

Sygn. akt: KIO 33/21

**WYROK**  
**z dnia 1 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nieutrudniający uczciwej konkurencji, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, poprzez zastąpienie w opisie warunków udziału w postępowaniu w Sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu określenia „wymiana wirnika” określeniem „demontaż i montaż wirnika”;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka**

**Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** na rzecz wykonawcy:  
**Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik**  
stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia  
pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. -  
Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z  
dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.  
U. poz. 2020 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**

Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Wykonanie remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 249-622439 w dniu 22 grudnia 2020 r.

Wykonawca Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku w dniu 4 stycznia 2021 r. wniósł odwołanie wobec określenia w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów dotyczących kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców ubiegających się o zamówienie (Sekcja III.1.3. ogłoszenia), poprzez wymaganie wykazania, że wykonawca wykonał co najmniej 1 zadanie o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN netto, polegające na remoncie turbogeneratorsa i części przepływowej turbiny parowej bloku energetycznego w eksploatacji o mocy minimum 200 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Remont turboszespołu (turbogenerator i turbina parowa) winien obejmować swym zakresem minimum łącznie: demontaż i montaż kadłubów, wymianę wirników, remont komór zaworowych i układów regulacji oraz ustawienie linii wałów.

W ocenie Odwołującego, wymaganie dotyczące wykazania przez wykonawców wykonania prac polegających na wymianie wirników stanowi naruszenie przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust 1 b pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Sekcji III. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu, poprzez nadanie następującego brzmienia:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i/lub zawodowej, art. 22 ust 1b pkt 3 ustawy, tj.: Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał co najmniej 1 zadanie o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN netto, polegające na remoncie turbogeneratorsa i części przepływowej turbiny parowej bloku energetycznego w eksploatacji o mocy minimum 200 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Remont turboszespołu*

*(turbogenerator i turbina parowa) winien obejmować swym zakresem minimum łącznie: demontaż i montaż kadłubów, demontaż i montaż wirników, remont komór zaworowych i układów regulacji oraz ustawienie Unii wałów.*

*W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców wystarczy, że Wykonawcy spełnią warunek wspólnie lub gdy warunek spełni co najmniej jeden z nich. Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą, aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy Pzp, w postaci jednolitego europejskiego dokumentu Zamówienia zwanego dalej „JEDZ”, a plik musi być opatrzony Podpisem elektronicznym zgodnie z zapisami opisanymi w pkt 17 SIWZ. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa także JEDZ dotyczące tych podmiotów w formie elektronicznej zgodnie z zapisami opisanymi w pkt 16 SIWZ. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, JEDZ składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zamawiający przed przesłaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej (na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp), a w przypadku braku podstaw do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, przed udzieleniem zamówienia (na podstawie art 26 ust 1 ustawy Pzp), w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, wezwie Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, do złożenia niżej wymienionych dokumentów:*

*— wykaz wykonanych zadań (co najmniej 1) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN netto (każde) polegające na remoncie turbogeneratorsa i części przepływowej turbiny parowej bloku energetycznego w eksploatacji o mocy minimum 200 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Remont turbozespołu (turbogenerator i turbina parowa) winien obejmować swym zakresem minimum łącznie: demontaż i montaż kadłubów, demontaż i montaż wirników, remont komór zaworowych i układów regulacji oraz ustawienie linii wałów. Szczegóły dot wykazu zrealizowanych zadań określono w pkt 12.5.2 SIWZ.*

*Uwaga:*

*1) W przypadku powoływania się przez Wykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum Wykonawca winien udowodnić Zamawiającemu, że zakres zadań określonych w warunku udziału w postępowaniu dot. „zdolności technicznej lub zawodowej” (pkt 10.1.2 SIWZ) Wykonawca zrealizował w ramach konsorcjum samodzielnie (doświadczenie*

*konsorcjanta to wyłącznie zakres faktycznie zrealizowanych przez niego prac).*

*2) Jeżeli pojedynczy członek konsorcjum chciałby powołać się na doświadczenie całego konsorcjum w nowym postępowaniu to ustawodawca dopuszcza skorzystanie ze „wsparcia” pozostałych jego członków w trybie art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych - szczegóły dot. korzystania z potencjału innych podmiotów opisane są w pkt 11 SIWZ.”, a zatem o zmianę zakresu prac dot. wirników, którego dotyczą wykonane usługi, z „wymiany” na „demontaż i montaż”.*

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w zakresie swojej działalności zajmuje się prowadzeniem prac remontowych i serwisowych w sektorze energetycznym, co potwierdza załączona informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS. Odwołujący wskazał, że objęta odwołaniem czynność uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i złożenie oferty, a tym samym niemożliwy może się okazać wybór oferty i uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do usunięcia ww. naruszeń przepisów prawa oraz rozszerzy krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o udzielenie zamówienia z realną szansą na jego uzyskanie. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. w sprawie KIO 2683/17 w powyższym zakresie.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym Odwołujący podniósł, jak poniżej.

I. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W postępowaniu, przedmiotem którego jest świadczenie usług w zakresie remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole, Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez konieczność wykazania, że wykonawca wykonał co najmniej 1 zadanie o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN netto, polegające na remoncie turbogeneratora i części przepływowej turbiny parowej bloku energetycznego w eksploatacji o mocy minimum 200 MWe wraz z urządzeniami pomocniczymi. Remont turbozespołu (turbogenerator i turbina parowa) winien obejmować swym zakresem minimum łącznie: demontaż i montaż kadłubów, wymianę wirników, remont komór zaworowych i układów regulacji oraz ustawienie linii wałów [Sekcja III. 1.3. ogłoszenia o zamówieniu].

Powyższy warunek w znaczny sposób ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach ani wymaganiach technicznych lub technologicznych, przez co narusza wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp zasadę proporcjonalności.

Powołując się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO1081/17 z dnia 19 czerwca 2017, wyrok KIO 1030/17 z dnia 8 czerwca 2017r. oraz wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2018 r. w sprawie KIO 82/18 i wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. w sprawie KIO 786/16), Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien dostosować kryteria oceny zdolności wykonawcy do

wielkości i stopnia złożoności przedmiotu zamówienia. Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Przepis art. 22 ust 1a Pzp nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest obiektywnie racjonalne, zatem niezbędne do osiągnięcia celu prowadzonej procedury, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Postawienie określonego rodzaju warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić czy też mieć na celu uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do należytego wykonania danego zamówienia. Przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu należy mieć na względzie przede wszystkim to, iż postawienie określonych warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ma na celu przede wszystkim umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny, czy wykonawca składający ofertę jest w stanie wykonać dane zamówienie. Zasada proporcjonalności nakazuje, aby zamawiający w postępowaniu podejmował tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów. Zamawiający nie może od potencjalnego wykonawcy wymagać wykazania się posiadaniem niemalże identycznego doświadczenia jak przedmiot zamówienia.

Odwolujący podniósł, że określenie wymogu zdolności technicznej, poprzez konieczność wykazania doświadczenia w wykonywaniu prac remontowych turbogeneratora, obejmujących w swym zakresie m.in. wymianę wirników, znacząco ogranicza możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom krajowym, którzy byliby w stanie wykonać przedmiot zamówienia oraz posiadają odpowiednie doświadczenie w wykonywaniu takich usług w odniesieniu do turbozespołów, w ramach których wykonali demontaż i montaż wirników zamiast wymiany, co jednak w żaden sposób nie rzutuje i nie przesądza o możliwości spełnienia przez tych wykonawców wszelkich wymogów technicznych odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze, że w Polsce remonty turbozespołów mające w swoim zakresie wymianę na nowy zamiast demontaż i montaż starego wirnika są rzadkością, zatem Zamawiający w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje niezwykle wąski krąg wykonawców.

Odwolujący podkreślił, że od strony technicznej, technologicznej, wymagań i procedur (stosowanych np. przez Urząd Dozoru Technicznego) nie istnieją jakiegokolwiek szczególne wymagania dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania prac remontowych lub modernizacyjnych dotyczących wymiany wirników na nowe. Z technicznego punktu widzenia operacja wymiany oraz operacja demontażu i montażu wirnika są tożsame z punktu widzenia celu jakiemu mają służyć (stopień złożoności, poszczególne etapy). Konieczne jest

posiadanie takich samych uprawnień, sprzętu, zasobów i kompetencji, co sprawia, że zawiązanie warunków udziału w postępowaniu w sposób sztuczny i niecelowy eliminuje konkurencję.

Sformułowanie ww. warunku w niniejszym postępowaniu jest nieproporcjonalne i ogranicza dostęp oraz możliwość do zamówienia wykonawcom, którzy mają zdolność techniczną oraz doświadczenie konieczne do wykonania przedmiotu umowy (remont turbosespołu) oraz są w stanie wykazać się usługami na turbosespołach z demontażem i montażem wirników, które w zakresie wymogów technicznych, wiedzy i doświadczenia koniecznych do ich wykonania są tożsame z wymaganiami dla turbosespołów z wymianą wirników.

## II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zasady prowadzenia postępowania określone w art. 7 ust. 1 Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zakazane jest preferowanie rozwiązań jednego producenta, poprzez zamieszczanie w warunkach ogłoszenia lub SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia sformułowań wskazujących na jednego, konkretnego wykonawcę. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi między innymi w sytuacji, gdy zamawiający stawia warunki udzielenia zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego (wyrok KIO 765/14 z 5 maja 2014 r.).

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały żadne przesłanki o charakterze obiektywnym, które uprawniałyby Zamawiającego do podejmowania czynności, skutkujących nie tylko znacznym ograniczeniem, ale wręcz wyeliminowaniem konkurencji. Warunki udziału w postępowaniu zamieszczone w ogłoszeniu oraz SIWZ są sformułowane w taki sposób, że preferują określone podmioty oraz nie pozostają w związku z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podkreślił, że formułując warunki udziału w postępowaniu zamierzał jedynie nie dopuścić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Celem Zamawiającego nie było naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i uniemożliwienie udziału w postępowaniu rzetelnym wykonawcom, jakim jest z pewnością Odwołujący, ale rzeczywista potrzeba weryfikacji zdolności i doświadczenia wykonawców i możliwych do spełnienia warunków. Zdaniem Zamawiającego, przestrzeganie zasady

zachowania uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym również niezdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. W ocenie Zamawiającego, te przesłanki zostały wypełnione w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że określił „minimalne poziomy zdolności” pozwalające uzyskać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie wymaga się od wykonawcy legitymowania się realizacją dokładnie takich samych prac (np. wymiana wirnika turbiny 181(370), a wręcz przeciwnie, przychylenie się do wniosków zawartych w odwołaniu spowodowałoby nieproporcjonalność na niekorzyść Zamawiającego, poprzez sformułowanie warunków zbyt ogólnych, nie uwzględniających rzeczywistych oczekiwań, co w efekcie pozbawia Zamawiającego możliwości weryfikacji. Postulowana zmiana na zapis „demontaż i montaż” zamiast „wymiana” ogranicza opisany warunek udziału w postępowaniu w sposób niekorzystny dla Zamawiającego, poprzez ograniczenie wymaganego doświadczenia w taki sposób, iż nie odzwierciedla to faktycznego interesu Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że operacja demontażu i montażu jest jedynie częścią zakresu prac realizowanych przy wymianie wirnika, która to operacja wymaga od wykonawcy zaangażowania znacznie szerszego zakresu kompetencyjnego.

Zamawiający podniósł, że argument, iż „w Polsce remonty turbozespołów mające w swoim zakresie wymianę na nowy zamiast demontaż i montaż starego wirnika są rzadkością” nie ma odzwierciedlenia w żadnych statystykach. Daleko idące wnioski, dotyczące rynku remontów turbozespołów w Polsce, zostały wyciągnięte w oparciu o nieznane przesłanki.

Zamawiający wyjaśnił, że PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole, jest trzecią, co do wielkości pod względem mocy zainstalowanej, jednostką wytwórczą w kraju. Cztery z sześciu bloków eksploatowanych w tej Elektrowni wyposażono w turbozespoły składające się z turbiny 18060 i generatora GTHW-360. Bliźniacze urządzenia, w ilości 12, posiadała największa w Polsce jednostka wytwórcza PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów. Korzystając z doświadczeń eksploatacyjnych niejednokrotnie obie Elektrownie wspomagają się nawzajem.

Jednym z elementów wymiany doświadczeń jest strategia prowadzenia prac remontowych. W Elektrowni Bełchatów, jak i w Elektrowni Opole, realizacja remontu kapitalnego turbozespołu prowadzona jest z wykorzystaniem tak zwanych rotacyjnych



części, co oznacza w praktyce, że każda z Elektrowni jest w posiadaniu rezerwowych wirników turbiny i generatora. W okresie swojej eksploatacji Elektrownia Opole odkupiła od Elektrowni Bełchatów wirnik WP oraz SP w celu wykorzystania ich podczas realizacji remontów kapitalnych. W ten sposób, w posiadaniu Elektrowni Opole są rezerwowe wirniki turbiny WP — 2 szt. i SP — 1 szt. oraz wirnik generatora — 1 szt. Każdorazowo, przystępując do remontu kapitalnego, rezerwowe wirniki podlegają remontom fabrycznym w celu przygotowania ich do montażu. „Rotacyjność” tych elementów polega na tym, że po wymontowaniu z turboszespołu w trakcie remontu kapitalnego, dana część przekazywana jest do remontu fabrycznego w celu przygotowania do montażu w remoncie kapitalnym kolejnego turboszespołu. Wobec powyższego, w każdym przypadku mamy do czynienia jedynie z demontażem starego wirnika, natomiast operacja montażu dotyczy wyremontowanego wirnika, wyremontowanego wcześniej z innego turboszespołu. Zamawiający wyjaśnił, że w Elektrowni Opole nie ma możliwości wykonania remontu kapitalnego turboszespołów w planowanym terminie bez operacji wymiany wirników. W Elektrowni Opole, taki tryb realizacji dotyczy obecnie trzech z czterech wirników składających się na turboszespoł. O ile oczywiście dany element jest elementem nowym dla turboszespołu, w którym jest montowany, nie jest to urządzenie nowe w dokładnym tego słowa znaczeniu. Zamawiający nie określił wymogu zdolności technicznej, poprzez konieczność wykazania doświadczenia w wykonywaniu prac remontowych turbogeneratora, obejmujących m.in. „wymianę wirników na nowe”, a jedynie „wymianę wirników”.

Zamawiający wskazał, że od roku 2001 do chwili obecnej remonty kapitalne turboszespołów prowadzone były przez różnych wykonawców. Specyfika realizacji remontu turboszespołu z wykorzystaniem „rotacyjnych” elementów istotnie wymaga od wykonawcy szczególnego doświadczenia w realizacji tego typu prac. Z technicznego punktu widzenia operacja wymiany oraz operacja demontażu i montażu wirnika nie są tożsame z punktu widzenia celu, jakiemu mają służyć (stopień złożoności, poszczególne etapy):

1. Praktycznie każdorazowa wymiana wirnika wiąże się z wymianą jego ułożyskowania, ze względu na zmiany średnic czopa wału, która to wymiana może nie zaistnieć w przypadku demontażu i montażu starego wirnika.
2. Kolejnym elementem odróżniającym technologicznie wymianę wirnika jest kwestia jego wyważenia. Każdorazowo, podczas remontu fabrycznego wirniki podlegają operacji wyważania, aby zminimalizować wpływ wymiany wirnika na stan dynamiczny całego turboszespołu. Każdorazowo po wykonanym remoncie fabrycznym naturalnym zjawiskiem jest obecność tak zwanej niewyważenia resztkowej wirnika, która w niesprzyjających okolicznościach, np. w przypadku superpozycji niewyważenia dwóch sąsiednich wirników, może być przyczyną niewłaściwego stanu dynamicznego całego turboszespołu (w skrajnych przypadkach może nawet uniemożliwić uruchomienie urządzenia), za czym idzie

konieczność doważania i korekcji linii wałów. Zjawisko takie nie wystąpi w przypadku demontażu i montażu starego wirnika. Operacja doważania (korekty stanu dynamicznego) wymaga od wykonawcy kompetencji w obszarze drgań mechanicznych, których nie implikuje realizacja jedynie demontażu i montażu wirnika.

3. Wymiana wirników turbiny wymaga właściwego „wyprowadzenia” luzów w układzie przepływowym, co jest kluczowym elementem dla bezpieczeństwa eksploatacji i sprawności całego urządzenia, a więc w sposób bezpośredni przekłada się na zdolności produkcyjne Zamawiającego. Każdorazowo decyzja o zmianach w ustawieniu układu przepływowego turbozespołu musi zostać podjęta ze świadomością konsekwencji i wpływu na sprawność techniczną całego urządzenia, stąd wymaga to od wykonawcy analizy takich zmian. W przypadku demontażu i montażu starego wirnika konieczność korekty w zakresie luzów w układzie przepływowym raczej nie wystąpi.

Zamawiający wskazał, że jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, zasada proporcjonalności oznacza, że zamawiający ma obowiązek wyważenia proporcji pomiędzy koniecznością zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu. Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Sr/ i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności. Ograniczanie konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską jest dopuszczalne tylko w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Z kolei w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii podkreślono, że określenie „proporcjonalny” należy rozumieć jako „zachowujący właściwą proporcję”. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę (proporcję) między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Zamawiający przywołał także wyrok NSA z dnia 24 listopada 2016 r. II GSK 1127/15, który orzekł m.in.: „Nieuprawnione jest wymaganie, aby zamawiający zrezygnował z ochrony własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymagania w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom nie posiadającym doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający stwierdził, że zarówno od strony technicznej, jak i technologicznej istnieją szczególne wymagania dotyczące posiadania doświadczenia do wykonywania prac remontowych lub modernizacyjnych dotyczących wymiany wirników, stąd Zamawiający w postępowaniu podjął działania, które są konieczne i niezbędne do sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, co pozwoli wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego, warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe zostały określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.),zwanej dalej „nPzp”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nPzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust 1 b pkt. 3) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole. Treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych określona w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) nie była sporna pomiędzy stronami. W ramach ww. warunku Zamawiający sformułował wymóg wykazania przez wykonawców wykonania remontu turbozespołu (turbogenerator i turbina parowa) obejmującego m.in. wymianę wirników.

Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że wymianę wirników należy rozumieć jako demontaż wirnika i montaż wirnika tzw. rotacyjnego, tj. wirnika zapasowego, który został już wcześniej poddany remontowi fabrycznemu. W przypadku wymiany wirnika montaż wirnika nie dotyczy zatem tego samego urządzenia, które zostało zdemontowane.

Jak wyjaśnił Zamawiający, specyfika realizacji remontu turbozespołu z wykorzystaniem „rotacyjnych” elementów wymaga od wykonawcy szczególnego doświadczenia w realizacji tego typu prac. Z technicznego punktu widzenia operacja wymiany oraz operacja demontażu i montażu wirnika nie są tożsame z punktu widzenia celu, jakiemu mają służyć (stopień złożoności, poszczególne etapy):

Pkt 1. Praktycznie każdorazowa wymiana wirnika wiąże się z wymianą jego ułożyskowania, ze względu na zmiany średnic czopa wału, która to wymiana może nie zaistnieć w przypadku demontażu i montażu starego wirnika.

Pkt 2. Kolejnym elementem odróżniającym technologicznie wymianę wirnika jest kwestia jego wyważenia. Każdorazowo, podczas remontu fabrycznego wirniki podlegają operacji wyważania, aby zminimalizować wpływ wymiany wirnika na stan dynamiczny całego turbozespołu. Każdorazowo po wykonanym remoncie fabrycznym naturalnym zjawiskiem

jest obecność tak zwanej niewywagi resztkowej wirnika, która w niesprzyjających okolicznościach, np. w przypadku superpozycji niewywag dwóch sąsiednich wirników, może być przyczyną niewłaściwego stanu dynamicznego całego turbozespołu (w skrajnych przypadkach może nawet uniemożliwić uruchomienie urządzenia), za czym idzie konieczność doważania i korekcji linii wałów. Zjawisko takie nie wystąpi w przypadku demontażu i montażu starego wirnika. Operacja doważania (korekty stanu dynamicznego) wymaga od wykonawcy kompetencji w obszarze drgań mechanicznych, których nie implikuje realizacja jedynie demontażu i montażu wirnika.

Pkt 3. Wymiana wirników turbiny wymaga właściwego „wyprowadzenia” luzów w układzie przepływowym, co jest kluczowym elementem dla bezpieczeństwa eksploatacji i sprawności całego urządzenia, a więc w sposób bezpośredni przekłada się na zdolności produkcyjne Zamawiającego. Każdorazowo decyzja o zmianach w ustawieniu układu przepływowego turbozespołu musi zostać podjęta ze świadomością konsekwencji i wpływu na sprawność techniczną całego urządzenia, stąd wymaga to od wykonawcy analizy takich zmian. W przypadku demontażu i montażu starego wirnika konieczność korekty w zakresie luzów w układzie przepływowym raczej nie wystąpi.

Zamawiający nie przedstawił na poparcie swoich twierdzeń jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący podnosił natomiast, że od strony technicznej, technologicznej lub wymagań i procedur (stosowanych np. przez Urząd Dozoru Technicznego) nie istnieją jakiegokolwiek szczególne wymagania dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania prac remontowych lub modernizacyjnych dotyczących wymiany wirników na nowe. Z technicznego punktu widzenia operacja wymiany oraz operacja demontażu i montażu wirnika są tożsame, biorąc pod uwagę cel, jakiemu mają służyć (stopień złożoności, poszczególne etapy). Konieczne jest posiadanie takich samych uprawnień, sprzętu, zasobów i kompetencji. Odwołujący przedłożył do akt sprawy wyciągi z trzech umów wraz z protokołami odbioru i referencjami: umowę nr C33Z150014 z dnia 19.04.2016 r. zawartą pomiędzy EDF Polska SA a Odwołującym, umowę nr UZ/19/04/0103 z dnia 15.04.2019 r. zawartą pomiędzy PGE Energia Ciepła SA a Odwołującym oraz umowę nr U/KZP-PT.2103.1.2019/TLR/1 z dnia 03.01.2020 r. zawartą pomiędzy Enea Wytwarzanie spółka z o.o. a Odwołującym.

Jak wynika z treści powyższych umów, w ramach demontażu i montażu wirników są wykonywane wskazywane przez Zamawiającego czynności, które Zamawiający przedstawiał jako specyficzne jedynie dla „wymiany” wirników. Wbrew powyższemu twierdzeniem Zamawiającego, z treści przedłożonych umów wynika, że w ramach remontu obejmującego „demontaż i montaż wirnika” wymagane są tożsame rodzajowo czynności, na które wskazywał Zamawiający, np.:

- umowa nr C33Z150014 z dnia 19.04.2016 r. obejmuje w pkt 1 Opis branży mechanicznej - ppkt 1.1. Łożyska turbozespołu:

- „- pomiary luzów łożysko-czop i posadowienie łożysk
- dopasowanie łożysk do ponownego montażu
- niezbędne operacje związane z pomiarami i posadowieniem elementów

Uwaga:

*Dla wyceny oferty założyć konieczność wylania stopem V738 i obróbkę mechaniczną (wszystkie niezbędne prace mechaniczne w tym również odtworzenie otworów pod pomiary specjalne/temperatury) wszystkich tj. dziewięciu łożysk – w tym łożysko nr 2 w części nośnej oraz klocki oporowe.”*

W pkt 1.6 Układ przepływowy SP:

„- Pomiar luzów układu przepływowego zgodnie z arkuszem (kartami) pomiarowymi (stan poeksploatacyjny i końcowy).

- Korekta ustawienia układu przepływowego (w tym wszystkie niezbędne prace mechaniczne jak np. pierścieniowanie, obróbka mechaniczna itp. Wykonanie segmentów uszczelnień w wykonaniu specjalnym/indywidualnym).

- Dostawa i wymiana uszczelnień labiryntowych międzystopniowych i dławicowych.”

W pkt 1.7. Układ przepływowy NP.:

„- pomiar luzów układu przepływowego zgodnie z arkuszami (kartami) pomiarowymi (stan poeksploatacyjny i końcowy),

- korekta ustawienia elementów stacjonarnych układu przepływowego”.

- umowa nr UZ/19/04/0103 z dnia 15.04.2019 r. obejmuje m.in. w pkt I Łożyskowanie turbozespołu, obracarka wału, centrowanie wirników:

„- Wyprowadzenie luzów łożysk – bocznych i górnych

- Pasowanie łożysk do obudowy na poduszkach i do czopu”

„Opcja 3 – Wylanie łożyska nr 3 oraz prace związane z jego dopasowaniem na obiekcie”

W pkt II. Część przepływowa:

„3. Pomiary, wyprowadzenie luzów i centrowanie części przepływowej WP”.

„Opcja 11 – Wyważanie wysokoobrotowe wirnika WP.”

W pkt III. Część przepływowa SP:

„2. Pomiary, wyprowadzenie luzów i centrowanie części przepływowej SP”

W pkt IV Część przepływowa SP:

„2. Centrowanie obejm, dławnic oraz wyprowadzenie luzów części przepływowych”

W pkt XVII Prace dodatkowe zgodnie z Aneks nr 2:

„1. Wyważanie niskoobrotowe w klasie G1”.

- umowa nr U/KZP-PT.2103.1.2019/TLR/1 z dnia 03.01.2020 r. w pkt 3.1.6 Remont układu przepływowego WP obejmuje:

„- pomiar luzów układu przepływowego zgodnie z arkuszami (kartami) pomiarowymi

*(stan poeksploatacyjny i końcowy)*

- korekta ustawienia układu przepływowego,
- korekta ustawienia korpusu wewnętrznego, obejm tarcz i dławnic, tarcz kierowniczych ( w tym niezbędne demontaże ustawienie i montaż klinów0

- pomiary ustawienia tarcz kierowniczych (stan poeksploatacyjny i końcowy)”

W pkt 3.1.10 Remont wirnika WP:

„- prace związane z dopasowaniem wirnika do tarcz kierowniczych, uszczelnień dławnicowych i międzystopniowych, pomiaru układu przepływowego WP jako stan poeksploatacyjny i montaż końcowy w oparciu o typowe metody i metryki pomiarowe”

W pkt 3.1.13 Remont układu przepływowego SP:

„- pomiar luzów układu przepływowego zgodnie z arkuszami (kartami) pomiarowymi (stan poeksploatacyjny i końcowy)

- korekta ustawienia układu przepływowego (w tym wszystkie niezbędne prace mechaniczne jak np. pierścieniowanie, obróbka mechaniczna itp. Wykonanie segmentów uszczelnień w wykonaniu specjalnym/indywidualnym),

- korekta ustawienia korpusu wewnętrznego, obejm, tarcz i dławnic, tarcz kierowniczych ( w tym niezbędne demontaże, ustawienie i montaż klinów)

- dostawa i wymiana uszczelnień labiryntowych międzystopniowych i dławnicowych”

W pkt 3.1.15 Remont wirnika SP:

„- prace związane z dopasowaniem wirnika do tarcz kierowniczych, uszczelnień dławnicowych i międzystopniowych, pomiary układu przepływowego SP jako stan poeksploatacyjny i montaż końcowy w oparciu o typowe metody i metryki pomiarowe.”

W pkt 3.1.19 Remont układu przepływowego NP.:

„- pomiar luzów układu przepływowego zgodnie z arkuszami (kartami) pomiarowymi (stan poeksploatacyjny i końcowy)

- korekta ustawienia elementów stacjonarnych układu przepływowego”

W pkt 3.1.24 Wyważanie turbozespołu w łożyskach własnych:

„- montaż/demontaż pokryw łożyskowych wskazanych przez Zamawiającego

- dostawa oraz montaż/demontaż ciężarków we wskazanych przez Zamawiającego miejscach pomiędzy próbnymi uruchomieniami turbozespołu”

W pkt 3.1.25 Remont łożysk nr 1 do 9 turbozespołu:

„- regeneracja – wylanie wszystkich łożysk turbozespołu stopem V738,

- dopasowanie łożysk do wytoczeń (na tusz),
- pomiary luzów łożysko-czop i posadowienia łożysk,
- korekta i dopasowanie klocków łożyska oporowego, kontrola i dopasowanie elementów ustalających łożyska oporowego,
- dopasowanie łożysk do ponownego montażu,”

Zamawiający nie zakwestionował powyższych okoliczności stwierdzonych w umowach przedłożonych przez Odwołującego. Zamawiający nie zaprzeczył skutecznie także twierdzeniom Odwołującego, że stosowany przez Zamawiającego sposób wymiany wirnika na urządzenie tzw. rotacyjne nie jest powszechny na rynku remontów turbozespołów (jest wręcz rzadkością), a w związku z tym nie jest możliwe nabycie dokładnie takiego doświadczenia w sytuacji, gdy dla Zamawiającego ta sama firma wykonuje remonty turbozespołu od kilku ostatnich lat. Odwołujący wyjaśnił, że od 2014 roku ten sam wykonawca realizuje przedmiot zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, czemu Zamawiający również nie zaprzeczył.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie natomiast z ust. 1b pkt 3 Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE. Zasada ta wymaga, aby środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco*, rec. 2002, s-I- 11453).

Ustawodawca unijny już przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE - w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu stwierdzenia: czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji, jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu.

W niniejszym przypadku nie można uznać za zgodny z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w postępowaniu w sposób znaczny i nieuzasadniony konkurencję, poprzez nałożenie obowiązku wykazania określonych prac, tj. prac dokładnie odtwarzających przedmiot zamówienia.

Zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy, tj. uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką,



zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Biorąc pod uwagę rodzaj i zakres robót i usług do wykonania w ramach niniejszego zamówienia stwierdzić należy, że zakres prac wykonywanych przy wymianie wirnika, w rozumieniu przedstawionym przez Zamawiającego, jak i zakres prac przy demontażu i montażu wirnika jest rodzajowo tożsamy, co potwierdza treść umów przedłożonych przez Odwołującego. Z punktu widzenia technicznego i technologicznego nie ma zatem tak istotnych różnic pomiędzy demontażem i montażem wirnika a jego wymianą, które uzasadniałyby ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy wykonywali demontaż i montaż a nie wykonywali wymiany wirnika. W obu przypadkach bowiem montaż wirnika dotyczy urządzenia po remoncie, w wyniku którego to remontu (zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku) następuje częściowa zmiana tego urządzenia w wyniku obróbki różnych jego elementów, co prowadzi m.in. do zmiany niektórych jego wymiarów. Jest to istotne przy montażu wirnika, gdyż przy montażu wyremontowany wirnik musi być odpowiednio ponownie dopasowany w ramach turbozespołu. Izba podziela stanowisko, że nakład pracy wykonawcy może być większy w przypadku montażu i ponownego dopasowania w ramach turbozespołu wirnika tzw. rotacyjnego, jednak są to prace tego samego rodzaju, a zatem należy je przyjąć jako minimalny poziom zdolności wykonawcy do realizacji tego zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania uzasadnienia wynikającego z obiektywnych potrzeb Zamawiającego dla określenia warunków i wymogów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że w niniejszym przypadku Zamawiający nie wykazał przesłanek pozwalających na zawężenie wymaganego doświadczenia wykonawców do „wymiany wirnika”, w szczególności nie wykazał okoliczności, że zakres i skala trudności przy wymianie wirnika w porównaniu do demontażu i montażu wirnika jest w sposób nieporównywalny wyższa. Zamawiający nie wykazał również, że na rynku funkcjonują inni zamawiający, którzy realizują podobne zamówienia publiczne obejmujące wymianę wirnika tzw. rotacyjnego, w których wykonawcy mieli możliwość zdobycia dokładnie takiego doświadczenia (w tym dla turbogeneratorsa i części przepływowej turbiny parowej bloku energetycznego w eksploatacji o mocy minimum 200 MWe), którego wymaga Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania.

Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby osiągnąć cel, który musi wykazywać się dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnieniem należytego wykonania umowy. W ocenie Izby, cel zakładany przez Zamawiającego, a więc zapewnienie

prawidłowego wykonania remontu turbosespołu, w tym wymiany wirnika, może być osiągnięty przy zapewnieniu potencjału zawodowego i technicznego wykonawcy polegającego na wykonaniu określonego przez Zamawiającego remontu turbosespołu obejmującego m.in. „demontaż i montaż wirnika”, co rozszerzy konkurencyjność tego postępowania.

W świetle art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, każdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy opisać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danego postępowania, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i specyfiki rynku, do którego zamówienie jest skierowane. W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (...).

Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędnym dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Jak wynika z

powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania".

W przedmiotowym postępowaniu zakwestionowany przez Odwołującego warunek w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia mimo, że nie realizowali dla Zamawiającego wcześniej remontów turbozespołu obejmującego „wymianę wirnika”. Ustalony przez Zamawiającego warunek nie znajduje oparcia w okolicznościach technicznych lub technologicznych uzasadniających obiektywne potrzeby Zamawiającego w rozumieniu „minimalnych poziomów zdolności”, a zatem narusza wynikającą z art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp zasadę proporcjonalności, jako warunek nadmierny, który ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania, podczas gdy za wystarczający warunek należy uznać wykazanie wykonania prac remontowych turbozespołu polegających na demontażu i montażu wirników. W przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły, w ocenie Izby, przesłanki o obiektywnym charakterze, które uprawniałyby Zamawiającego do określenia warunku, który istotnie ogranicza, a nawet może wręcz wyeliminować konkurencję w prowadzonym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp oraz art. 554 ust. 3 pkt 1 lit.a nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....