

Sygn. akt: KIO 1500/19

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2019 roku przez odwołującego **EPA Green Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale:

- A. **Wykonawcy FBService Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1500/19 po stronie zamawiającego;
- B. **Wykonawcy S & A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1500/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. **oddala odwołanie**
- 2. **kosztami postępowania obciąża odwołującego EPA Green Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

odwołującego EPA Green Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego EPA Green Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. Z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Wykonanie prac porządkowych obejmujących usuwanie odpadów i konserwację zieleni na terenach pozostających we władaniu Gminy Wrocław ” zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 29 lipca 2019 roku Nr 579781-N-2019.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia nie przekraczającej równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 2 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę EPA Green Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na określeniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w rozdz. IV pkt 1.2.2 SIWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.3) ppkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu.

Szacunkowa wartość zamówienia stanowiącego przedmiot ww. postępowania nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust 1a i 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie warunku udziału w ww. postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowych, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji.

Opierając się na przedstawionym wyżej zarzucie wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie rozdz. IV pkt 1.2.2 oraz Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sekcji III pkt III.1.3) ppkt 1.1. poprzez obniżenie wymogu wartości zrealizowanych usług ze 150.000 zł do 100.000 zł i nadanie ww. postanowieniom brzmienia: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał,

a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 100.000 zł".

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - *„na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia* [vide: wyrok KIO z dnia 23.08.2012 r., sygn.. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że naruszenie przez Zamawiającego, przy określaniu warunku udziału w postępowaniu, przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp prowadzi do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż utrudnia mu dostęp do tego zamówienia z uwagi na niespełnianie przez Odwołującego w sposób samodzielny wskazanego wyżej warunku oraz z uwagi na znaczne trudności w pozyskaniu przez niego partnera do współpracy (konsorcjanta, podmiot udostępniający zasoby] w tak krótkim czasie, jaki Zamawiający wyznaczył do składania ofert. W takich okolicznościach określenie w sposób nieproporcjonalny do potrzeb niniejszego zamówienia wymogu związanego z doświadczeniem w realizacji określonego w tym postępowaniu rodzaju prac porządkowych utrudnia Odwołującemu udział w ww. postępowaniu, a tym samym uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

Ogłoszenie o zamówieniu wraz z SIWZ zostało opublikowane przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 29.07.2019 r. co oznacza, że niniejsze odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następującą argumentację: w dniu 29 lipca 2019 r. na stronie internetowej Zamawiający opublikował ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego, zamówienia publicznego pn. „Wykonanie prac porządkowych obejmujących usuwanie odpadów i konserwację zieleni na terenach pozostających we władaniu Gminy Wrocław". W tym samym dniu Zamawiający dokonał publikacji SIWZ.

Zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ Zamawiający określił, że o przyznanie ww. zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m. in. warunek w zakresie zdolności zawodowych w postaci wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywania, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienia lub zamówień polegających na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 150 000 zł.

Analiza zapisów zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, a także wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego prowadzi do konkluzji, że Zamawiający przy określaniu warunków udziału w postępowaniu dopuścił się naruszenia wyżej wskazanych przepisów prawa.

Zauważyć należy, że zgodnie z treści art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższe zasady pozwalają na realizację ustawowych celów, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego na etapie prowadzenia postępowania jest zatem jego obowiązkiem.

Ponadto wobec brzmienia art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe zobligowany jest dokonać tego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W art. 22 d ust. 1 Pzp ustawodawca wskazał, iż widząc potrzebę oceny zdolności zawodowych wykonawcy, Zamawiający może określić warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, przy czym określenie tych warunków może nastąpić wyłącznie na poziomie minimalnym. Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

„Ustawodawca ogranicza (...) swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że *każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji*. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem *jedynie wyjątkowo* (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art 7 ust. 1 Pzp), *wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakichś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału. W wielu jednak przypadkach, zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem, muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją, będą w stanie faktycznie wykonać takie zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelną zasady zamówień publicznych oraz interesy zamawiających, dopuszcza się badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.*(...)

Od dawna podkreśla się również, że *proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych* (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13, Legalis). *Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, pomimo zmiany brzmienia przepisów art. 22 Pzp.*

Zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2019).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych wykonawcy w zakresie, w jakim wyznaczają wartość zrealizowanych prac na poziomie 150.000zł, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców. Podkreślić bowiem należy, że z zapisu warunku określonego przez Zamawiającego (wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 150 000 zł) wynika, że wartość zrealizowanych prac przez wykonawcę ma stanowić wyznacznik zakresu posiadanego przez niego doświadczenia. Należy zatem zadać sobie pytanie, czy wprowadzenie wymogu konieczności posiadania doświadczenia w takim wymiarze - jeśli chodzi o wartość zrealizowanych prac - nie jest warunkiem ponad miarę, ponad minimum niezbędne dla należytego wykonania zamówienia. Zauważyć przy tym należy, że w wyniku ogłoszenia opublikowanego w dniu 29 sierpnia 2017 roku Zamawiający przeprowadził analogiczne w zakresie przedmiotu zamówienia, jak w mniejszym przypadku, postępowanie, przy czym określając minimalne warunki w zakresie zdolności zawodowych wykonawcy wskazał na potrzebę wykazania przez niego faktu zrealizowania prac o wartości 100.000 zł. Ponieważ oba postępowania są porównywalne jeśli chodzi o łączną ocenę rodzaju, zakresu i rozmiaru prac w trzech wskazanych przez Zamawiającego obszarach (rozd. III SIWZ z 2019 r. i rozdz. III SIWZ z 2017 r.), to trudno znaleźć uzasadnienie dla tak znacznego zwiększenia wymogów dla wykonawców w tak nieodległym odstępie czasu, tym bardziej, że Zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń do wykonawcy realizującego zamówienie z 2017 roku, a zatem uznać należy, że warunki określone w postępowaniu z 2017 roku były wystarczające do oceny doświadczenia wykonawcy. Zdaniem Odwołującego znaczne i niczym nieuzasadnione podwyższenie wymagań przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym zdolności zawodowych wykonawców de facto preferuje dotychczasowego wykonawcę tego rodzaju usługi. Podkreślić przy tym należy, że opisane w rozdz. III pkt 1 i 2 SIWZ prace nie należą do szczególnie skomplikowanych. Są to dosyć proste czynności i nabycie doświadczenia w ich prawidłowym wykonywaniu nie wymaga znacznej ilości czasu. Zatem do wykazania doświadczenia i umiejętności na poziomie zapewniającym należyte wykonanie zamówienia, wystarczający jest próg wartości zrealizowanych prac polegających na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach

konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, w wysokości 100.000 zł, co skutkować musi uznaniem, iż określenie tego progu jako elementu warunku dotyczącego zdolności zawodowych wykonawcy, na poziomie 150.000 zł jest nadmierne, wobec czego w tym zakresie zapis ten winien zostać przez Zamawiającego zmieniony zgodnie ze wskazanym na wstępie wnioskiem Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dnia 5 sierpnia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca FBService Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (zwany dalej Przystępującym FBService) oraz wykonawca S & A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej Przystępującym S & A Service) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący S & A Service w dniu 14 sierpnia 2019 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne uzasadnienie przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego, przedstawiając argumentację za oddaleniem odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 sierpnia 2019 roku wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) z dnia 29 lipca 2019 roku Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłoszenie przystąpień nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpień została przekazana zamawiającemu oraz odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu

z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, pismo procesowe złożone przez Przystępującego S & A Service a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 lipca 2019 roku ogłoszenie o zamówieniu na: „Wykonanie prac porządkowych obejmujących usuwanie odpadów i konserwację zieleni na terenach pozostających we władaniu gminy Wrocław”.

Tego samego dnia zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ.

Zamawiający w sekcji III pkt III.1.3) ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale IV pkt 1.2.2 SIWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych w brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 150 000 zł”.

Dla wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca mógł sumować wykonane zamówień w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie wskazanym w opisie warunku.

Wartość 150 000 zł określona jako dolna granica doświadczenia stanowi mniej niż 50% wartości szacunkowej zamówienia będącej przedmiotem niniejszego postępowania.

Izba Zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy

Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 22 ust 1a i 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie warunku udziału w ww. postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowych, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzut nie został udowodniony.

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 umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez minimalny poziom.

Zasada proporcjonalności uznawana jest za jedną z podstawowych zasad prawa UE, a poprzez implementację dyrektywy 2014/24/UE stała się także częścią polskiego porządku prawnego. Jej elementy wywieść można z licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z orzeczeniem ETS z 23.12.2009 r. (sprawa C-376/08 Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Z kolei w orzeczeniu ETS z 27.10.2005 r. [sprawa C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)] podniesione zostało, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność. Na uwagę zasługuje także orzeczenie ETS z 16.09.1999 r. (sprawa C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii), w którym zwrócono uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do celu (zob. I Skubiszak-Kalinowska, E Wiktorowska *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*).

W świetle powyższego, stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek takiego ich opisanie, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu.

Wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, podkreślić należy że Zamawiający na rozprawie wyraził potrzeby dotyczące doświadczenia potencjalnych wykonawców, uzasadnione realizacją przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie usuwania odpadów z nielegalnych wysypisk. Wykazał, że warunek udziału w zakresie doświadczenia ustanowiony na poziomie nie mniejszym niż 150.000 zł. nie przekracza 50 % wartości zamówienia. Ponadto potencjalni wykonawcy, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, mogą wykazać się zsumowanym doświadczeniem nabytym łącznie w okresie i w zakresie wskazanym w SIWZ przy realizacji kilku zamówień, co znacznie rozszerza grono wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.

Powyższe, w ocenie Izby nie świadczy o tym, aby Zamawiający ustanawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej określił go w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp (zdanie pierwsze) *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, tj. sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi, że *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)* (por. wyrok KIO 1379/19 z dnia 2 sierpnia 2019 r.)

Wobec powyższego, Odwołujący jako podmiot kwestionujący zasadność i prawidłowość określonego kwotowo jako „nie mniej niż 150 000 zł”, warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, opisanego jako wymóg wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, realizacją zamówień polegających na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 150 000 zł winien wykazać, że warunek ten w zakresie progu kwotowego jest ustanowiony z naruszeniem art. 22 ust. 1a Pzp.

To Odwołujący, jako Strona, na której spoczywa ciężar wykazania spornej okoliczności, winien wykazać, że warunek ten nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a także, że wskazana wartość nie stanowi minimalnego poziomu zdolności niezbędnej do należytej realizacji zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, nie przedłożył żadnego dowodu na okoliczność, że ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału dotyczący zdolności technicznej, w wysokości nie mniejszej niż 150.000 zł (nieprzekraczającej 50% wartości zamówienia) jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i że wartość ta nie stanowi minimalnego poziomu zdolności niezbędnej do należytej realizacji zamówienia. Nie wykazał, nawet nie uprawdopodobnił dlaczego w Jego ocenie, obniżenia ww. warunku do wartości nie mniejszej niż 100.000 zł należy uznać za wartość stanowiącą minimalny poziom, który gwarantuje należyłą realizację zamówienia.

Odwołujący odwoływał się jedynie do analogicznych postępowań realizowanych przez Zamawiającego w latach ubiegłych 2015-2018)w, w których to warunek udziału w powyższym zakresie określany był wartością nie mniejszą niż 100.000 zł.

W ocenie Izby, argumentacja przywołana w tym zakresie, oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie mają wartość historyczną, i nie mogą mieć znaczenia w przedmiotowej sprawie. Poprzednie postępowania nie obejmowały tożsamego zakresu przedmiotowego, prowadzone były w innych realiach rynkowych (niższe ceny), oraz odnosiły się do mniejszej wartości zamówienia. Ponadto podkreślenia wymaga, że każdy warunek udziału w postępowaniu określany jest każdorazowo indywidualnie w odniesieniu do danego, konkretnego przedmiotu zamówienia, realizowanego w danym czasie i w danych okolicznościach. Odwoływanie się zatem do warunków udziału w postępowaniach przeprowadzonych w latach ubiegłych, nie może zostać uznane za miarodajne i porównywalne z analizowanym postępowaniem, a tym samym taki dowód nie może zostać uznany za wiarygodny.

W ocenie Izby, w przywołanych okolicznościach zarzuty odwołania nie zostały udowodnione.

Izba podziela stanowiska wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej przywołane w odwołaniu. Wskazuje jednak, że dotyczą one konieczności określania warunku udziału w postępowaniu z poszanowaniem zasady proporcjonalności, a zdaniem Izby poszanowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zostało wykazane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: