

**WYROK**  
**z dnia 26 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2015 r. przez Odwołującego – wykonawcę Limba sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, przy udziale wykonawcy MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie Rozdziału VI ust. 1 pkt 3 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez ograniczenie doświadczenia zawodowego osób zdolnych do wykonania zamówienia do co najmniej jednej instalacji do stabilizacji tlenowej o parametrach określonych w treści warunku.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa i modernizacja Kompostowni Odpadów zlokalizowanej przy Składowisku Odpadów w Legnicy” (znak sprawy: TP/TO/13/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 listopada 2015 r. pod numerem 300598-2015. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Treść Ogłoszenia i postanowienia SIWZ dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu zostały zaskarżone w dniu 12 listopada 2015 r. odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Limba sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”). Zarzucono w nim Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp przez ustanowienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia w wyniku postawienia w pkt III.3.2. lit. a) Ogłoszenia oraz w pkt VI.1. ppkt 2 lit. a) SIWZ wymogu następującej treści:

„[...]Wykonawca ubiegający się o zamówienie w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia musi wykazać, że wykonał w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

- a) Jedną instalację referencyjną o wydajności min. 25 tys. Mg/rok posiadającą:
  - co najmniej 6 boksów żelbetonowych o wysokości ścian powyżej 3,4 m z napowietrzaniem, instalacja pracująca w podciśnieniu,
  - zraszanie wodą brudną (odciekami),
  - system bram wjazdowych do boksów, który po otwarciu nie zajmuje przestrzeni manewrowej przed boksami, bramy otwierane i zamykane mechanicznie, z możliwością podłączenia zasilania awaryjnego,

- biofiltr poziomy o powierzchni minimum 200 m<sup>2</sup> wraz z zintegrowaną płuczką żelbetonową,
- wyniki badań parametru AT4 uzyskanych po Fazie I i Fazie II z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium,

podczas gdy dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia nie jest konieczne spełnianie ostatniego z ujętych w treści warunku wymogów, a wystarczające jest by wykonawca wykazał doświadczenie w budowie instalacji referencyjnej spełniającej pozostałe wymagane parametry, w szczególności, że przeprowadzenie badań parametru AT4 z 12 miesięcy nie zależy od wykonawcy instalacji, lecz od jej użytkownika, a złożenie wymaganych wyników nie ma wpływu na należyte wykonanie zamówienia,

2. art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp przez postawienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonego w pkt III.3.4 Ogłoszenia oraz w pkt VI.1. ppkt 3 lit. b) SIWZ w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia, ponieważ żądanie od kierowników oraz technologa doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym przy co najmniej dwóch instalacjach do stabilizacji tlenowej o wydajności minimum 15 tys. Mg/rok i o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto każda stanowi wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jednocześnie ograniczający uczciwą konkurencję, bowiem wystarczające na potwierdzenie dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia byłoby wykazanie się jedną instalacją do stabilizacji tlenowej o parametrach określonych przez Zamawiającego, w szczególności, że Zamawiający nie dopuścił łączenia kilku stanowisk przez jedną osobę,
3. art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 oraz 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez zobowiązanie wykonawcy do złożenia na potwierdzenie należytego wykonania instalacji referencyjnej o wydajności min. 25 tys. Mg/rok wyników badań parametru AT4 uzyskanych po Fazie I i Fazie II z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium, podczas gdy Zamawiający może żądać tylko wyłącznie dokumentów,

o których mowa w § 1-5 Rozporządzenia, w tym m.in., zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w konsekwencji czego żądanie złożenia wyników badań z 12 miesięcy należy uznać za przekroczenie uprawnienia wyznaczonego powołanym przepisem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez:

1. modyfikację dotychczasowego brzmienia Ogłoszenia w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. pkt III.3.2) lit a) oraz pkt VI.I. ppkt 2 lit. a) SIWZ przez usunięcie zapisu:

„[...]wyniki badań parametru AT4 uzyskanych po Fazie I i Fazie II z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium[...],

2. zmianę części dotychczasowego brzmienia Postanowienia określonego w pkt III.3.4 Ogłoszenia oraz w pkt VI.1. ppkt 3 lit. b) SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na:

„[...]przy co najmniej jednej instalacji do stabilizacji tlenowej o wydajności minimum 15 tys. Mg/rok i o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto[...],

a nadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o jego udzielenie, a ukształtowanie przez Zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu powoduje, że Odwołujący oraz inni wykonawcy, biorący udział w Postępowaniu nie będą w stanie sprostać tym wymaganiom. W konsekwencji, gdyby nie nieuzasadnione postanowienia zaskarżone odwołaniem Odwołujący mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że utrzymanie postanowień Ogłoszenia oraz SIWZ w dotychczasowej wersji doprowadzi do nieuzasadnionego zawężenia kręgu podmiotów, które mogłyby skutecznie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp Odwołujący stwierdził, że jak wynika z treści Ogłoszenia oraz SIWZ wykonawca ubiegający się o zamówienie w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia musi wykazać, że wykonał w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedną instalację referencyjną o wydajności min. 25 tys. Mg/rok posiadającą szereg szczegółowych wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. co najmniej 6 boksów żelbetonowych o wysokości ścian powyżej 3,4 m z napowietrzaniem, instalację pracującą w podciśnieniu, posiadającą funkcję zraszanie wodą brudną, odpowiedni system bram wjazdowych do boksów oraz biofiltr o odpowiednich parametrach.

Co więcej, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do złożenia na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wyników badań parametru AT4 z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium. Wymaganie to należy uznać za niezwiązane z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że tak postawiony wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia ponieważ fakt, czy wykonawca posiada wyniki badań parametru AT4 z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium, nie może dyskryminować wykonawców posiadających doświadczenie odpowiednie do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Bezsprzecznie eliminuje z Postępowania wykonawców wykazujących się doświadczeniem przy realizacji instalacji referencyjnej o wydajności min. 25 tys. Mg/rok posiadającej szereg szczegółowych wymagań określonych przez Zamawiającego oraz instalacji do kompostowania frakcji podsitowej odpadów komunalnych w technologii sterowania i kontroli procesu, o wydajności min. 20 tys. Mg/rok, a więc podmioty niewątpliwie posiadające wystarczające doświadczenie w zakresie realizacji robót odpowiadających specyfice przedmiotu zamówienia

Odwołujący stwierdził również, że skonkretyzowane w opisie warunki udziału w Postępowaniu zostały określone ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wykazanie dysponowaniem wynikami badań parametru AT4 jest niewspółmierne do zakresu prac polegających na budowie i modernizacji kompostowni odpadów zlokalizowanej przy składowisku odpadów w Legnicy, w szczególności z uwagi na fakt, że przeprowadzenie tych badań uzależnione jest jedynie od woli użytkownika instalacji, nie zaś od jej wykonawcy. W ocenie Odwołującego należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zostanie potwierdzone w czasie przeprowadzenia testów przed dokonaniem odbioru instalacji przez Zamawiającego, nie zaś w przypadku przedłożenia rocznych badań tego wskaźnika. Przeprowadzenie badań wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie należytej realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest zasadne, gdyż badania AT4 mogą zostać wykonane przez Zamawiającego jedynie następczo, po prawidłowym wykonaniu instalacji umożliwiającej właściwe podawanie i śledzenie w trybie online parametru AT4. Sprawdzenie czy instalacja będzie mierzyła parametr AT4 zgodnie z wymogami rozporządzenia Ministra Środowiska

z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz.U.2012.1052), zwanego dalej „Rozporządzeniem MBP”, nie zależy od jej należytego wykonania, lecz od jej używania przez podmiot, który zlecił jej budowę.

Zdaniem Odwołującego wymaganie złożenia przez ubiegającego się o zamówienie publiczne badań jako podstawy dla weryfikacji warunku udziału w Postępowaniu na potwierdzenia należytego wykonania zamówienia wykracza poza dyspozycję art. 22 ust. 1 Pzp oraz § 1 ust. 2 Rozporządzenia, co skutkuje tym, że może być kwalifikowane jako wymóg nadmierny i naruszający uczciwą konkurencję. Podkreślić należy, że ustalony przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Wykonawcy przedstawiający w ofercie potwierdzenie wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym czasie – co najmniej jednej instalacji referencyjnej o wydajności min. 25 tys. Mg/rok o parametrach wskazanych przez Zamawiającego oraz instalacji do kompostowania frakcji podsitowej odpadów komunalnych w technologii sterowania i kontroli procesu, o wydajności min. 20 tys. Mg/rok, lecz nie przedkładający wyników badań parametru AT4 z 12 miesięcy, na które dodatkowo nie mają wpływu, z pewnością wykazują możliwość wykonania zamówienia w sposób należyty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 Odwołujący wskazał, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia musi być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że wymagany przez niego poziom doświadczenia wykonawców jest rzeczywiście niezbędny dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia, albowiem wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji nieuzasadnione jest wymaganie od wszystkich osób zdolnych do wykonania zamówienia doświadczenia w kierowaniu lub nadzorowaniu robotami budowlanymi w co najmniej dwóch instalacjach do stabilizacji tlenowej o wydajności minimum 15 tys. Mg/rok i o wartości co najmniej 4000.000,00 zł brutto. Należy mieć ponadto na uwadze dodatkowe obostrzenie

postawione przez Zamawiającego w zakresie braku możliwości łączenia kilku stanowisk przez jedną osobę.

Odwołujący stwierdził, że o ile nie kwestionuje wymogu posiadania określonych uprawnień budowlanych oraz 5 letniego doświadczenia w zakresie kierownictwa, w tym w wykonaniu co najmniej jednej instalacji do stabilizacji tlenowej o wydajności minimum 15 tys. Mg/rok i o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto, o tyle – w jego ocenie – wymóg posiadania doświadczenia w co najmniej dwóch instalacjach do stabilizacji tlenowej określonych przez Zamawiającego godzi się uznać za nieproporcjonalny warunek doświadczenia w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wymaganie to należy uznać za nadmierne i utrudniające uczciwą konkurencję

Stwierdził, że Zamawiający musi kierować się zasadą, zgodnie z którą, określając wartości progowe ujęte w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, musi zachować właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, wartości i stopnia skomplikowania. Koniecznym jest również, aby uwzględniał cel, jakiemu ma służyć dookreślenie przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający formułując niezwykle rygorystyczny warunek doświadczenia w kierowaniu budową aż dwóch instalacji do stabilizacji tlenowej o specyficznych parametrach, nie wziął pod uwagę wartości oraz zakresu stopnia złożoności przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 oraz 2 Rozporządzenia Odwołujący zasygnalizował, że wymaganie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu polegające na przedłożeniu rocznych wyników badań wykonanych zgodnie z Rozporządzeniem MBP nie jest związane z przedmiotem zamówienia oraz w żaden sposób nie potwierdza należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że żądanie zarówno referencji, jak i wymogu przeprowadzenia badań parametru AT4 służą takiemu samemu celowi, jakim jest wykazanie, że zamówienia zostały zrealizowane przez Wykonawcę prawidłowo. Wymaganie dodatkowe, polegające na wykazaniu się przez wykonawcę badaniami, których obowiązek przeprowadzenia leży po stronie zamawiającego eksploatującej instalację, gdy zrealizowanie zamówienia można wykazać referencjami, nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, a wymóg jego przedłożenia bez wątplenia ogranicza zasady uczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga fakt, iż wykonanie rocznych badań parametru AT4 nie zależy od wykonawcy instalacji. Obowiązek taki nałożony został na podmiot, który będzie eksploatował instalację do biologicznego przetwarzania odpadów i tylko od tego podmiotu zależy czy zleci wykonanie badań tego wskaźnika. Ponadto po wykonaniu instalacji do obowiązków podmiotu



eksploatujący instalację należy wystąpienie o wydanie decyzji administracyjnej, najczęściej w postaci pozwolenia zintegrowanego, z tego względu niezasadnie jest wymagać od wykonawcy instalacji wykazania się przeprowadzonymi badaniami, skoro nie ma on wpływu na czynności dokonane po odebraniu instalacji przez jej użytkownika. Na marginesie należy podkreślić, że przeprowadzenie ww. badań możliwe jest właśnie dopiero po uzyskaniu pozwolenia zintegrowanego, a zatem wykonawca nie ma w rzeczywistości jakiegokolwiek wpływu na to, czy takie badanie zostanie przeprowadzone. W sytuacji takiej, rzetelny i dający rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie być w stanie spełnić wymagań Zamawiającego przewidzianych w SIWZ, ponieważ dysponował będzie jedynie referencjami, ewentualnie innymi dokumentami potwierdzającymi wykonanie przedmiotu zamówienia należycie, jednak może nie posiadać dokumentu w postaci badań przeprowadzanych na zlecenie Zamawiającego. Co istotne, nawet jeśli dany zamawiający uzyska pozwolenie zintegrowane i przeprowadzi badania parametru AT4, wykonawca i tak nie ma dostępu do takich badań, albowiem badania te są wykonywane na zlecenie zamawiającego, a wykonawcy nie przysługują do tych badań jakiegokolwiek prawa.

Pomijając kwestię braku wpływu wykonawcy na przeprowadzenie badań przez użytkownika instalacji, a także nie zważając na problem dostępności przeprowadzonych badań dla wykonawcy, wskazać należy, że to czy proces biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych będzie prowadzony w taki sposób, aby uzyskany stabilizat spełniał wymagania w zakresie wartości AT4 zgodnie z Rozporządzeniem MBP, nie jest związane z należytem wykonaniem instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów. Pomimo prawidłowego wykonania instalacji umożliwiającej podawanie i śledzenie w trybie online parametru AT4, jej użytkownik może nie przeprowadzać badań laboratoryjnych wykonanych przez laboratorium akredytowane lub posiadające certyfikat wdrożonego systemu jakości w zakresie badania parametrów określonych w tym akcie wykonawczym. Co istotne, wyniki tych badań zależą przede wszystkim od wkładu odpadów oraz czynników biologicznych. W konsekwencji wyniki badań nie są zależne od należytego wykonania instalacji lecz od prawidłowego wykorzystania instalacji, bowiem nawet w przypadku należytego jej wykonania, wyniki badań mogą nie odpowiadać wymogom wskazanego rozporządzenia. Odwołujący podkreśla, że wykonawca nie przeprowadza wymaganych badań oraz nie ma do nich dostępu, z tego względu niezrozumiałe jest wskazanie przez Zamawiającego jako opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wykazania dysponowania przez wykonawcę przeprowadzonymi badaniami wskaźnika AT4 w wykonanych instalacjach.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że obowiązku przeprowadzania badań AT4 nie przewiduje prawodawstwo innych krajów Unii Europejskiej. Stąd wykonawca, chcąc powołać

się na zrealizowane roboty poza granicami kraju, nie będzie miał faktycznej możliwości przedłożenia takich badań. Z tego względu wymóg ten w sposób skuteczny ogranicza ilość potencjalnych wykonawców. Wykonawcy którzy zrealizowali w sposób prawidłowy instalację, określoną przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz w Ogłoszeniu, jednak w kraju, w którym nie obowiązuje wymóg dokonania badań, zostają wykluczeni z udziału w Postępowaniu z powodu niemożności dostarczenia wymaganych dokumentów. Taki stan rzeczy prowadzi do wyłączenia części wykonawców mogących należycie wykonać zamówienie, tym samym powoduje ograniczenie konkurencji w zakresie podmiotów realizujących roboty budowlane na terenie krajów, w których przeprowadzenie badania AT4, określonego w treści Rozporządzenia MBP nie jest obligatoryjne.

Odwołujący stwierdził ponadto, że treść § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia przewiduje obowiązek załączenia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dowodami takimi są poświadczenia, bądź inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 1 oraz 2 Rozporządzenia. Z treści przytoczonych przepisów nie wynika uprawnienie zamawiającego do żądania przedłożenia badań. Uprawnienia tego nie sposób również wywieść z treści § 6 Rozporządzenia. Przepisy Rozporządzenia enumeratywnie wymieniają dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że jeżeli określony dokument nie został wskazany w jego przepisach, to Zamawiający nie jest uprawniony do jego żądania w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający nie może żądać wyników badań parametru AT4 uzyskanych po Fazie I i Fazie II z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzonych protokołami z niezależnego laboratorium. Wykroczenie przez Zamawiającego poza dokumenty określone w przepisach Rozporządzenia jest niezgodne z przepisami i jako takie może zostać skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, Zamawiający przy sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków doznaje ograniczenia. Granice tej swobody wyznacza z jednej strony art. 7 ust. 1 Pzp, z drugiej zaś art. 22 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie może bowiem określać szczegółowych warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie może również sporządzić opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w taki sposób,

aby tenże opis nie był związany z przedmiotem zamówienia lub był nieproporcjonalny do tegoż przedmiotu.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie, po stronie Odwołującego, zgłosił wykonawca MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie argumentował, że zarzuty odwołania są bezzasadne z niżej wskazanych przyczyn.

W zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie jego spełnienia Zamawiający stwierdził, że wymaganie wykazania się zrealizowaniem instalacji referencyjnej, dla której przeprowadzone zostały badania parametru AT4 podyktowane jest okolicznością, że przedmiot zamówienia dotyczy rozbudowy i modernizacji instalacji, która w następstwie wykonania zamówienia posiadać ma status instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów. Podkreślił, że nie oczekuje od wykonawców przedstawienia wyników wspomnianych badań, a jedynie złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu oraz wykazu robót budowlanych wraz z poświadczeniami ich należytego wykonania.

W odniesieniu do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie doświadczenie w realizacji określonych zadań zdobywa się przez ich powtarzalne wykonywanie, co oznacza, że jedнокrotna realizacja danego zadania nie daje gwarancji nabycia niezbędnego doświadczenia. Ponadto podał, że przewidziany w SIWZ zakaz łączenia wymienionych w treści warunku stanowisk wynika z okoliczności, że osoby je zajmujące pełnią różne role w procesie budowlanym.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści Ogłoszenia, SIWZ i projektu budowlanego.

**I. Zarzut ustanowienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niezasadniony przedmiotem zamówienia**

Izba ustaliła, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu wynikający z pkt III.3.2) lit. a) Ogłoszenia i postanowienia Rozdziału VI ust. 1 pkt 2 lit. a) SIWZ przewidywał, że instalacja referencyjna musi posiadać wyniki badania parametru AT4 uzyskane w Fazie I (dynamicznej) i Fazie II (dojrzewania) z okresu minimum 12 miesięcy pracy instalacji, potwierdzone protokołami z niezależnego laboratorium.

Zamawiający wskazał ponadto, że jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć co najmniej podpisanie Protokołu odbioru lub wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Co więcej, Zamawiający stwierdził, że instalacje referencyjne powinny działać bezusterkowo przetwarzając zmieszane odpady komunalne w okresie przynajmniej 12 miesięcy.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba uznała, że opis sposobu dokonania oceny spełniania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.

W odniesieniu do pierwszej ze wskazanych przesłanek należy zauważyć, że wyraża ona nakaz takiego sformułowania warunku, które wykazuje związek z przedmiotem zamówienia rozumianym jako treść przyszłego zobowiązania wykonawcy. *A contrario* warunek, który tej przesłanki nie spełnia, czyli abstrahuje od przedmiotu zamówienia, ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, ponieważ w takim przypadku nie sposób uzasadnić powodów jego postawienia. *Ergo*, skoro – jak na to wskazywał Zamawiający na rozprawie – z projektu budowlanego, do którego odsyła postanowienie Rozdziału IV ust. 4 pkt 1) SIWZ, wynika, że w związku z pracą instalacji dokonywane będą pomiary parametru AT4 (na co wskazuje opis zawarty w pkt 1.9 na str. 109 projektu budowlanego), to fragment opisu sposobu spełniania warunku udziału w Postępowaniu, który odnosi się do wyników badań tego parametru wykazuje w sposób oczywisty z przedmiotem zamówienia.

Z kolei proporcjonalność, w kontekście opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oznacza – z jednej strony – zabezpieczenie zamawiającego przed wykonawcami, którzy ze względu na sytuację podmiotową lub stopień skomplikowania zamówienia nie dają rękojmi jego należytego

wykonania, z drugiej zaś – ustanowienie bariery, która nie jest nadmierną przeszkodą w ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Nie była sporna między stronami okoliczność, że działalność Zamawiającego, jaka będzie prowadzona w instalacji, której rozbudowa i modernizacja stanowi przedmiot zamówienia, regulowana jest m.in. przepisami Rozporządzenia MBP. Skoro zatem Zamawiający, w następstwie wykonania zamówienia, prowadzić będzie w instalacji procesy mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, których produktem będzie stabilizat, to aktualne pozostają określone dla niego w § 6 ust. 1 Rozporządzenia MBP wymagania, wśród których jest również wskazanie, aby wartość AT4 była mniejsza niż 10 Mg O<sub>2</sub>/g suchej masy.

Izba zwróciła wprawdzie uwagę, że wspomniany przepis odwołuje się do trzech parametrów stabilizatu, zaś Zamawiający odniósł się wyłącznie do jednego z nich, tym niemniej okoliczności tej Odwołujący nie podnosił (podobnie, jak nie wnosił o skrócenie okresu, z którego mają być przedstawione badania), domagając się jedynie usunięcia kwestionowanego zapisu dotyczącego badań. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy, etc.). Natomiast w przypadku treści postanowień SIWZ dalsza ich kreacja, poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, ponieważ nie jest rolą Izby formułowanie postanowień SIWZ niejako w zastępstwie Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego nie miał racji Odwołujący twierdząc, że nie ma wpływu na okoliczność prowadzenia przez użytkownika instalacji referencyjnej badań poziomu parametru AT4. Z przepisów Rozporządzenia MBP nie wynika bowiem odstępstwo od prowadzenia badań stabilizatu (zróżnicowana jest jedynie częstotliwość ich wykonywania), a skoro w instalacji referencyjnej miały – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – zachodzić procesy jego wytwarzania (o czym świadczy postawienie w treści warunku kwestionowanego przez Odwołującego wymogu), to badania takie muszą być dla instalacji referencyjnej wykonywane.

Brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że Odwołujący nie będzie posiadał wiedzy o prowadzonych badaniach i ich wynikach. Jeżeli bowiem badania dla instalacji referencyjnych są prowadzone (niezależnie od tego kto takie badania zleca), to nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca wystąpił do zamawiającego o informację o wynikach tych badań i nie wydaje się przy tym (Odwołujący okoliczności takiej nie podnosił), aby istniała podstawa prawna odmowy udzielenia takich informacji. Co więcej, uprawniony jest również wniosek, że nawet w przypadku nieotrzymania takiej informacji Odwołujący będzie posiadał wiedzę o tym, czy instalacja pracuje prawidłowo, ponieważ zakładać należy, że w przeciwnym razie byłby informowany o tym fakcie chociażby w ramach roszczeń z tytułu odpowiedzialności gwarancyjnej dotyczącej instalacji, którą uprzednio wykonał i uruchomił.

W powyższym kontekście nie sposób pominąć okoliczność, że poza zakresem zarzutów odwołania znalazło się wynikające z treści kwestionowanego opisu oceny spełniania warunku postanowienie, zgodnie z którym instalacje referencyjne powinny działać bezusterkowo przetwarzając zmieszane odpady komunalne w okresie przynajmniej 12 miesięcy. Skład orzekający przyjął za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, zgodnie z którymi prawidłowość działania instalacji obejmuje również kwestię związaną ze spełnianiem parametru AT4, skoro obowiązek taki wynika z przepisów Rozporządzenia MBP. W konsekwencji, wprowadzenie wyłomu od tej zasady prowadziłoby do niespójności treści warunku udziału w Postępowaniu.

Z kolei twierdzenia Odwołującego, jakoby w innych państwach Unii Europejskiej prowadzenie badań tego parametru nie było obowiązkowe, nie zostały przez niego udowodnione.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, w konsekwencji czego orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

## **II. Zarzut ustanowienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia**

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI ust. 1 pkt 3 lit. b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi dysponowaniem ma się wykazać wykonawca (kierownik budowy, kierownik robót branży elektrycznej, kierownik robót branży sanitarnej i technolog) posiadały doświadczenie zawodowe obejmujące kierowanie robotami budowlanymi (rozruchami instalacji), w tym przy co najmniej dwóch instalacjach do stabilizacji tlenowej o wydajności minimum 15 tys. Mg/rok i o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto każda, na stanowisku kierownika budowy lub robót

(technologa) od początku budowy do jej zakończenia rozumianego jako podpisanie końcowego protokołu odbioru robót (w trakcie trwania rozruchu instalacji oraz pełnego procesu).

Ponadto Zamawiający postanowił, że nie dopuszcza łączenia kilku stanowisk przez jedną osobę.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zachowując przedstawione w pkt I uzasadnienia uwagi dotyczące rozumienia pojęć „związania z przedmiotem zamówienia” i „proporcjonalności” skład orzekający uznał, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji może przyczynić się do nadmiernego ograniczenia konkurencji przez nieuzasadnione zawężenie kręgu podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jakkolwiek można zgodzić się z Zamawiającym, że doświadczenie nabywane jest generalnie przez powtarzające się wykonywanie określonych czynności, tym niemniej nie można bagatelizować okoliczności, że doświadczenie można również zdobyć w następstwie wykonania jednego zamówienia o znacznej wartości i stopniu skomplikowania, a za taką skład orzekający uznał instalację do stabilizacji tlenowej o parametrach określonych w treści warunku udziału w Postępowaniu. Skład orzekający uznał, że – biorąc pod uwagę niekwestionowany odwołaniem zakaz łączenia stanowisk – Zamawiający uchybił obowiązkowi wskazania racjonalnych powodów postawienia względem wykonawców tak wysokich wymogów względem doświadczenia zawodowego osób zdolnych do realizacji zamówienia.

W konsekwencji Izba dopatrzyła się w kwestionowanych sformułowaniach Ogłoszenia i SIWZ naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp, nakazując Zamawiającemu ich odpowiednią zmianę, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji orzeczenia.

### **III. Zarzut żądania od wykonawców, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, załączenia do oferty dokumentu nieprzewidzianego w przepisach Rozporządzenia**

Izba ustaliła, że w pkt III.3.2) Ogłoszenia zawierającym treść przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wskazał, że ocena jego spełniania dokonana zostanie na podstawie złożonego oświadczenia, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1) SIWZ, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ oraz wykazu najważniejszych robót budowlanych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, sporządzonego

według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, wraz z załączonymi dowodami dotyczącymi najważniejszych robót określającymi czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający powielił przytoczone powyżej postanowienie w pkt III.4.1) wypunktowanie pierwsze Ogłoszenia.

Analogiczne postanowienia znalazły się również w treści postanowień Rozdziału VI ust. 1 pkt 2 i Rozdziału VII ust. 1 pkt 1) i 2) SIWZ.

Zarzut nie potwierdził się w przedstawionym powyżej stanie faktycznym.

Izba poddała analizie przytoczone fragmenty treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ, w następstwie której nie stwierdziła, aby Zamawiający na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu oczekiwał od wykonawców przedstawienia wyników badań parametru AT4.

Okoliczność, że w Rozdziale VII ust. 1 pkt 2) SIWZ Zamawiający, wymieniając żądane dokumenty, ponownie przytoczył fragment warunku udziału w Postępowaniu (charakterystykę instalacji referencyjnej) nie może świadczyć o zobowiązaniu wykonawców do przedstawienia wyników badań. Przyczyny przyjęcia takiej konstrukcji wzmiankowanego postanowienia SIWZ nie są zresztą, w ocenie składu orzekającego, istotne, ponieważ nie sposób wyprowadzić z niego logicznego wniosku, że obowiązkiem wykonawcy ma być przedstawienie kolejnego – obok oświadczenia, wykazu i dowodów – dokumentu. Z tej przyczyny uwagi Odwołującego dotyczące charakterystyki zawartego w Rozporządzeniu katalogu, jakkolwiek trafne, były nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatryła się naruszenia przez Zamawiającego naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 1 i 2 Rozporządzenia orzekając, jak w pkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....