

Sygn. akt: KIO 1571/22

WYROK

z dnia 29 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **FBSerwis Spółka akcyjna w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PL.2012+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FBSerwis Spółka akcyjna w Warszawie**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis Spółka akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PL.2012+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie projektu oraz wymiana podzespołów oświetlenia metahalogenowego na oświetlenie typu LED na płycie boiska PGE Narodowego w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 czerwca 2022 roku wykonawca FBService Spółka akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt. 111.1.3 ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia — w sposób nieproporcjonalny, nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencyjność, a także naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień pkt. 111.1.3 ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
 1. *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na instalacji oświetlenia w technologii LED o wartości nie mniejszej niż 3 000 PLN (trzy miliony złotych) brutto każde.*
 2. *o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponować będą poniżej wskazaną kadrą techniczną, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia dysponując kadrą techniczną:*

a) osobą pełniącą funkcję kierownika zespołu projektowego — wymagane uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń i minimum 3 lata doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenie w projektowaniu samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego oświetlenia wystawowego (wydarzenia kulturalne) lub sportowego.

b) osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych — wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz uprawnienia w zakresie eksploatacji oraz dozoru instalacji i urządzeń elektroenergetycznych o napięciu do 1 kV

Ponadto odwołujący wniósł o:

3. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący zakwestionował odwołaniem wymóg posiadania doświadczenia w zakresie realizacji oświetlenia zgodnego ze standardami UEFA wskazanymi w treści warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że mimo bogatego doświadczenia nie jest w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, ani samodzielnie, ani z innymi członkami grupy kapitałowej Budimex, w skład której wchodzi.

Odwołujący wskazał, że ustanowienie tak wygórowanych wymogów w zakresie doświadczenia wykonawcy nie ma znaczenia z punktu widzenia rękojmi należytego wykonania zamówienia, jako że doświadczenie w realizacji systemów oświetleniowych zgodnych z wymogami UEFA nie różni się od doświadczenia w realizacji systemów oświetleniowych w aspekcie nabytych umiejętności, bowiem wymogi UEFA dotyczą specyfiki technicznej sprzętu, a nie sposobu wykonania zamówienia — w rezultacie czego wymogi te nie znajdują uzasadnienia, są nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwołujący wskazał, że doświadczenie w realizacji systemów oświetlenia zgodnego z wymogami UEFA Stadium Lighting Guide 2016 - klasa oświetleniowa UEFA - (ELITE LEVEL A lub LEVEL A) lub UEFA guide for stadium entertainment lighting 2020 jest doświadczeniem tak trudnym do uzyskania, że wg odwołującego na polskim rynku żaden z wykonawców albo wyłącznie jeden wykonawca będzie w stanie taki warunek spełnić, w rezultacie czego warunek wpływa na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, a jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego, do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia nie jest konieczne posiadanie doświadczenia polegającego na wykonaniu (zaprojektowaniu, dostawie i montażu) oświetlenia, które spełnia wymogi ustanowione w odnośnych dokumentach UEFA. Dokumenty UEFA przywołane w treści warunku udziału ustanawiają wymogi *stricte* techniczne dla systemu oświetlenia (UEFA Stadium Lighting Guide 2016), a także określają praktyki w zakresie stosowania systemu oświetlenia boiska w celu zapewnienia efektów rozrywkowych przed meczem piłki nożnej (UEFA Guide for Stadium Entertainment Lighting). Te ostatnie nie dotyczą nawet sfery technicznej oświetlenia, ale wykorzystania (stosowania) tego oświetlenia podczas konkretnego wydarzenia, jakie odbywa się na stadionie. Dokumenty UEFA nie ustanawiają warunków w zakresie realizacji oświetlenia, ale wyłącznie wymogi w zakresie specyfikacji i parametrów sprzętu oraz jego stosowania przez operatora stadionu.

Odwołujący podniósł, że dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia — nie jest konieczne posiadanie doświadczenia w realizacji systemu oświetlenia zgodnego z dokumentami UEFA. Przedmiotem zamówienia jest bowiem robota instalacyjna elektryczna, której wykonanie przebiega zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa — w szczególności ustawy Prawo budowlane, z zachowaniem standardów i norm — w tym normy PN-EN 12193: 2019 Światło i oświetlenie w sporcie. Wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji systemu oświetleniowego na dużych obiektach, będzie zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia w takim samym stopniu, jak wykonawca spełniający aktualny warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, samo dostosowanie systemu oświetlenia do wymogów zawartych w odnośnych dokumentach UEFA nie stanowi dodatkowej trudności w przedmiotowym zamówieniu. Dostosowanie oświetlenia do wymogów UEFA polegać będzie na wymianie obecnie stosowanych na stadionie lamp metahalogenowego na oświetlenie typu LED o parametrach i ustawieniu określonych w dokumentach UEFA. Oznacza to, że wykonawca będzie miał za zadanie przygotować projekt wymiany podzespołów oświetlenia, dostarczenie lamp o określonych w dokumentach zamówienia parametrach (te są szczegółowo opisane w dokumentach UEFA) oraz je zamontować. Przedmiotowe zamówienie stanowi zatem zamówienie dot. instalacji elektrycznej. Sam fakt, że oświetlenie ma być dostosowane do konkretnych standardów — w tym przypadku UEFA — nie oznacza, że jest to robota wykonywana w inny, unikatowy sposób niż inne instalacje elektryczne ani że do jej wykonania potrzebne jest unikatowe doświadczenie powiązane z tymi standardami.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie się do wytycznych projektowych ma miejsce zawsze w każdym zamówieniu. Nie ma przy tym żadnego znaczenia czy parametry te

określono w dokumentach UEFA, czy w jakichkolwiek innych dokumentach ustanawiających parametry oświetlenia, jego układ etc. Projektant posiadający odpowiednie wykształcenie i uprawnienia jest w stanie stworzyć taki projekt, który odpowiada każdym możliwym wymagom stawianym przez inwestora (w tym przypadku zamawiającego). Nie ma żadnego powodu, dla którego zasadnym byłoby powiązanie warunku udziału z parametrami sprzętu, który ma być zamontowany. Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy zatem cech i właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a cech samego przedmiotu zamówienia, i jako taki nie powinien być przez zamawiającego ustanowiony.

Odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył dyrektywę konstruowania warunków. Warunek określony w pkt 111.1.3 Ogłoszenia jest nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie spełnia wymogu wyrażenia warunku jako minimalnego poziomu zdolności.

W ocenie odwołującego zakres doświadczenia wymagany w treści warunku nie jest konieczny z punktu widzenia rękojmi należytego wykonania zamówienia. Kwestionowany warunek udziału nie stanowi minimalnego poziomu zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, ale „zaporowy” dla większości wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że do wykonania przedmiotu zamówienia, będącego robotą instalacyjną elektryczną, zdolność posiada każdy wykonawca, który ma doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju robót oraz dysponujący osobami o odpowiednich uprawnieniach i doświadczeniu. Doświadczenie w zrealizowaniu oświetlenia zgodnego ze standardami UEFA nie wpływa w żaden sposób na dodatkowe umiejętności wykonawcy, bowiem jedyną różnicą między zamontowaniem lamp zgodnych ze standardami UEFA a innymi lampami są parametry techniczne tych lamp. Montaż lamp o takiej bądź innej specyfice technicznej nie znajduje żadnego przełożenia na zdobyte w ramach takiej instalacji umiejętności. Wobec powyższego — wymóg w zakresie doświadczenia w wykonaniu systemów oświetleniowych spełniających wymagania UEFA nie służy weryfikacji zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, za to ma charakter eliminujący.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2022 roku odwołujący zmodyfikował żądania odwołania w taki sposób, że cofnął żądanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymogów dotyczących kadry technicznej (pkt. 2.2 odwołania) i podtrzymał żądanie w zakresie wymaganego doświadczenia (pkt 2.1 odwołania).

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia oraz miejsca i zakresu zadań. Z tego względu postępowanie prowadzone jest w formie dialogu konkretyjnego. Z uwagi na specyfikę miejsca, wymóg zgodności oświetlenia wynika z wymagań organizatorów wydarzeń. Wymóg jest całkowicie obiektywny, a ewentualne utrudnienie w dostępie do zamówienia uzasadnione jest jego specyfiką. Wymagania UEFA są specyficzne i istotne z punktu widzenia odbioru.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 1 czerwca 2022 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie projektu oraz wymiana podzespołów oświetlenia metahalogenowego na oświetlenie typu LED na płycie boiska PGE Narodowego w Warszawie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, a jego wartość jest wyższa niż progi unijne, o którym mowa w art. 3 ustawy P.z.p.

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana z zakresu robót instalacyjnych elektrycznych, na którą składają się dwa elementy:

- a) przygotowanie projektu wykonawczego warsztatowego wymiany podzespołów oświetlenia metahalogenowego na płycie boiska na oświetlenie typu LED na stadionie PGE Narodowy w Warszawie;
- b) dostawy i montażu ledowych opraw oświetlenia sportowego na stadionie PGE Narodowy (wymiana podzespołów oświetlenia metahalogenowego na oświetlenie typu LED).

Szczegółowe warunki wykonania zamówienia zostały określone w treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako „PFU”).

Jednym z wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z PFU jest spełnianie przez wykonany system oświetlenia wymagań określonych w wytycznych opisanych w dokumentach :

- UEFA Stadium Lighting Guide 2016,
- UEFA Guide for Stadium Entertainment Lighting 2020 EDITION,
- FIFA Lighting Guide,
- Klasa oświetleniowa UEFA - ELITE LEVEL A lub LEVEL A.

W treści ogłoszenia w pkt 111.1.3 zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy — w zakresie doświadczenia wykonawcy — o treści:

Wykonawca ubiegający się o uzyskanie niniejszego zamówienia w zakresie spełnienia wskazanego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie udziału w dialogu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował oświetlenie z oprawami typu LED dla oświetlenia płyty głównej (murawy), na co najmniej 2 obiektach sportowych, a system oświetleniowy każdorazowo spełniał wymagania określone w wytycznych UEFA opisanych w:

- a) *UEFA Stadium Lighting Guide 2016 — klasa oświetleniowa UEFA — (ELITE LEVEL A lub LEVEL A) lub*
- b) *UEFA guide for stadium entertainment lighting 2020.”*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p., przez warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 57 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający

ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 112 ustawy P.z.p. wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w ustawie P.z.p. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Art. 112 ustawy P.z.p. wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są: 1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz 2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także 3) referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że odwołujący, podnosząc zarzuty wobec warunków udziału w postępowaniu, winien był zarzucić zamawiającemu ich ustalenie niezgodnie ze wskazanymi zasadami. I istotnie – odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt. 111.1.3 ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia — w sposób nieproporcjonalny, nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencyjność, a także naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Pomimo faktu, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny ze wskazanymi wyżej zasadami, to – w ocenie Izby – zarzutu tego nie udowodnił. Odwołujący podniósł, że dokumenty UEFA przywołane w treści warunku udziału ustanawiają wymogi *stricte* techniczne dla systemu oświetlenia (UEFA Stadium Lighting Guide 2016), a także określają praktyki w zakresie stosowania systemu oświetlenia boiska w celu zapewnienia efektów rozrywkowych przed meczem piłki nożnej (UEFA Guide for Stadium Entertainment Lighting), przy czym te ostatnie nie dotyczą nawet sfery technicznej oświetlenia, ale wykorzystania (stosowania) tego oświetlenia podczas konkretnego wydarzenia, jakie odbywa się na stadionie. Dokumenty UEFA nie

ustanawiają warunków w zakresie realizacji oświetlenia, ale wyłącznie wymogi w zakresie specyfiki i parametrów sprzętu oraz jego stosowania przez operatora stadionu. W ocenie odwołującego, doświadczenie w zrealizowaniu oświetlenia zgodnego ze standardami UEFA nie wpływa w żaden sposób na dodatkowe umiejętności wykonawcy, bowiem jedyną różnicą między zamontowaniem lamp zgodnych ze standardami UEFA a innymi lampami są parametry techniczne tych lamp.

Wskazane wyżej twierdzenia odwołującego nie zostały potwierdzone żadnym dowodem. Izba wskazuje, że to na odwołującym, jako podmiocie wywodzącym korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., ciążył obowiązek wykazania, że dokumenty UEFA mają określoną treść i charakter, które powodują, że wymóg ich umieszczenia w treści warunku nie jest konieczny. W szczególności odwołujący nie przedstawił Izbie tych dokumentów, aby mogła ocenić, czy powoływanie się na nie stanowi w istocie warunek nadmierny i nieadekwatny do wykazania stosownego doświadczenia wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił również żadnych opracowań, analiz czy opinii referujących do treści wymaganych dokumentów. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób Izba miałaby ocenić zasadność zarzutu. Odwołujący nie przytoczył nawet treści tych dokumentów w odwołaniu, ale wskazał ogólnie, czego one dotyczą i zawarł wyłącznie swoją ocenę w kontekście postawionego warunku. Izba ma świadomość, że wytyczne te znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak odwołujący nie wniósł o przeprowadzenie z nich dowodu na okoliczności podnoszone w treści odwołania. Nie mniej istotna jest okoliczność, że dokumenty te zostały sporządzone w języku angielskim, natomiast – zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy P.z.p. – postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Stosownie zaś do ust. 2 zdanie pierwsze, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Jedynym dowodem przedstawionym przez odwołującego była specyfikacja istotnych warunków zamówienia na modernizację oświetlenia płyty boiska stadionu Wrocław we Wrocławiu, na okoliczność wykazania, że w tym postępowaniu warunek był taki, jakiego żąda odwołujący. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z tego dokumentu, jako że odwołujący nie wykazał ani tożsamości (bądź istotnego podobieństwa) obiektów, ani też tożsamości obydwu zamówień. Z samego faktu, iż w postępowaniu na innym obiekcie ustalono inne warunki udziału niż w tym, którego dotyczy odwołanie, nie sposób wywieść, że postawione w obu postępowaniach warunki mają być jednakowe.

Tym samym zarzuty dotyczące sformułowanego przez zamawiającego warunku zamówienia Izba uznała za nieuzasadnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: