

Sygn. akt: KIO 3659/21

WYROK

z dnia 30 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Biuro Projektowo - Usługowe Automatyki i Informatyki "MERPRO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, ul. Starołęcka 7/10, 61—361 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez „**ZGO Sp. z o.o. w Jarocinie – Wielkopolskie Centrum Recyklingu**” Witaszyczki, ul. Mariusza Małynicza 1, 63-200 Jarocin

przy udziale:

- A. wykonawcy **J. G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **J. G. "GRAJAN" Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy**, Sierniki 1, 64-610 Rogoźno zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **B. G.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Budownictwa Ogólnego „MODUŁ” B. G.**, Stróżówka 67, 38-300 Gorlice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. **Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Biuro Projektowo - Usługowe Automatyki i Informatyki "MERPRO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

ZGO Sp. z o.o. w Jarocinie – Wielkopolskie Centrum Recyklingu (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Jarocin – Wielkopolskie Centrum Recyklingu; zadanie nr 3B: część biologiczna – rozbudowa o m.in. tunele kompostowe oraz zadania nr 3C: część biologiczna – rozbudowa o fermenter”, numer referencyjny: ZGO/ZP/28/2021. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 207-540496.

8 grudnia 2021 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej zmiany postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), a 10 grudnia 2021 r. zmiany te zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - ogłoszenie o zmianie nr 2021/S 240-629479.

Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca Biuro Projektowo — Usługowe Automatyki i Informatyki „MERPRO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec ww. zmiany postanowień SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (VII. 1.2 oraz SWZ rozdz. VII pkt 2.4 lit. a). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności,
- 2) art. 137 ust. 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed publikacją ogłoszenia o zmianie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czym Zamawiający naruszył zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści zakwestionowanych postanowień SWZ w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- wybudował przynajmniej 2 instalacje stabilizacji tlenowej o wydajności min. 16 000 Mg/rok każda, wyposażonej w system automatycznego napowietrzania wraz z systemem nawadniania odpadu, składającej się z min. 5 tuneli w konstrukcji żelbetowej, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów, lub w innej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska,

- wybudował przynajmniej 2 instalacje do stabilizacji beztlenowej o wydajności min. 15 000 Mg/rok każda, składającej się z komory fermentacyjnej w technologii suchej ciągłej poziomej termofilowej z mieszaniem poziomym oraz przepływem tłokowym fermentatu wraz z niezbędną infrastrukturą,

alternatywnie:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- wybudował przynajmniej 2 instalacje stabilizacji tlenowej o wydajności min. 16 000 Mg/rok każda, wyposażonej w system automatycznego napowietrzania wraz z systemem nawadniania odpadu, składającej się z min. 5 tuneli w konstrukcji żelbetowej, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów, lub winnej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska,

- wybudował przynajmniej 2 instalacje do stabilizacji beztlenowej o wydajności min. 15000 Mg/rok każda, składającej się z komory fermentacyjnej w technologii suchej ciągłej poziomej termofilowej z mieszaniem poziomym oraz przepływem tłokowym fermentatu wraz z niezbędną infrastrukturą, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów lub w innej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska

W uzasadnieniu odwołania, w uwagach ogólnych, Odwołujący wskazał, że zamówienia polega na rozbudowie istniejącej części biologicznej ZZO Jarocin o instalację stabilizacji tlenowej oraz beztlenowej odpadów biodegradowalnych. Inwestycja składa się z rozbudowy o dodatkowe tunele kompostowe wraz z komorą fermentacyjną do produkcji biogazu. Zadanie obejmuje wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z

uzyskaniem wszelkich wymaganych przepisami prawa uzgodnień, opinii i pozwoleń, z zastrzeżeniem wydanej dla inwestycji decyzji środowiskowej.

Warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jest już kolejny raz zmieniany przez Zamawiającego. Wcześniejsza zmiana została wprowadzona 25.10.2021 r. i polegała na ograniczeniu terytorialnym wykonanych instalacji, których dotyczył warunek udziału, do obszaru UE. Jednak zmiana ta została skutecznie zaskarżona odwołaniem do KIO w sprawie KIO 3261/21. Zamawiający uwzględnił wówczas złożone odwołanie, zgadzając się z zarzutem wprowadzenia zmian ograniczających konkurencję. Obecna zmiana została wprowadzona w odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców, który wskazał: „Warunkiem koniecznym dla rozpoczęcia funkcjonowania rozbudowanej instalacji jest zmiana obecnego Pozwolenia Zintegrowanego (...) Warunkiem uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego jest wykonanie instalacji zgodnie z Dokumentem Referencyjnym BAT, jak i konkluzjami BAT (art. 202 Prawa ochrony środowiska) (...) W realizacji zadania kluczowe zatem nie są same roboty budowlane, lecz rozwiązania technologiczne i ich parametry techniczno - eksploatacyjne oraz emisyjne, wymagane przez jednolite prawne regulacje środowiskowe, obowiązujące na obszarze Unii Europejskiej”. W ocenie Odwołującego wprowadzona przez Zamawiającego zmiana warunku, która miała korespondować z przedstawionym zapytaniem, nie jest precyzyjna, a to na Zamawiającym ciąży obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji wykonawców powinna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie Zamawiający.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp - wniosek o zmianę warunku w zakresie doświadczenia dot. instalacji stabilizacji tlenowej Odwołujący podkreślił brak doprecyzowania, jakiego rodzaju wymagania Pozwoleń Zintegrowanych referencyjne instalacje miałyby spełniać. Tymczasem wymagania, które należy spełnić celem uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, są nie tylko niejednorodne przedmiotowo w zakresie korzystania z warunków środowiska, ale także niejednorodne terytorialnie. Oznacza to, że normy i standardy emisyjne mogą się różnić w zależności od przepisów, obowiązujących na terenie poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, zwłaszcza przy uwzględnieniu okresu 7 ostatnich lat, o których mowa w treści warunku udziału. Brak wskazania określonych wymagań, z którymi miałyby być zgodne wykonane Instalacje, z jednoczesnym nawiązaniem w treści warunku do Pozwoleń Zintegrowanych, powoduje, że warunek ten uprzywilejowuje tylko jedną grupę wykonawców, a mianowicie tych, którzy w ciągu ostatnich 7 lat uzyskali Pozwolenie Zintegrowane dla wybudowanych Instalacji, zgodnie z przepisami obowiązującymi na terenie UE. Chodzi zatem de facto o grupę wykonawców, którzy zrealizowali referencyjną inwestycję na terenie UE w

ciągu ostatnich 7 lat. Oznaczałoby to sprowadzenie dokonanej zmiany warunku do tego samego brzmienia, które zostało zaskarżone w postępowaniu KIO 3261/21. Tymczasem w ocenie Odwołującego wprowadzenie warunku w rozumieniu wyżej wskazanym jest niedopuszczalne i stanowiłoby obejście prawa co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, skoro Zamawiający uwzględnił odwołanie w sprawie KIO 3261/21, to zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w takiej sytuacji zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający po uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 3261/21 wycofał się z wymogu wykonania instalacji referencyjnych na terenie UE i wszelkie próby ponownego wprowadzenia tego wymogu, poprzez odniesienie do wymagań Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE, stanowiłoby obejście prawa. Po drugie, takie rozumienie warunku oznaczałoby wykluczenia z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy co prawda mają doświadczenie w realizacji instalacji zgodnych z wymogami PFU, jednak w miejscu jej wykonania przepisy prawa nie przewidują wydania pozwolenia zintegrowanego. Po trzecie, sytuacja, w której Zamawiający uzna za spełniające warunek udziału wykonanie instalacji spełniającej wymagania wydanego dla niej pozwolenia zintegrowanego, zgodnego z przepisami obowiązującym na terenie UE, byłaby równoznaczna z brakiem jednakowego dla wszystkich wykonawców miernika oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W pozwoleniu zintegrowanym ustala się dopuszczalne wielkości emisji gazów lub pyłów wprowadzanych do powietrza zgodnie z obowiązującymi normami. Jednak normy w poszczególnych państwach członkowskich UE mogą się różnić, zwłaszcza że Zamawiający określił długi 7 - letni okres dla realizacji inwestycji referencyjnych, w którym to okresie standardy emisyjne nie były ujednolicone unijnie. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego uzasadnione pozostaje żądanie odwołania dotyczące doprecyzowania warunku udziału w taki sposób, aby nie budziło wątpliwości, jakie konkretnie wymogi będą podstawą oceny spełnienia tego warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy. Wyłącznie odniesienie brzmienia warunku udziału do Konkluzji BAT stanowić będzie o jednoznaczności tego warunku, a dodatkowo umożliwi Zamawiającemu dokonanie oceny spełnienia warunku w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący podał, że poprzez konkluzje BAT zgodnie z art. 3 pkt 8d ustawy Prawo ochrony środowiska - rozumie się dokument sporządzony na podstawie dokumentu referencyjnego BAT, przyjmowany przez Komisję w drodze decyzji, zgodnie z przepisami dotyczącymi emisji przemysłowych, formułujący wnioski dotyczące najlepszych dostępnych technik, ich opisu, informacji służącej ocenie ich przydatności, wielkości emisji powiązanych z najlepszymi dostępnymi technikami, powiązanego monitoringu, powiązanych poziomów

zużycia oraz, w stosownych przypadkach, odpowiednich sposobów przeprowadzenia remediacji. Dokumentem, o którym mowa w powyżej definicji, jest decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2018/1147 z dnia 10.08.2018 r. ustanawiająca konkluzje dot. najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do przetwarzania odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE. Zgodnie zaś z preambułą tejże decyzji - Konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) służą jako odniesienie przy ustalaniu warunków pozwolenia w przypadku instalacji objętych zakresem rozdziału II dyrektywy 2010/75/UE. Zaś Właściwe organy powinny określać dopuszczalne wartości emisji dzięki którym w normalnych warunkach eksploatacji emisje nie przekroczą poziomów powiązanych z najlepszymi dostępnymi technikami określonymi w konkluzjach dotyczących BAT. Tym samym biorąc pod uwagę art. 202 ust. 2 Prawa ochrony środowiska - Do instalacji wymagających uzyskania pozwolenia zintegrowanego nie stosuje się przepisów art. 224 ust. 3 i 4; dla tych instalacji ustala się w szczególności dopuszczalną wielkość emisji gazów lub pyłów wprowadzanych do powietrza: 1) wymienionych w konkluzjach BAT, a jeżeli nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w dokumentach referencyjnych BAT; 2) objętych standardami emisyjnymi) - za uzasadnione należy uznać wprowadzenie do treści warunku udziału bezpośrednie i jednoznaczne odniesienie do wymogów wynikających z Konkluzji BAT.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp - wniosek o zmianę warunku w zakresie doświadczenia dot. instalacji stabilizacji beztlenowej Odwołujący wskazał, że w przypadku wymaganego doświadczenia, odnoszącego się do wykonania instalacji do stabilizacji beztlenowej, odniesienie do wymogów Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE jest nieuzasadnione również wymaganiami wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z opisem technologii zawartymi w dokumentacji zamówienia do obowiązków Wykonawcy nie należy wykonanie pełnej linii procesowej związanej z procesem fermentacji wraz z modułem wykorzystania gazu. Zakres związany z kogeneracją oraz oczyszczaniem gazu jest bowiem objęty oddzielnym postępowaniem, w którym to postępowaniu wprowadzenie jakichkolwiek odniesień do standardów emisyjnych można by uznać za celowe, jednak podobne obostrzenia w warunkach udziału nie są proporcjonalne do wymogów niniejszego postępowania, którego przedmiot dotyczy rozbudowy istniejącej instalacji o halę przygotowania wsadu oraz fermenter (przy spełnieniu określonych parametrów) i podłączenia się do istniejącej infrastruktury - bez jakichkolwiek istotnych ingerencji. Tym samym zakwestionowany warunek nie jest w ogóle adekwatny i proporcjonalny do zakresu rzeczowego zamówienia w tej właśnie części, odnoszącej się do procesów fermentacyjnych. A zatem za wystarczające uznać należy doświadczenie, którego

wymagał Zamawiający przed zmianą warunku udziału, zwłaszcza że uzyskanie Pozwolenia Zintegrowanego leży w gestii samego Zamawiającego, nie zaś wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być nadmierne oraz nie mogą w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców w pełni zdolnych do jego wykonania. Zamawiający powinni zatem kształtować warunki udziału w sposób, który będzie uzasadniony ich rzeczywistymi potrzebami, przy zachowaniu odpowiedniego poziomu konkurencyjności postępowania. Odwołujący wskazał, że zmieniony przez Zamawiającego warunek udziału, odnoszący się do doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonania instalacji stabilizacji beztlenowej, jest nadmierny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia. W przypadku uznania, że proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia jest wymaganie zgodności wykonanych instalacji stabilizacji tlenowej zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia takiej zmiany, która w sposób jednoznaczny odnosić się będzie do zgodności z wymaganiami, wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów lub z inną równoważną techniką, o ile zapewnia, co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska.

W uzasadnieniu naruszenia art. 137 ust. 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 1. Odwołujący wskazał, że 8 grudnia 2021r. Zamawiający wprowadził na stronie prowadzonego postępowania informację o dokonanej zmianie warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo tego dnia opublikował brzmienie wysłanego do Urzędu Publikacji UE ogłoszenia o zmianie. Jednak publikacja tego ogłoszenia nastąpiła 10 grudnia 2021 r. i tego dnia Zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania stosowne ogłoszenie o zmianie. Wbrew dyspozycji przepisu art. 137 ust. 5 Pzp udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiło na 2 dni przed publikacją ogłoszenia o zmianie. Jednocześnie korelacja czasowa między wysłaniem przez Zamawiającego ogłoszenia o zmianie do Dziennika Urzędowego UE, a jego publikacją nie wskazuje na to, by Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji UE otrzymania ogłoszenia o zmianie (co wynika z dokumentów zamieszczonych przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania). Tym samym nie wystąpiła sytuacja opisana w art. 137 ust. 5 Pzp, która w drodze wyjątku dopuszczałaby zamieszczenie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed publikacją zmiany w Dzienniku Urzędowym UE. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zaistniała sytuacja w sposób istotny ograniczyła konkurencję w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy spoza Polski, dla których podstawowym źródłem informacji o postępowaniu pozostają ogłoszenia publikowane w Dzienniku Urzędowym UE, nie mieli bowiem w zakresie zmienionego warunku udziału jednakowego dostępu do

