

Sygn. akt: KIO 1947/10

**WYROK**  
**z dnia 24 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzeja Banaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Technika” Andrzej Banaszek, 10-165 Olsztyn, ul. Artyleryjska 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Płaska, 16-326 Płaska, Płaska 53**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Płaska, 16-326 Płaska, Płaska 53 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Andrzeja Banaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Technika” Andrzej Banaszek, 10-165 Olsztyn, ul. Artyleryjska 12**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Płaska, 16-326 Płaska, Płaska 53** na rzecz **Andrzeja Banaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Technika” Andrzej Banaszek, 10-165 Olsztyn, ul. Artyleryjska 12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Płaska, Płaska 53, 16-326 Płaska, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na ternie Gminy Płaska”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 września 2010 r. pod pozycją: 279726-2010.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 6 września 2010 r.

Wykonawca Andrzej Banaszek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Technika” Andrzej Banaszek, ul. Artyleryjska 12, 10-165 Olsztyn (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 10 września 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na treść zapisów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art.7 ust. 1 ustawy Pzp,
- art.22 ust.4 ustawy Pzp,
- §1 ust. 1 pkt.6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817).

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- W sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” pkt. 1 opisu, wykreślenie słów: „w okresie nie dłuższym niż 4 miesiące - każde zadanie”;
- W sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” pkt.2 opisu, wykreślenie słów: „w okresie nie dłuższym niż trzy miesiące”;
- W sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” dopuszczenie wykazaniem się spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zawodowego w realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków w wymaganej ilości wykonanych w ramach różnych zamówień;
- W sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” dopuszczenie wykazania się przez wykonawcę robotą o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia tzn. w okresie porównywalnym do założonego na wykonanie przedmiotowego zamówienia okresu czasu doświadczeniem przy realizacji około 500 oczyszczalni przydomowych niezależnie od ilości

kontraktów w jakich to nastąpiło;

- W sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” pkt.2 opisu, obniżenie wymaganej ilości oczyszczalni do 75 szt.;
- W sekcji III.3.4. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, wykreślenie wymogu by *„Kadra pracownicza powinna być zatrudniona u Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło.”*;
- W sekcji III.3.4. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, wykreślenie słów: *„pracowników fizycznych (min. dwie brygady montujące oczyszczalnie. W skład brygady powinny wchodzić następujące osoby: kierowca samochodu, operator koparki, dwie osoby fizyczne montujące oczyszczalnie.”*;
- W sekcji III.3.4.1) *„W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy przedłożyć:”, wykreślenie żądania przedłożenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu „koncesji, zezwolenia lub licencji”.*

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sekcji III.3.2. „Wiedza i doświadczenie” zawarł następujący wymóg:

*„Wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie) min. 3 roboty o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia: 1) dwóch zadań związanych z wykonaniem 100 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 4 miesięcy - każde zadanie, 2) jednego zadania związanego z wykonaniem 250 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż trzy miesiące pracujących w połączonej technologii zanurzonego złoża biologicznego i nisko obciążonego osadu czynnego, licząc od miesiąca ukazania się ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych z wykorzystaniem załącznika nr 6 do SIWZ z podaniem ich ilości wartości oraz daty realizacji i miejsca wykonania”.*

Odwołujący podkreślił, iż określony w sekcji II.2) termin wykonania przedmiotowego zamówienia przewidziany został do dnia 31 sierpnia 2012 rok, a więc około 23 miesięcy). W ocenie Odwołującego określenie wymagań, by wykonawca legitymował się wykonaniem aż 3 robót o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia jest żądaniem nadmiernym i niczym nie uzasadnionym, na który składać się mają 2 zamówienia związane z wykonaniem 100 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie

dłuższym niż 4 oraz jedno zamówienie związane z wykonaniem 250 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące.

W ocenie Odwołującego postawiony wymóg wykonania określonej ilości przydomowych oczyszczalni w narzuconym przez Zamawiającego terminie odpowiednio w okresie 4 miesięcy po 100 szt. oraz w okresie 3 miesięcy 250 szt. nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia związanego z przedmiotem zamówienia, który to przewidziany jest do wykonania w okresie powyżej 23 miesięcy. Mając na uwadze przewidywaną ilość 700 szt. do wykonania w tym okresie przydomowych oczyszczalni ścieków z zachowaniem proporcji, o których mowa w art.24 ust. 4 ustawy w odniesieniu do narzuconego czasu realizacji danego zamówienia, Zamawiający mógł jedynie żądać wykazania się odpowiednio w okresie 4 miesięcy wykonaniem jednego zamówienia w maksymalnej ilości 100 szt. oczyszczalni, a nie jak żąda dwóch zamówień oraz w okresie 3 miesięcy maksymalnie około 75-cioma oczyszczalniami, a nie jak żąda 250.

