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, należy uznać za służące wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że inaczej realizuje się wiele umów na nieznaczej wartości, a innego potencjału, umiejętności i zdolności logistycznych wymaga obsługa kontraktu o wartości 500.000 zł. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia (prace realizowane na powierzchni 143 hektarów, 99 km ciągów pieszych, konieczność korelacji prac z licznymi uroczystościami odbywającymi się codziennie na terenie cmentarza), uprawnione jest twierdzenie, że wykonawca, który wykonywał prace ogrodnicze i usługi sprzątnięcia o mniejszej wartości niż wymaga Zamawiający, a co za tym idzie – o mniejszym zakresie, nie ma doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Inne jakościowo jest doświadczenie wykonawcy, który zrealizował trzy większe umowy, z których jedna miała wartość 500.000 zł, inne zaś wykonawcy, który ma doświadczenie w wykonaniu wielu mniejszych umów, ale tym samym nieporównywalnych z umową, która ma być zawarta w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że we wcześniej prowadzonych postępowaniach Zamawiający dopuszczał sumowanie wartości mniejszych umów, należy stwierdzić, że Izba orzeka w konkretnej sprawie i nie może oceniać czynności Zamawiającego w innych postępowaniach. Z faktu, że we wcześniejszych przetargach Zamawiający nie wprowadził ograniczeń dotyczących sumowania wartości umów, których wykonaniem mieli legitymować się wykonawcy, nie można wnioskować, że ograniczenie takie jest niedopuszczalne w niniejszym postępowaniu (nie można zresztą wykluczyć, że również we wcześniejszych postępowaniach takie zastrzeżenie warunku mogłoby być uznane uzasadnione). Treść warunków sformułowanych w poprzednich postępowaniach nie może więc być rozstrzygająca dla oceny tych warunków w niniejszym postępowaniu. W związku z tym na marginesie jedynie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wykazał różnice między zakresem poprzednich zamówień a zakresem obecnego zamówienia. Ze złożonego przez Zamawiającego zestawienia kosztorysów wynikają istotne różnice między zakresem przedmiotu zamówienia obecnie i we wcześniejszych postępowaniach (zmiana zakresu powierzchni prac, wprowadzenie nowych pozycji prac ogrodniczych i porządkowych).

Odnosząc się do tezy Odwołującego, jakoby intencją Zamawiającego była celowa eliminacja z postępowania małych wykonawców, wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego o rozmowie telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego pozostały



gołosłowne. Odwołujący nie podjął nawet próby udowodnienia treści tej rozmowy. Nie można więc na podstawie przytoczonego w odwołaniu przebiegu tej rozmowy stwierdzić, że Zamawiający działał z zamiarem ograniczenia konkurencji, zwłaszcza że zamiar taki nie znajduje potwierdzenia w relacji warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do złożonego przez Odwołującego listu referencyjnego, mającego potwierdzać, że Odwołujący nie legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu umowy o wartości co najmniej 500.000 zł, należy stwierdzić, że okoliczność, na jaką dokument ten został złożony, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. O ocenie treści spornego warunku udziału w postępowaniu nie może bowiem przesądzać okoliczność, czy Odwołujący legitymuje się takim doświadczeniem, czy też nie (należy zresztą zakładać, że gdyby się nim legitymował, nie złożyłby odwołania). Ocena warunku jest dokonywana z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności, nie zaś potencjału konkretnego wykonawcy, a fakt, że Odwołujący nie ma określonego doświadczenia nie przesądza o tym, że warunek został przez Zamawiającego opisany z naruszeniem przepisów ustawy.

Podsumowując, należy stwierdzić, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w brzmieniu nadanym 4 sierpnia 2016 r. jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także służy zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisów art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Powyższy przepis nie ustanawia dla zamawiającego szczególnych ograniczeń w możliwości dokonania zmiany SIWZ. Sformułowanie *w uzasadnionych przypadkach* należy rozumieć jako stwierdzenie przez Zamawiającego zaistnienia takiej potrzeby. Może to być potrzeba naprawienia błędów popełnionych przy opracowaniu SIWZ, zweryfikowanie jej postanowień czy refleksja zamawiającego co do wcześniej nadanego brzmienia. Sam fakt skorzystania z możliwości określonej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie może być uznany za naruszenie przez Zamawiającego ustawy, jeżeli zmiana ta została przekazana do wiadomości wykonawców w sposób określony w tym przepisie. Z kolei treść zmienionych postanowień SIWZ podlega ocenie pod kątem zgodności z właściwymi przepisami ustawy, w przypadku

opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....