informacji. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (i to w newralgicznym zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu) zostało bowiem opublikowane 2 dni po zamieszczeniu informacji o zmianie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Stanowi to naruszenie zasady wyrażonej w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 29 grudnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że 17 grudnia (piątek) o godz. 16.41 do Zamawiającego wpłynęło zawiadomienie o wniesieniu Odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, natomiast 20 grudnia 2021 r. doszło do otwarcia ofert w postępowaniu. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp Zamawiający wskazał, że podejmując decyzję o realizacji inwestycji, objętej postępowaniem, wykonawca musi mieć na uwadze regulacje prawne, których spełnienie będzie od wykonawcy wymagane na każdym z etapów istnienia przedsięwzięcia. Jednym z warunków funkcjonowania (eksploatacji) instalacji, kwalifikowanych jako mogące powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości, jest uzyskanie Pozwolenia Zintegrowanego. W myśl art. 204 ust.1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1973 z późn. zm.) (dalej: ustawa POŚ) „instalacje wymagające pozwolenia zintegrowanego spełniają wymagania ochrony środowiska wynikające z najlepszych dostępnych technik, a w szczególności nie mogą powodować przekroczenia granicznych wielkości emisyjnych”. Brak spełnienia ww. przesłanki stanowi podstawę odmowy wydania pozwolenia przez organ właściwy (art. 186 ust. 1 pkt 1 ustawy POŚ). Instalacja będąca przedmiotem postępowania objęta została decyzją wykonawczą Komisji (UE) 2018/1147 z dnia 10 sierpnia 2018 r. ustanawiającą konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do przetwarzania odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE (Dz. U. UE. L. z 2019 r. Nr 92, str. 12). A zatem, z punktu widzenia Zamawiającego konieczne jest osiągnięcie w ramach postępowania celu w postaci spełnienia warunków BAT potrzebnych dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego. Kluczową kwestią dla możliwości uzyskania pozwolenia na eksploatację ww. instalacji, staje się więc spełnienie przez instalację wymagań wynikających z „najlepszych dostępnych technik”, przez które rozumie się najbardziej efektywny i zaawansowany poziom rozwoju technologii i metod prowadzenia danej działalności, który wskazuje możliwe wykorzystanie poszczególnych technik, jako podstawy przy ustalaniu dopuszczalnych wielkości emisji i innych warunków pozwolenia mających na celu zapobieganie powstawaniu, a jeżeli nie jest to możliwe, ograniczenie emisji i oddziaływania na środowisko jako całość, z tym że:

- a) technika - oznacza zarówno stosowaną technologię, jak i sposób, w jaki dana instalacja jest projektowana, wykonywana, eksploatowana oraz likwidowana,
- b) dostępne techniki - oznaczają techniki o takim stopniu rozwoju, który umożliwia ich praktyczne zastosowanie w danej dziedzinie przemysłu, z uwzględnieniem warunków ekonomicznych i technicznych oraz rachunku kosztów i korzyści, a które to techniki prowadzący daną działalność może uzyskać,
- c) najlepsza technika - oznacza najbardziej efektywną technikę w osiąganiu wysokiego ogólnego poziomu ochrony środowiska jako całości.

Przesłanki jakimi należy się kierować przy ustalaniu wymagań stawianych najlepszym dostępnym technikom, zawarte zostały w art. 207 ust. 1 i ust. 1a ustawy POŚ, zgodnie z którym najlepsze dostępne techniki powinny spełniać m.in. wymagania zawarte w dokumentach referencyjnych BAT oraz konkluzjach BAT, o ile zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Aby więc uznać, że najlepsze dostępne techniki zostały przez instalację spełnione, w sytuacji, gdy wydane zostały konkluzje BAT ją obejmujące, konieczne jest odniesienie się do ich treści. Jak wskazuje się w literaturze: „oznacza to, że w tym zakresie działalność podmiotów i organów administracji jest zdeteminowana danymi zawartymi w tych źródłach informacyjnych” (K. Gruszecki [w:] Prawo ochrony środowiska. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2019, art. 207). Konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (konkluzje BAT) służą jako odniesienie przy ustalaniu warunków pozwolenia w przypadku instalacji objętych obowiązkiem uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, zaś rolą organu właściwego do jego wydania jest określenie dopuszczalnych wartości emisji, dzięki którym w normalnych warunkach eksploatacji nie przekroczą one poziomów powiązanych z najlepszymi dostępnymi technikami określonymi w konkluzjach dotyczących BAT. Jeżeli konkluzje BAT nie określają granicznych wielkości emisyjnych, określone w Pozwoleniu Zintegrowanym warunki powinny odpowiadać poziomowi ochrony środowiska określonemu w konkluzjach BAT. Choć w Pozwoleniach Zintegrowanych ustala się warunki emisji, bez zalecania jakiegokolwiek techniki czy technologii, elementem wniosku o jego wydanie jest wykazanie że zastosowane najlepsze dostępne techniki spełniają m.in. wymagania określone w konkluzjach BAT, a brak wypełniania wymagań konkluzji BAT będzie skutkować odmową wydania Pozwolenia Zintegrowanego, a brak Pozwolenia Zintegrowanego niedopuszczeniem do użytkowania i eksploatacji instalacji.

Przenosząc powyższe na treść Odwołania, Zamawiający wskazał, iż wobec faktu, że warunkiem otrzymania Pozwolenia Zintegrowanego jest spełnienie wymagań wynikających z konkluzji BAT, bezzasadny jest wniosek Wykonawcy o zmianę w kwestionowanych

zapisach SWZ frazy „wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE” frazą „wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów”. Zdania te mają bowiem tożsame znaczenie. Dla prawidłowego wykonania zamówienia, niezbędne jest spełnienie wymagań koniecznych do uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, a więc odpowiadających konkluzjom BAT. Postawienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, odwołujące się do doświadczenia w wykonaniu instalacji zgodnie z wymogami dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, jest zatem uzasadnione z uwagi na przedmiot i charakterystykę przedmiotu zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, że kwestionowane przez Odwołującego zapisy nie odwołują się do warunku uzyskania przez wykonawcę Pozwoleń Zintegrowanych, ale wykonania instalacji, które spełniają wymagania takich Pozwoleń, a więc także takich, dla których Pozwolenie Zintegrowane nie jest wydawane, ale które odpowiadają konkluzjom dotyczącym najlepszych dostępnych technik. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, choć stawiane wykonawcom przez Zamawiającego wymogi w opisie warunku muszą być proporcjonalne, a tym samym nie mogą one być nadmierne, to jednak mogą one być postawione na wysokim poziomie, zbliżonym, czy niekiedy nawet tożsamym z zakresem ujętym w opisie przedmiotu zamówienia. Jak bowiem zauważa się w doktrynie i orzecnictwie, opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem lub rozmiarem, a także stopniem złożoności i nie musi zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem utrudniania uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Zamawiający może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być zatem utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do należytego wykonania zamówienia publicznego (J. Nowicki [w:], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, WKP, Warszawa 2019, art. 22]. Z poglądów doktryny wynika, że warunki udziału w postępowaniu, określone zgodnie z m.in. zasadami proporcjonalności i uczciwej konkurencji, mają odpowiadać potrzebom zamawiającego, dotyczącym przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, analizowane zapisy SWZ zostały sformułowane zgodnie z tymi wytycznymi.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 137 ust. 4 i ust. 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający podał, że ogłoszenie o zmianie SWZ zostało wysłane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej 6 grudnia 2021 r. natomiast na stronie

procedury Postępowania odpowiedzi i zmiana SWZ zostały zamieszczone 8 grudnia 2021 r., po upływie 48 godzin po wysłaniu ogłoszenia i jego otrzymaniu przez UPUE. (Dowód: Wysłane ogłoszenie o zmianie z poświadczeniem daty wysłania dokumentu dnia 06.12.2021 r. , Opublikowane ogłoszenie o zmianie - Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, 2021/S 207-540496 z poświadczeniem daty otrzymania dokumentu dnia 06.12.2021 r. [Roboty budowlane - 629479-2021 - TED Tenders Electronic Daily (europa.eu)])

Wykonawcy: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. „GRAJAN” Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy (dalej: „Przystępujący Grajan”) oraz B. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „MODUŁ” B. G. (dalej: „Przystępujący Moduł”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazując swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Żadna ze stron nie zgłosiła opozycji wobec przystąpienia ww. wykonawców do postępowania odwoławczego. W związku z powyższym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania.

Swoje zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag sp. z o.o. Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego podnosząc, że nie wykazał on interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i nie ma statusu wykonawcy, bowiem swoje zgłoszenie przystąpienia poczynił 22 grudnia 2021 r. Tymczasem w dniu 20 grudnia 2021 r. nastąpiło otwarcie ofert złożonych w postępowaniu, wśród tych ofert nie ma oferty wykonawcy Strabag Sp. z o. o. Z uwagi na to, że podmiot ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego niezbędne było z jego strony złożenie oferty w postępowaniu dla wykazania interesu w zgłoszeniu przystąpienia. W ocenie Odwołującego, mimo iż wykonawca Strabag sp. z o.o. nie stawiał się na posiedzeniu, zgłoszenie opozycji jest uzasadnione, bowiem chodzi o to, aby podmiot nieuprawniony nie mógł ewentualnie korzystać z dalszych środków ochrony prawnej.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy Strabag sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, dzieląc stanowisko o braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Nie jest sporne, że wykonawca ten nie złożył swojej oferty, na złożenie której termin upłynął 20 grudnia 2021 r. Trudno zatem przyjąć, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych pism i złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący m.in. wskazał, że jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i posiada zdolność do jego wykonania zgodnie z wymogami wynikającymi opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący chciałby mieć zatem możliwość złożenia swojej oferty w postępowaniu, jednak dokonana przez Zamawiającego w dniu 8.12.2021 r. zmiana postanowień SWZ w zakresie warunków udziału, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, jest na tyle niejednoznaczna, że pozostawia wątpliwości interpretacyjne do tego, co Zamawiając rozumie przez dodane sformułowanie „wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE”, co stanowi o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Wobec niejasnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu złożenie oferty przez Odwołującego wiązałoby się z ryzykiem jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Natomiast brak złożenia oferty przez Odwołującego oznacza brak pozyskania przez niego zamówienia, a tym samym brak osiągnięcia przychodu i zysku.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Kwestionowany w odwołaniu zmieniony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale VII pkt 2.4 lit a SWZ, brzmi:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- *wybudował przynajmniej 2 instalacje stabilizacji tlenowej o wydajności min. 16 000 Mg/rok każda, wyposażonej w system automatycznego napowietrzania wraz z systemem nawadniania odpadu, składającej się z min. 5 tuneli w konstrukcji żelbetowej, w tym przynajmniej jedną instalację z dachem żelbetowym, które spełniły wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE,*

- wybudował przynajmniej 2 instalacje do stabilizacji beztlenowej o wydajności min. 15 000 Mg/rok każda, składającej się z komory fermentacyjnej w technologii suchej ciągłej poziomej termofilowej z mieszaniem poziomym oraz przepływem tłokowym fermentatu wraz z niezbędną infrastrukturą, które spełniły wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE,”.

Odwołujący, wnioskuje o zmianę ww. warunku w następujący sposób, tj.:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- wybudował przynajmniej 2 instalacje stabilizacji tlenowej o wydajności min. 16 000 Mg/rok każda, wyposażonej w system automatycznego napowietrzania wraz z systemem nawadniania odpadu, składającej się z min. 5 tuneli w konstrukcji żelbetowej, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów, lub w innej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska,

- wybudował przynajmniej 2 instalacje do stabilizacji beztlenowej o wydajności min. 15 000 Mg/rok każda, składającej się z komory fermentacyjnej w technologii suchej ciągłej poziomej termofilowej z mieszaniem poziomym oraz przepływem tłokowym fermentatu wraz z niezbędną infrastrukturą,

alternatywnie:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- wybudował przynajmniej 2 instalacje stabilizacji tlenowej o wydajności min. 16 000 Mg/rok każda, wyposażonej w system automatycznego napowietrzania wraz z systemem nawadniania odpadu, składającej się z min. 5 tuneli w konstrukcji żelbetowej, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów, lub w innej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska,

- wybudował przynajmniej 2 instalacje do stabilizacji beztlenowej o wydajności min. 15000 Mg/rok każda, składającej się z komory fermentacyjnej w technologii suchej ciągłej poziomej termofilowej z mieszaniem poziomym oraz przepływem tłokowym fermentatu wraz z niezbędną infrastrukturą, zgodne z wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów lub w innej równoważnej technice, o ile zapewnia ona co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności

Stosownie do art. 16 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp: *1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.*

Z uwagi na treść zarzutu w sprawie kluczowe jest po pierwsze, jak należy rozumieć sporny warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdz. VII pkt 2.4.lit a SWZ, po drugie, czy narusza on wskazane w odwołaniu przepisy Pzp, a także - z uwagi na fakt, że w dniu 20 grudnia 2021 r. nastąpiło otwarcie ofert złożonych w postępowaniu - czy postępowanie winno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, o co na rozprawie wnosili Odwołujący i przystępujący po jego stronie wykonawcy.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący z jednej strony podnosi niejednoznaczność warunku i z tym wiąże swój interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, wskazując na ryzyko ewentualnego odrzucenia jego oferty, a z drugiej strony na rozprawie stwierdził, że powyższe sformułowanie wskazuje na wymóg posiadania doświadczenia w wykonaniu instalacji, która uzyskała Pozwolenie Zintegrowane, za czym jego zdaniem przemawia użycie wyrazu „spełniły”, nadto stanowi on zawężenie do instalacji wykonanych na terenie Unii Europejskiej. Tymczasem Zamawiający podnosi, że objęty sporem warunek udziału w postępowaniu należy rozumieć w ten sposób, że instalacja referencyjna ma jedynie spełniać wymogi dla wydania Pozwolenia Zintegrowanego, a zatem nie musiało być do niej wydane takie Pozwolenie, nadto, że warunek ten nie zawęża instalacji do takich, które zostały wykonane na terenie Unii Europejskiej, lecz dotyczy instalacji wykonanych także poza jej obszarem. Nadto Zamawiający stwierdził, że postawienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, odwołującego się do doświadczenia w wykonaniu instalacji zgodnie z wymogami dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, jest uzasadnione z uwagi na przedmiot i charakterystykę przedmiotu zamówienia objętego analizowanym

postępowaniem, w tym pozostaje w związku z zamiarem pozyskania przez Zamawiającego Pozwolenia Zintegrowanego dla wykonanej instalacji.

Następnie zauważenia wymaga, że Odwołujący nie zanegował twierdzeń Zamawiającego, że warunkiem otrzymania Pozwolenia Zintegrowanego jest spełnienie wymagań wynikających z konkluzji BAT. Przeciwnie, na rozprawie przyznał, że techniki BAT stanowią odniesienie przy określaniu Pozwolenia Zintegrowanego, dodał jednak, że dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego konieczne jest także poczynienie szeregu uzgodnień administracyjnych, w tym w zakresie ochrony sanitarnej, p.poż., wodnoprawnej. Odwołujący stwierdził również, że techniki BAT są stosowane przy wykonywaniu instalacji także poza terenem UE, gdzie nie są wydawane Pozwolenia Zintegrowane.

W dalszej kolejności zauważenia wymaga, że zdaniem Zamawiającego bezzasadny jest wniosek Wykonawcy o zmianę w kwestionowanych warunkach frazy „wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE” frazą „wymogami wynikającymi z Konkluzji BAT dla przetwarzania odpadów”, ponieważ zdania te mają tożsame znaczenie. Natomiast zdaniem Odwołującego pomiędzy tym sformułowaniami nie można postawić znaku równości m.in. z uwagi na wyżej wskazane uzgodnienia.

Jak wynika z pkt 1.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego wchodzącego w skład dokumentacji postępowania wśród celów i oczekiwanych rezultatów realizacji przedmiotu zamówienia jest m.in. maksymalna redukcja ilości składowanych odpadów, dotrzymanie obowiązujących przepisów prawnych, a w szczególności dotyczących odpadów ulegających biodegradacji, zastosowanie w rozbudowie najnowszej dostępnej technologii (BAT).

Obie strony zgodziły się, że ważne jest literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy sposób zredagowania przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem instalacji, które wprawdzie spełniały wymogi dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, jednak nie zostało ono dla nich wydane.

W ocenie Izby w tym zakresie należy podzielić stanowisko Zamawiającego.

W treści warunku nie ma sformułowania, że chodzi o instalacje wykonane na terenie UE, dla których zostało wydane Pozwolenie Zintegrowane, lecz o takie, które spełniły wymogi takiego Pozwolenia. Oznacza to, że chodzi o szerszy katalog instalacji, niż ten, na który wskazuje Odwołujący. Wbrew stanowisku Odwołującego sam wyraz „spełniły” nie przesądza o tym, że konieczne dla wykonanych instalacji musiało być wydane Pozwolenie Zintegrowane.

W ocenie Izby za wiarygodne należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że użył czasu przeszłego, ponieważ czasookres, z jakiego wykonawca może się legitymować wykonaniem instalacji, wynosi 7 lat. Na przestrzeni tego czasu zmieniały się wymogi w tym zakresie, a chodziło o to, aby instalacja wykonana w danym czasie, spełniała wymogi dla uzyskania Pozwolenia Zintegrowanego, które obowiązywały w czasie jej wykonania.

Takie rozumienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu znajduje swoje potwierdzenie także w piśmie przywołanym przez Odwołującego na rozprawie, tj. piśmie Przystępującego Grajan z 14 grudnia 2021 r., w którym wykonawca ten zwrócił się do Zamawiającego o to, aby potwierdził, że:

- 1) nie wymaga, by dla wykonanych zadań referencyjnych (tj. zrealizowanych instalacji) wydane zostały Pozwolenia Zintegrowane zgodne z przepisami obowiązującymi na terenie UE,
- 2) poprzez sformułowanie „wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE” należy rozumieć zgodność wykonania Instalacji z Dokumentami Referencyjnymi BAT oraz konkluzjami BAT obowiązującymi na dzień wykonania określonej Instalacji?

Powyższe wskazuje, że Przystępujący Grajan rozumiał ten warunek tak, jak rozumie go Zamawiający, ale z uwagi na stwierdzoną jego niejednoznaczność, oczekiwał potwierdzenia ze strony Zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Izby podnoszona przez Odwołującego niejednoznaczność przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, nawet przyjmując, że warunek ten mógłby być bardziej precyzyjnie sformułowany, to jednak, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, nie może on być interpretowany na niekorzyść wykonawców. W konsekwencji brak wydania dla referencyjnej instalacji Pozwolenia Zintegrowanego, w sytuacji gdy spełniała ona wymogi takiego Pozwolenia zgodnie z przepisami obowiązującymi na terenie UE, nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Wykonawcy którzy legitymują się doświadczeniem w wykonaniu instalacji spełniających wymogi Pozwoleń Zintegrowanych zgodnych z przepisami obowiązującymi na terenie UE mogli zatem złożyć oferty w postępowaniu, nawet, jeśli Pozwolenia te nie zostały wydane dla tych instalacji, np. tak jak w przypadku Przystępującego Grajan, który stwierdził na rozprawie, że wykonał instalacje spełniające wymogi Pozwolenia Zintegrowanego, ale dla niektórych z nich nie było konieczności występowania o wydanie Pozwolenia Zintegrowanego.