Kolejnym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy, zdaniem Odwołującego jest dokonanie opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w sekcji III.3.4. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia” zawartym w treści ogłoszenia. Zamawiający w sekcji tej zawarł między innymi następujący wymóg związany z opisem spełnienia postawionego wykonawcom warunku związanego z dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

*„Kadra pracownicza powinna być zatrudniona u Wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło.” oraz „(...) pracowników fizycznych (min. dwie brygady montujące oczyszczalnie. W skład brygady powinny wchodzić następujące osoby: kierowca samochodu, operator koparki, dwie osoby fizyczne montujące oczyszczalnie”. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt.6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w art.22 ust. 1 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych może żądać: „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;” W ocenie Odwołującego żądanie opisane w sekcji III.3.4. ogłoszenia przytoczone powyżej jest sprzeczne zarówno z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również wykracza poza zakreślony §1 ust. 1 pkt.6 Rozporządzenia zamknięty wykaz dokumentów, co do żądania których Zamawiający jest upoważniony.*

Wykonawca nie ma obowiązku zatrudniania osobiście określonego personelu, jak również prawo dysponowania daną osobą wskazaną do pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie nie musi wynikać zarówno ze stosunku pracy, zlecenia bądź umowy o dzieło. Wykonawca również nie musi polegać na zasobach innych podmiotów by dysponować daną osobą np. poprzez wzajemne porozumienie pomiędzy wykonawcą, a osobą fizyczną świadczącą dane usługi związane z pełnieniem nadzoru nad robotami budowlanymi.

Nie dotyczy to w ocenie Odwołującego stawianych wymogów co do pracowników fizycznych, składu organizacyjnego brygad i ich ilości. Odwołujący podkreślał, iż przedmiotem zamówienia objęte są roboty budowlane. Wykonawca by wykonać je zgodnie ze sztuką budowlaną i przepisami prawa np. w zakresie wykonania robót ziemnych nie musi dysponować np. kierowcami samochodów bądź operatorami koparek. Wystarczające jest i powszechnie stosowane zamówienie określonych usług związanych np. z zapewnieniem dostaw poprzez transport zamawianych materiałów i urządzeń. Również montaż urządzeń w postaci gotowych oczyszczalni odbywa się przez ich dostawców, a wykonawca zagwarantować może w cenie zakupu zarówno ich montaż, dostawę jak i rozruch technologiczny. Odwołujący wskazał, że *„(...) bez względu na to, na jakiej podstawie wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest on uprawniony do ich wskazania w ofercie dla wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z zapisów ustawy nie wynika, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy, czy też jakimkolwiek innym węzłem obligatoryjnym. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową” (orzeczenie Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim z 9 października 2008 r., VII Ga 24/08).*

Ponadto Odwołujący wskazał na nieuprawnione żądanie Zamawiającego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez żądanie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów w postaci koncesji, zezwolenia lub licencji zgodnie z postanowieniem zawartym w sekcji III.3.4.1) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podkreślił, iż żądanie Zamawiającego przedłożenia przez wykonawców wskazanych w ogłoszeniu dokumentów nie jest w żaden sposób powiązane z przedmiotem zamówienia, tak więc żądanie takie jest nieuprawnione. Poza tym Odwołujący zauważył, iż Zamawiający pomimo postawienia żądania dołączenia do oferty koncesji, zezwolenia lub licencji nie dokonał skonkretyzowania wymagań co uniemożliwia wykonawcy przedłożenie wymaganego i oczekiwanego przez Zamawiającego dokumentu mającego potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 września 2010 r. pod pozycją: 279726-2010.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie oraz Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawiera, między innymi następujące postanowienia:

1) pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu (pkt IX, ppkt 5.1 SIWZ) - Wiedza i doświadczenie – opis sposobu oceny spełniania tego warunku – wykaz wykonywanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) min. 3 roboty o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia: 1) dwóch zadań związanych z wykonaniem 100 szt. Przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 4 miesięcy – każde zadanie, 2) jednego zadania związanego z wykonaniem 250 szt. Przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące pracujących w połączonej technologii zanurzonego złoża biologicznego i nisko obciążonego osadu czynnego, licząc od miesiąca ukazania się ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych z wykorzystaniem załącznika nr 6 wykonawca ma przedłożyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, ponadto powinny zawierać czas realizacji, ilość wykonanych sztuk oczyszczalni oraz kwotę za którą zostały wykonane (...),

2) pkt III.34) ogłoszenia o zamówieniu (pkt IX, ppkt 6.1 SIWZ) - Osoby zdolne do wykonania zamówienia – opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku – wykaz kadry pracowniczej odpowiedzialnej za realizację przedmiotu zamówienia wraz z zakresem wykonywanych przez nich czynności – zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ oraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tyli osobami. Kadra pracownicza powinna być zatrudniona u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło. Natomiast w przypadku, gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tyli osobami w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy osób zdolnych wykonać zamówienia (kadry pracowniczej) do dyspozycji na okres wykonywania zamówienia. W zakresie tym należy wskazać kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, pracowników fizycznych (min. Dwie brygady montujące

oczyszczalnie. W skład brygady powinny wchodzić następujące osoby: kierowca samochodu, operator koparki, dwie osoby fizyczne montujące oczyszczalnie.

3) pkt III.4.1) ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy przedłożyć m. in.:

- koncesję, zezwolenie lub licencję.

Pismem z dnia 16 września 2010 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wprowadzone przez Zamawiającego zapisy ogłoszenia oraz SIWZ mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, pomimo iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 16 września 2010 r.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.



Ponadto Izba badała również czy istnieją przesłanki do odrzucenia odwołania w tym w szczególności czy w świetle zarzutów zawartych w odwołaniu istnieją podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, t.j. odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Izba analizując odwołanie badała czy zostało ono wniesione na opis warunków udziału w postępowaniu czy też na opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Z powyższego wynika, że w postępowaniach o mniejszej wartości odwołanie przysługuje wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków a zapis tego przepisu nie może być interpretowany rozszerzająco.

Następnie Izba stwierdziła, iż w świetle zapisów nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r. ustawodawca zmienił dotychczas obowiązującą w praktyce i orzecznictwie koncepcję rozumienia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Dotychczas przyjmowano, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu a opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków jest niczym innym jak tylko określeniem sposobu, w jaki Zamawiający ma oceniać, czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, czy też nie. Wskazania wymaga tutaj treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. Akt III CZP 110/09, która potwierdziła dotychczasowe stanowisko KIO (wyrok z dnia 24 marca 2009 r., sygn. Akt KIO/UZP 296/09, oraz wyrok z dnia 12 marca 2009 r., sygn. Akt KIO/UZP 238/09) i doktryny wskazując, że: *„Według tych kryteriów, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki Zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu. W zakresie tego pojęcia wchodzi jedynie obowiązek przedstawienia metody oceny np. zero – jedynkowej, czy też odpowiedniej*

*punktacji. Opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację abstrakcyjnych wymogów ustawowych określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp*'.

Jednakże Izba zauważa, że nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r. ustawodawca zmienił koncepcję rozumienia warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Zdaniem Izby w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału to nic innego jak dotychczasowa konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu zawartych w art. 22 ustawy Pzp.

Na powyższe wskazują następujące argumenty:

W pierwszej kolejności Izba dokonując analizy przepisów obowiązujących (t.j. przepisów po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych) zauważyła, że niniejszą nowelizacją wykreślono ust. 2 art. 22 ustawy, który stanowił o zakazie określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższy zapis, zdaniem Izby wskazywał, o obowiązku Zamawiającego określenia/konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu, i poprzez warunki udziału rozumiano warunki dookreślone, ukształtowane przez Zamawiającego w danym postępowaniu. Izba zauważa, że przepis ten został wykreślony. Ponadto w kontekście powyższych rozważań Izba wskazuje także na nowe brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy, nadane nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wedle którego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Z brzmienia niniejszego przepisu można wywieść, iż skoro opis sposobu ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, to owy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału jest niczym innym jak dotychczasową konkretyzacją warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje także na treść art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m. in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Izba zauważa, iż w dotychczasowym brzmieniu ustawy sprzed jej nowelizacji przepis ten wskazywał na opis warunków, zaś obecnie ustawodawca powołuje się na warunki, czyli warunki udziału zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższa analiza przepisów ustawy prowadzi do wniosku, że warunki udziału w postępowaniu zawarte zostały przez ustawodawcę w treści przepisu art. 22 ustawy ust. 1 ustawy Pzp i przepis ten zalicza się do norm o charakterze *ius cogens*, bezwzględnie obowiązujących. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału jest zaś konkretyzacją warunków zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że skoro niniejsze odwołanie dotyczyło opisu sposobu dokonywania oceny tych warunków uznać należy, że wykonawcy w świetle dyspozycji art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przysługiwało odwołanie.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania, dlatego też odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do ogłoszenia i SIWZ zapisu, że wykonawca ma wykazać się wykonaniem robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) min. 3 robotami o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, t.j.: 1) dwoma zadaniami związanymi z wykonaniem 100 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 4 miesiące – każde zadanie, 2) jednym zadaniem związanym z wykonaniem 250 szt. przydomowych oczyszczalni mechaniczno-biologicznych w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące pracujących w połączonej technologii zanurzonego złoża biologicznego i nisko obciążonego osadu czynnego.

Powyższy zarzut zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

Nie ulega wątpliwości, że taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia związany jest z przedmiotem niniejszego zamówienia, w skład którego wchodzi budowa przydomowych oczyszczalni ścieków.

Jednak Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia narzucony przez Zamawiającego w pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio w terminie 4 miesiące po 100 szt. oraz w terminie 3 miesiące 250 szt. nie znajduje uzasadnienia w kontekście przedmiotu zamówienia,

którego realizacja przewidziana została na okres 23 miesięcy, zakładając że wykonawcy mieli zrealizować w tym okresie około 700 szt. przydomowych oczyszczalni ścieków.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że tak sformułowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i postawione przez niego granice czasowe były konieczne (odpowiednio 4 miesięcy oraz 3 miesięcy) i zostały wprowadzone po uwzględnieniu różnych warunków klimatycznych (zima, powódzie, itp.) oraz uwzględniając także wszelkiego rodzaju dni wolne oraz święta.

Izba zauważa, że sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego też punktem odniesienia dla Zamawiającego powinien być przedmiot zamówienia oraz jego wartość. Wprowadzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców niespełniających warunku wiedzy i doświadczenia, którzy de facto byłiby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt V Ca 221/03 potwierdził, iż wskazanie wymagań rażąco nieadekwatnych do wielkości przedmiotu zamówienia prowadzić może do naruszenia zasady uczciwej konkurencji eliminując z postępowania wszystkich wykonawców nie spełniających tego wymogu, a mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający ma prawo do żądania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednakże w pewnych granicach, tak aby dzięki nim mógł ustalić czy wykonawca posiada m. in. odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Powyższe granice wyznacza przedmiot (w tym także termin realizacji zamówienia) oraz wartość zamówienia. Zamawiający ściśle związany jest przedmiotem i wartością zamówienia co wyraźnie wynika z art. 44 ust. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wedle którego: „(...) minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia”.

Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiego służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Izba stwierdza, iż Zamawiający wprowadzając do ogłoszenia i SIWZ opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia powinien brać również pod uwagę okres realizacji przedmiotowego zamówienia (t.j. okres 23 miesięcy). Nieuzasadnionym tym samym jest skrócenie tego okresu w opisie sposobu oceny spełniania

warunku udziału do odpowiednio 4 miesięcy oraz 3 miesięcy, tłumacząc się jednocześnie koniecznością chociażby odjęcia okresu zimowego. Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający powinien brać pod uwagę, iż wykonawcy realizując inne podobne przedsięwzięcia zmuszeni byli niejednokrotnie do realizacji zadań w różnych warunkach klimatycznych, dlatego wprowadzenie granic czasowych w stosunku do innych wymagań zawartych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału prowadzi, zdaniem izby do nieadekwatności i braku zachowania zasad proporcji w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Proporcjonalne do osiągnięcia celu, czyli budowy przydomowych oczyszczalni ścieków byłoby żądanie wykazania się realizacją określonej ilości robót budowlanych w terminie adekwatnym do okresu realizacji przedmiotowego zamówienia, czego Zamawiający nie uwzględnił wprowadzając w pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego w niniejszym zakresie potwierdziły się, znajdują swe uzasadnienie w przedstawionym Izbie materiale dowodowym, dlatego też Izba miała podstawy do uwzględnienia przedmiotowego odwołania w tym zakresie.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w ten sposób, iż nakazując wykreślenie odpowiednio następujących zwrotów w pkt III. 3. 2 ogłoszenia oraz odpowiednio SIWZ:

- „w okresie nie dłuższym niż 4 miesięcy – każde zadanie” (ppkt 1) oraz

- „w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące”(ppkt 2).

i odpowiednie ich zmodyfikowanie odnosząc powyższe zapisy odpowiednio do terminu realizacji zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do ogłoszenia i SIWZ zapisu, że „Kadra pracownicza powinna być zatrudniona u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło”, powyższy zarzut zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

Izba zauważa, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający może żądać od wykonawców wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że wprowadzony do ogłoszenia i SIWZ zapis niniejszej treści wskazujący, iż wykonawcy powinni wykazać się kadrą pracowniczą zatrudnioną u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło narusza dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zdaniem Izby nie ma znaczenia podstawa dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co oznacza iż Zamawiający w świetle przepisów ustawy i rozporządzenia nie ma podstawy do zawężania i ograniczania form dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, na co należy także zwrócić uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 września 2009 r. Zamawiający sam przyznał, iż w przypadku gdy „*wykonawca zawrze ze swoimi współpracownikami inne umowy niż wymienione w specyfikacji, Zamawiający nie będzie uznawał tego za niezgodność z SIWZ*”, dlatego też Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację ogłoszenia oraz SIWZ poprzez wykreślenie z treści ogłoszenia oraz SIWZ informacji, iż: „*Kadra pracownicza powinna być zatrudniona u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło*”.

Co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie, że gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi osobami w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy osób zdolnych wykonać zamówienia (kadry pracowniczej) do dyspozycji na okres wykonywania zamówienia a w zakresie tym ma wskazać kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, pracowników fizycznych (min. dwie brygady montujące oczyszczalnie), zawarte w pkt III.3.4 ogłoszenia o zamówieniu należy stwierdzić, iż niniejszy zarzut znalazł swoje potwierdzenie w dokumentacji postępowania w tym sensie, że Zamawiający nie doprecyzował i nie dookreślił w sposób dostateczny i wyczerpujący, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia skierowany jest do wszystkich wykonawców (niezależnie czy wykonawca będzie polegał na potencjale osób trzecich czy nie) i jak dokładnie brzmi niniejszy opis, sugerując iż powyższy zapis dotyczy wyłącznie wykonawców polegających na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, t.j. na potencjale innych podmiotów. Izba zauważa, że warunek i opis sposobu oceny jego spełniania kierowany powinien być do wszystkich wykonawców (niezależnie czy wykonawcy polegają na potencjale osób trzecich), a Zamawiający nie może klasyfikować wykonawców i stawiać im wyższych wymagań w przypadku, gdy będą polegać na potencjale osób trzecich. Należy pamiętać, iż spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazać musi

wykonawca, ale z drugiej strony wykonawcy nie mogą w postępowaniu być traktowani w różny sposób przez Zamawiającego, łamiąc tym samym zasadę równości, dlatego też Izba stwierdza, że Zamawiający powyższy opis powinien zmodyfikować, tak aby było jasne że dotyczy on warunku udziału skierowanego do wszystkich wykonawców, nie zaś tylko do tych wykonawców którzy będą polegać na potencjale osób trzecich.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów w postaci koncesji, zezwolenia lub licencji (pkt III.3.4.1 ogłoszenia o zamówieniu) należy stwierdzić, iż niniejszy zarzut znalazł swoje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie dokonał w sposób dostateczny i wyczerpujący opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w związku z tym nieuprawnionym było żądanie przedłożenia wraz z ofertą koncesji, zezwolenia lub licencji, co sam Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 września 2010 r.

Izba zwraca uwagę również na treść art. 25 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

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

Z powyższego wynika, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Żądanie dokumentów w SIWZ nie może wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia i związanych z nim warunków wymaganych od wykonawców. Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2002 roku (sygn. V Ca 1702/02).

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia, nakazując jednocześnie wykreślenie słów w pkt III.4.1): „koncesję, zezwolenie lub licencję”.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane może mieć istotny

wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem jej wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....