Z analizy stanowisk stron i uczestników postępowania wynika, że jest dla nich wiadome, jakie wymogi obowiązują dla Pozwoleń Zintegrowanych, w szczególności znaczenia w tym zakresie Konkluzji BAT, a skoro tak, to jest możliwe wykazanie przez

wykonawców, że wymogi te w odniesieniu do referencyjnych instalacji są spełnione. Tym bardziej, że z treści załącznika nr 5 do SWZ, według którego wykonawcy na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu mieli złożyć Wykaz robót budowlanych, wynika, że wykonawcy musieli m.in. podać wartość, datę wykonania, podmiot na rzecz którego robota budowlana została wykonana, a także krótki opis robót oraz ich szczegółową zawartość zgodnie z postawionymi warunkami udziału w postępowaniu. Wykonawcy mieli zatem możliwość wykazania, że wskazane w Wykazie roboty budowlane spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że w katalogu dokumentów żądanych od wykonawcy nie ma Pozwolenia Zintegrowanego, jest natomiast ww. Wykaz robót wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (referencje lub inne wystawione przez podmiot na rzecz którego były wykonane).

Powyższe wskazuje, że nie potwierdził się zarzut ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców w odniesieniu do wymogu legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu instalacji stabilizacji tlenowych i beztlenowych.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący określenia warunku w odniesieniu do instalacji stabilizacji beztlenowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Jak stwierdził Zamawiający instalacje beztlenowe także są objęte przepisami BAT. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia są one emitarami, co najmniej w 3 miejscach, co wynika z PFU, gdzie zostało wskazane, że chodzi o wykonanie instalacji wraz z niezbędną infrastrukturą, a ta ma spełniać wymagania BAT.

W związku tym postawienie ww. wymogu w odniesieniu także do tych instalacji nie wskazuje na naruszenie ww. przepisów Pzp.

Nie zostało wykazane, aby sporny warunek udziału w postępowaniu nie uwzględniał charakteru przedmiotu zamówienia, aby był nieodpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, aby ograniczał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, aby nie uwzględniał sytuacji rynkowej. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 20 grudnia 2021 r. w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. Oznacza to, że jest krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu przy obecnym brzmieniu warunku udziału w postępowaniu.

Ad zarzut naruszenia art. 137 ust. 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed publikacją ogłoszenia o zmianie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

Zgodnie z art. 137 ust. 4 i 5 Pzp: 4. *W przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1.* 5. *W przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.*

Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi: *Zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.*

Zgodnie z art. 87 Pzp 1. *Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.).* 2. *Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE.* 3. *Zamawiający jest obowiązany udokumentować datę przekazania ogłoszenia, w szczególności przechowywać dowód przekazania tego ogłoszenia.*

W myśl art. 88 Pzp: *Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.*

W odwołaniu Odwołujący stwierdził, że korelacja czasowa między wysłaniem przez Zamawiającego ogłoszenia o zmianie do Dziennika Urzędowego UE, a jego publikacją nie wskazuje na to, by Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji UE otrzymania ogłoszenia o zmianie.

Jak natomiast wykazał Zamawiający ogłoszenie o zmianie SWZ zostało wysłane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej 6 grudnia 2021 r. natomiast na stronie prowadzonego postępowania zmiana SWZ została zamieszczona 8 grudnia 2021 r., co wynika z załączonych do odpowiedzi na odwołanie ogłoszenia o zmianie z poświadczeniem daty wysłania dokumentu tj. 6 grudnia 2021 r. oraz opublikowanego ogłoszenia o zmianie.

Potwierdzenie odebrania ogłoszenia i nadania mu tymczasowego numeru referencyjnego nastąpiło 6 grudnia 2021 r. o godz. 12:15, natomiast zmiana SWZ została

opublikowana na platformie zakupowej 8 grudnia 2021 r. o godz. 14:23 tj. po upływie 48 godzin po wysłaniu ogłoszenia i jego otrzymaniu przez UPUE. Wynika to z przekazanych przez Zamawiającego w toku rozprawy dowodów w postaci potwierdzenia odebrania ogłoszenia przez TED oraz zrzutu z ekranu z platformy zakupowej.

Nie potwierdził się zatem także drugi z zarzutów odwołania.

Powyższe wskazuje, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, że wystąpiła wada postępowania, która uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, który stanowi: *Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Przepis ten powinien być bowiem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym: *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

- 1) *z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;*
- 2) *zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;*
- 3) *zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;*
- 4) *z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;*
- 5) *z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.*

W ocenie Izby Odwołujący, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził ze swoich twierdzeń skutki prawne, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na podany warunek udziału w postępowaniu, obarczone jest wadą, która stosownie do

przepisów ustawy Pzp, powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania. Sama okoliczność, iż Zamawiający po otrzymaniu odwołania nie dokonał żądanej w nim zmiany warunków udziału w postępowaniu, jak też nie dokonał zmiany terminu składania ofert, wobec braku potwierdzenia się zarzutów odwołania oraz braku wykazania istnienia podstaw do unieważnienia umowy, nie może uzasadniać żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: