

**Sygn. akt: KIO 371/17**

**WYROK**  
**z dnia 14 marca 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie, w W., w dniu 14 marca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 roku przez wykonawcę M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.G.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Z.G.K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś.K.

przy udziale:

- A. wykonawcy I. W. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 371/17 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy I. K. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 371/17 po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy H.B.I. Spółka Akcyjna z siedzibą we W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 371/17 po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 22 ust.1a oraz art. 22d ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagań zdolności ekonomicznej określonej w pkt 5 ppkt 2.1., 1.3. tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

- zarzutu naruszenia art. 22 ust.1a oraz art. 22d ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagań zdolności ekonomicznej określonej w pkt 5 ppkt 2.1., 1.2. tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. W pozostałym zakresie - uwzględnia odwołanie wykonawcy M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.G. i nakazuje Zamawiającemu:

– wykreślenie ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 5 ppkt 3.3. lit. a tiret drugie) oraz ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.1.3. lit. a) treści: *jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA), która pracuje w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny o min. przepustowości  $Q_{\text{śrd}}$  3600 m<sup>3</sup>/d,*

– wykreślenie ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 5 ppkt 3.3. lit. b tiret drugie) oraz ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja III.1.3. lit. b) treści: *Osoba przewidziana na to stanowisko musi posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute iub Prince2)*

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Z.G.K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś.K. i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziska Górnych tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Zamawiającego Z.G.K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś.K. na rzecz wykonawcy M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łaziska Górnych kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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 – Z.G.K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś.K. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Rozbudowa i modernizacja systemu gospodarki wodno-ściekowej w gminie Siechnice - modernizacja oczyszczalni ścieków w Siechnicach.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamieszczone zostało Biuletynie Zamówień Publicznych 20 lutego 2017 roku pod numerem 28630-2017.

27 lutego 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 oraz art.182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania w postaci sformułowania warunków udziału w postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a) oraz art. 22 d) ust. 1 ustawy przez sformułowanie nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisanych szczegółowo w uzasadnieniu: zdolności zawodowych, w tym wiedzy i doświadczenia oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, a także wymaganych zdolności ekonomicznych, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji.
2. art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym i przygotowanym do jego realizacji.

Odwołujący wniósł o dokonanie:

- 1) modyfikacji treści pkt. 5 ppkt. 2.1.) 1.3. tiret pierwsze SIWZ (str.13 SIWZ) przez zastrzeżenie, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej jeśli wykaże, że w ostatnich trzech latach obrotowych (2014-2016) i z trzech pierwszych kwartałów 2016 roku, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnął niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego:

- płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 1,4;
- 2) modyfikacji pkt. 5 ppkt. 2.1 1.2 ^IWZ (str. 13 SIWZ) przez zastrzeżenie, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej jeżeli wykaże, że w ostatnich pełnych trzech latach obrotowych (2014 - 2016), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnął średnioroczne przychody netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 19 000 000,00 PLN;
- 3) usunięcia z treści pkt. 5.2 ppkt. 3.3. a) tiret drugie SIWZ (str.13 SIWZ), tj. warunku, zgodnie z którym wykonawca ma wykazać się realizacją co najmniej jednej roboty budowanej polegającej na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA), która pracuje w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny o min. przepustowości Qśrd 3600 m3/d;
- 4) modyfikacji treści pkt. 5.2 ppkt. 3.3. b) tiret drugie SIWZ (str.13 SIWZ), tj. warunku zgodnie z którym wykonawca ma wykazać się dysponowaniem kierownikiem budowy ze stosownymi uprawnieniami oraz odnośnym doświadczeniem, poprzez usunięcie następującego wymogu: *„Osoba przewidziana na to stanowisko musi posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute iub Prince2)”*

Odwołujący podniósł, że Ogłoszenie o zamówieniu, którego dotyczy odwołanie, ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2017 roku (ogłoszenie nr 28630- 2017). Wartość Zamówienia jest niższa od wartości, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (tj. 5.225.000,-zł). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego: <http://www.zgksiechnice.pl/index.php/przetargi> w dniu 23 lutego 2017r.

Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust.2 pkt. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje między innymi na czynność Zamawiającego polegającą na określeniu warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Odwołanie zostało złożone w dniu 27 lutego 2017r., a co za tym idzie, termin 5 dni został przez Odwołującego zachowany. Odwołujący przekazał treść odwołania Zamawiającemu (dowód w załączeniu do odwołania). Zdaniem Odwołującego termin na wniesienie odwołania może być liczony od dnia umieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego (23 lutego 2017r.). Nawet gdyby jednak przyjąć - z najdalej posuniętej ostrożności, że termin ten powinien być liczony od dnia ukazania się ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, to termin ten przypadłby w dniu 25 lutego 2017r. (sobota). Mając na uwadze treść art. 185 ust.8 ustawy, zgodnie z którym: *gdy koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę iub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy*, przyjąć należy, że termin na złożenie odwołania upływa w dniu 27 lutego 2017r.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, który przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, a w konsekwencji możliwości podpisania umowy o zamówienie publiczne i osiągnięcia z jego realizacji założonego zysku.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podniósł, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób nadmierny, nieproporcjonalny oraz niezasadniony interesem Zamawiającego, wskutek czego doszło do rażącego i bezzasadnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu oraz eliminacji z grona wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienia szeregu rzetelnych i zdolnych do jego realizacji wykonawców.

Zgodnie z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, wyrażonymi w treści art. 7 ust.1 ustawy, 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. Uszczegółowieniem tej zasady jest treść normy art. 22 ust.1 a ustawy, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą oceną zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do brzmienia art. 22d) ust. 1 ustawy, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, Zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego

wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Oczywistym jest zatem, że swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personel, zasoby techniczne, finansowe etc.

Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy.

Zgodnie z ujednoczonym orzecznictwem Izby - pomimo tego, że wyroki odnoszą się do poprzednio obowiązujących przepisów, pozostają one w pełni aktualne również w obowiązującym stanie prawnym: *"Podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego, (...), muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz pozostawać z nim w związku. Oznacza to, że zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych - gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu, zależy od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych"* (wyrok KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13). W innym wyroku Izba stwierdziła: *"Niewątpliwym jest także, iż na gruncie uchylonego już rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.5.2006 r. (...) ukształtowała się jednolita linia orzecznicza dotycząca rozumienia sformułowania "odpowiadających swoim rodzajem". Sformułowanie to oznacza więc, iż wykazywane przez wykonawców usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy też charakterze, a nie tożsame z nim. (...) Tak więc wykonawcy zobowiązani byli wykazać się dostawami o podobnym a nie tożsamym charakterze"* (wyrok KIO z 30.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2448/13). Podobne

wnioski zawarła Izba w wyroku z dnia 9 sierpnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 1825/13): "*Przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).*".

Z orzecznictwa Izby wynika, że proporcjonalność przejawiać się powinna przy tym w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być więc dokonywany niejako automatycznie, w każdym przypadku być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO z 18.6.2010 r., KIO/UZP 1116/10). Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Świdnicy: "*Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców*" (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r., II Ca 584/05, niepubl.)

Reasumując stwierdził Odwołujący, że uszczegółowione warunki udziału w postępowaniu powinny być obiektywne, proporcjonalne i nieograniczające uczciwej konkurencji (orzeczenia KIO z: 4.11.2009 r., KIO/UZP 1471/09; 29.3.2010 r., KIO/UZP 325/10; 24.3.2010 r., KIO/UZP 333/10; wyr. ZA z 2.3.2007 r., UZP/ZO/0- 188/07, Legalis; wyr. ZA z 14.6.2006 r., UZP/ZO/0- 1684/06, Legalis).

#### WARUNEK EKONOMICZNY DOTYCZĄCY PŁYNNOŚCI FINANSOWEJ

W treści pkt. 5 ppkt. 2.1.)1.3. tiret pierwsze SIWZ (str.13 SIWZ), Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej jeśli wykaże między innymi, że w ostatnich trzech latach obrotowych (2014 -2016 i z trzech pierwszych kwartałów 2016 roku) a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnął niżej wymienione wskaźniki udokumentowane na bazie sprawozdania jednostkowego: płynność finansowa będąca stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 2,3.

Odwołujący wskazał, że ww. wskaźnik płynności finansowej jest rażąco zawyżony, wobec czego żąda jego obniżenia do maksymalnej wartości wynoszącej 1,4.

Kwestionowany wskaźnik obrazuje stosunek bieżących aktywów do bieżących zobowiązań. Informuje o zdolności przedsiębiorstwa do terminowego regulowania bieżących zobowiązań w oparciu o aktywa bieżące. Wartość tego wskaźnika wyjaśnia również poziom kapitału



obrotowego netto, na podstawie którego przedsiębiorstwo może rozwijać działalność operacyjną. Zgodnie z literaturą przedmiotu optymalny wskaźnik płynności finansowej mieści się w granicach między 1,2 - 2,0. Zbyt niski wskaźnik płynności świadczyć może bowiem o niewielkich zasobach gotówkowych. Jednakże zbyt wysoki wskaźnik świadczy o nadpłynności finansowej, co stanowi skutek nieumiejętnego gospodarowania mieniem i zbyt ostrożnej polityki majątkowokapitałowej.

Warto jednak wskazać - abstrahując od ksiązkowych definicji - że przy formułowaniu takiego warunku należy w szczególności uwzględnić istniejące realia rynkowe. Wskaźniki oscylujące w granicach 2,0 są bardzo rzadko spotykane na rynku, co dotyczy w szczególności sektora budowlanego z zasady pracującego na niskich marżach. Nawet największe budowlane spółki giełdowe notują zdecydowanie niższe wskaźniki płynności finansowej, a nierzadko osiągają nawet wartości niższe niż 1,0.

Przykładowo M.Z. w 2014 r. osiągnął wskaźnik wynoszący 1,195, a w roku 2015 1,336. A. posiadał wskaźnik 0,958 w 2014, a w 2015r. 0,947. R. w 2014r. osiągnął wskaźnik 1,001, a w 2015r. 1,310. B. posiada wskaźnik płynności na poziomie 0,834 w 2014r, a w 2015r. na poziomie 0,852.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela z porównaniem powyższych wartości.*

Odwołujący wskazał, że wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane jest stosunkowo niewielka (poniżej tzw. „progów unijnych”). Przedmiot umowy nie jest skomplikowany i nie odbiega od podobnych inwestycji realizowanych na terenie całego kraju. Termin realizacji jest stosunkowo długi i nie budzi zastrzeżeń. Brak jest zatem jakichkolwiek argumentów od żądania od wykonawców bardzo wysokiego (a w tym wypadku wręcz niemożliwego do osiągnięcia przez zdecydowaną większość wykonawców) wskaźnika płynności finansowej. Nadto, tak wysoki wskaźnik płynności jest wręcz niekorzystny i świadczy o nieumiejętnym prowadzeniu polityki finansowej. Brak zatem jakiegokolwiek uzasadnienia dla sformułowania takiego warunku przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że przedmiotowy warunek doprowadzi wyłącznie do rażącego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu.

Izba wielokrotnie kwestionowała wymogi związane ze zbyt wysokimi wskaźnikami płynności, np. w uchwale KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r. (59/10) - zakwestionowano wskaźnik 1,8, czy w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 31 sierpnia 2005r. zakwestionowano wskaźnik wynoszący 1,2.

W innych postępowaniach o podobnym przedmiocie, skali i wartości żądany wskaźnik płynności (o ile w ogóle stanowi warunek udziału w postępowaniu) wynosi najczęściej między 1,05 - 1,2. Są to bowiem wskaźniki, które w wystarczającym stopniu świadczą o stabilnej sytuacji finansowej wykonawcy. Oprócz wartości niniejszego wskaźnika Zamawiający weryfikuje inne zdolności finansowe i ekonomiczne wykonawcy: wartość polisy

OC wykonawcy, średnioroczne przychody, posiadane środki finansowe oraz 3 inne wskaźniki dotyczące płynności finansowej. Wydaje się, że tak daleko idąca weryfikacja wykonawcy jest wystarczająca dla pełnej oceny jego zdolności finansowych i ekonomicznych. Niedopuszczalne jest wyrywkowe traktowanie poszczególnych wskaźników finansowych, w oderwaniu od skali działalności pojedynczej spółki. Gdyby kierować się wyłącznie wskaźnikiem płynności, wystarczyłoby uczynić członkiem konsorcjum spółkę o kapitale 5 tys. zł, która nie posiada żadnych zobowiązań i posilkować się jej sztucznie wysokim wskaźnikiem płynności. Oczywistym jest, że taka spółka nie dałaby wystarczającego zabezpieczenia finansowego dla realizacji zamówienia.

Jedynym skutkiem zastosowania taki wysokiego wskaźnika byłoby rażące ograniczenie konkurencji w Postępowaniu. Zasadnym wydaje się zatem jego obniżenie do racjonalnej wartości wynoszącej 1,4.

#### WARUNEK EKONOMICZNY DOTYCZĄCY ŚREDNIOROCZNYCH PRZYCHODÓW NETTO

W treści pkt. 5 ppkt. 2.1 1.2 SIWZ (str. 13 SIWZ) Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej jeżeli wykaże, że w ostatnich trzech latach obrotowych (2014 - 2015 i z trzech pierwszych kwartałów 2016 roku) a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, osiągnął średnioroczne przychody netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 19 000 000,00 PLN.

Taki warunek jest nadmierny. Bezzasadne jest odniesienie się w roku 2016r. wyłącznie do pierwszych trzech kwartałów roku 2016r., bez uwzględnienia ostatniego kwartału roku 2016r. Powyższe znacząco zaostrza przedmiotowy wymóg (próg przychodowy należy osiągnąć już w pierwszych 9 miesiącach roku kalendarzowego).

Taki wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymóg dotyczący wartości przychodów ma bowiem na celu zbadanie skali działalności wykonawcy. Zamawiający powinien w ten sposób zweryfikować możliwości wykonawcy co do realizacji zamówienia przez ocenę skali jego dotychczasowej działalności. Jeśli zatem poprzez badanie przychodów Zamawiający chce ocenić zdolność wykonawcy do zrealizowania określonych przerobów (obrotów) w zakreślonym horyzoncie czasowym, to powinien odnieść się przede wszystkim do skali obrotów jakie będzie musiał osiągać wykonawca z realizacji umowy z zamawiającym. Wartość przedmiotowej inwestycji oscyluje poniżej kwoty 19 000 0000. Jednocześnie termin jej wykonania wynosi powyżej 1,5 roku (październik 2018r.). Budzi zatem poważne wątpliwości proporcjonalność warunku zakładającego konieczność osiągnięcia obrotów na poziomie 19.000 0000 w zaledwie 9 miesięcy, tj. w okresie blisko dwukrotnie krótszym niż czas trwania umowy.

Jednocześnie Wykonawca nie widzi żadnego uzasadnienia dla przyjęcia przez Zamawiającego za miarodajne osiągnięcia określonych przychodów w pełnych latach

obrotowych roku 2014 i 2015 i jednocześnie oczekiwanie, że ten poziom przychodów zostanie osiągnięty w roku 2016r. w zaledwie 9 miesięcy. Z pewnością argumentem przemawiającym za tym nie jest fakt, iż część wykonawców nie dysponuje jeszcze opinią biegłego rewidenta dotyczącą sporządzonego sprawozdania finansowego. Do dnia 10 lutego każdego roku, wykonawcy mają obowiązek składania sprawozdania finansowego F01 za rok ubiegły na potrzeby Głównego Urzędu Statystycznego. Brak zatem jakichkolwiek podstaw do uznania, iż nie sposób ocenić przedmiotowego warunku na podstawie miarodajnych dokumentów wykonawców za rok 2016r. Mając na uwadze powyższe, wykonawca domagał się modyfikacji przedmiotowego warunku w sposób opisany w petitum odwołania.

#### WARUNEK DOTYCZĄCY DOŚWIADCZENIA

Zgodnie z brzmieniem pkt. 5.2 ppkt. 3.3. a) tiret pierwsze SIWZ (str.13 SIWZ), Zamawiający żąda od wykonawcy wykazania się realizacją (w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) dwóch robót budowlanych polegających na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA) o min. przepustowości Qśrd 3600 m<sup>3</sup>/d w tym jedna robota, której wartość wyniosła minimum 19 000 000,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego tak szczegółowe warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy są w pełni wystarczające dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Zamawiający postanowił zaostrzyć wymóg domagając się w pkt. 5.2 ppkt. 3.3. a) tiret drugie SIWZ (str.13 SIWZ), wykazania, iż wykonawca w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej jedną robotę budowa Iną polegającą na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA), która pracuje w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny o min. przepustowości Qśrd 3600 m<sup>3</sup>/d. W ocenie M. przedmiotowy wymóg jest nieproporcjonalny i nadmierny, a w konsekwencji rażąco ogranicza konkurencję. Odwołujący stoi na stanowisku, iż dla poprawnego wykonania robót budowlanych polegających na modernizacji oczyszczalni ścieków w Siechnicach, bez znaczenia pozostaje to w oparciu o jaką technologię pracuje oczyszczalnia ścieków. Warto wskazać, iż przedmiotowe zamówienie polega wyłącznie na realizacji robót budowlanych, a nie na zaprojektowaniu i wybudowaniu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym wykonawca robót działa i realizuje roboty w oparciu o gotowy projekt budowlano-wykonawczy i nie musi posiadać szczegółowej wiedzy technicznej o konkretnej technologii oczyszczania ścieków oraz dobierać rozwiązania projektowe właściwe dla tej technologii. Z punktu widzenia wykonawcy robót budowlanych wszystkie oczyszczalnie ścieków są

obiektami budowlanymi wykonanymi z konstrukcji żelbetowych. Wybrana technologia może wpływać wyłącznie na kształt konstrukcji (np. okrągły lub kwadratowy) oraz na rozmiar, ilość i kształt komór na jakie jest podzielona. Wszystkie te dane wynikają wprost z projektu budowanego, w oparciu o który pracuje wykonawca. Wobec powyższego, wykonawca robót budowlanych nie musi posiadać żadnej szczególnej, unikatowej wiedzy i doświadczenia w realizacji obiektów z zastosowaniem takiej technologii. Nie ma zatem znaczenia, w oparciu o jaką technologię pracuje oczyszczalnia - jej realizacja z punktu widzenia budowlanego zawsze przebiega w taki sam sposób.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący podniósł, że przedmiotowy wymóg jest nadmierny i nieproporcjonalny i powinien zostać zmodyfikowany zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

#### WARUNEK DOTYCZĄCY KIEROWNIKA BUDOWY

Stosownie do brzmienia pkt. 5.2 ppkt. 3.3. b) tiret drugie SIWZ (str.13 SIWZ), Wykonawca ma dysponować jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności l.acyjnej w zakresie sieci, l.acji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych potwierdzone stosownymi decyzjami, o których mowa w art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane lub odpowiadające im uprawnienia uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz co najmniej 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy (w tym co najmniej na 2 budowy polegające na rozbudowie lub przebudowie czynnej oczyszczalni ścieków o wydajności technologii nie mniejszej niż 3600 m<sup>3</sup>/d każda i o wartości robót jednej z nich minimum 12 000 000,00zł brutto). Osoba przewidziana na to stanowisko musi posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2).

Przedmiotowy warunek jest bardzo wygórowany. Zamawiający żąda posiadania stosownych uprawnień budowlanych oraz aż 10 lat doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch inwestycji podobnych do tej stanowiącej przedmiot zamówienia. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający domaga się posiadania od kierownika wiedzy w zarządzaniu dużymi projektami potwierdzonych określonymi certyfikatami z zarządzania. Wymóg ten jest całkowicie nieuzasadniony. Kierownik budowy pełni samodzielną funkcję techniczną na budowie i zgodnie z art. 22 prawa budowlanego do jego obowiązków należy między innymi: prowadzenie dokumentacji budowy; zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno- budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy; koordynowanie

realizacji zadań zapobiegających zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia; zapewnienie przy wykonywaniu robót budowlanych stosowania wyrobów zgodnych z właściwymi przepisami; wstrzymanie robót budowlanych w przypadku stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia oraz bezzwłoczne zawiadomienie o tym właściwego organu; zgłaszanie inwestorowi do sprawdzenia lub odbioru wykonanych robót oraz zapewnienie dokonania wymaganych przepisami lub ustalonych w umowie prób i sprawdzeń l.acji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych przed zgłoszeniem obiektu budowlanego do odbioru; przygotowanie dokumentacji powykonawczej; zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru.

Kierownik budowy jest zatem odpowiedzialny przede wszystkim za prawidłowe pod względem technicznym, technologicznym i jakościowym wykonanie robót budowlanych, przestrzeganie właściwych przepisów dotyczących ich realizacji, ale również dokumentowanie robót budowlanych i koordynację BHP na budowie. Kierownik budowy nie jest zatem podmiotem odpowiedzialnym za zarządzaniem projektem, przez co należy rozumieć koordynację całego projektu pod kątem biznesowym i finansowym, w tym przygotowanie harmonogramu projektu, dobór wszystkich osób dedykowanych do projektu i zarządzaniem zespołem, monitorowanie projektu, zapewnienie finansowania projektu, negocjowanie i zawierania umów z podwykonawcami i dostawcami, planowanie i kontrolowanie budżetu projektu, zarządzanie wszelkimi ryzykami projektu etc.

Menedżerowie Projektów (powoływani z reguły dla przedsięwzięć większych niż to stanowiące przedmiot zamówienia) to często osoby posiadając wykształcenie ekonomiczne, czasem prawnicze, a jedynie w części przypadków wykształcenie i doświadczenie inżynierskie. Obowiązki kierownika budowy i menedżera (kierownika) projektu są zatem zupełnie odmienne, a czasem wręcz wzajemnie się wykluczają. Wymagają bowiem całkowicie innych kompetencji, wykształcenia oraz umiejętności.

Podkreślenia wymaga, że na rynku budowlanym nie spotyka się kierowników budowy posiadających certyfikaty menedżerskie. Takie sytuacje potraktować należy raczej jako wyjątek od reguły. Wymóg taki jest zatem niezgodny z uwarunkowaniami rynku i wyklucza możliwość korzystania z usług wielu bardzo doświadczonych i profesjonalnych kierowników budowy.

Na marginesie warto dodać, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż 5 225 000 Euro, a zatem w odniesieniu do robót budowlanych nie jest to wartość znaczna. Tymczasem w postępowaniach, których wartość jest kilka lub kilkanaście razy większa, taki wymóg dotyczący kierownika budowy nie jest spotykany. Żądanie od wykonawcy dysponowania kierownikiem budowy posiadającym określony certyfikat dotyczący zarządzania stanowi żądanie nieuzasadnione interesem Zamawiającego, niespotykany na rynku, nadmiarowym i nieproporcjonalnym, bezzasadnie ograniczającym konkurencję w

Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dopuścił składania certyfikatów równoważnych względem Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2 co również prowadzi do bezzasadnego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lutego 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *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.

Zamawiający w dniu 1 marca 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu następujących wykonawców:

- wykonawcę I. W. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2017 roku po stronie Odwołującego,
- wykonawcę I. K. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2017 roku po stronie Odwołującego,

- wykonawcę H.B.I. Spółka Akcyjna z siedzibą we W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 marca 2017 roku po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, przedstawioną w oryginale przez Zamawiającego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie.

Odwołując na posiedzeniu z udziałem stron złożył pismo z dnia 13 marca 2017 roku *Pismo Odwołującego*. Odwołujący podtrzymał odwołanie oraz załączył dowody. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do ww. pisma jedynie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego tj. w zakresie zarzutu odnośnie warunku dotyczącego doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy. W pozostałym zakresie Izba dowody pominęła z uwagi na uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie warunku dotyczącego płynności finansowej oraz warunku dotyczącego średniorocznych przychodów netto.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Zamawiającego tj. wydruk ze strony internetowej I.P. oraz jedną kartę pisma Wodociągów Kościańskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kościanie.

Izba uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w trakcie posiedzenia z udziałem stron, gdzie Zamawiający oświadczył, że *uwzględnia zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a oraz 22d ust. 1 ustawy odnośnie wskaźnika płynności finansowej oraz wykazania sytuacji ekonomicznej w okresie ostatnich 3 lat obrotowych*.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 22 ust.1a oraz art. 22d ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagań zdolności ekonomicznej określonej

w pkt 5 ppkt 2.1., 1.3. tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – dotyczący płynności finansowej będących stosunkiem bieżących aktywów do bieżących zobowiązań na poziomie wartości nie mniejszej niż 2,3,

- zarzutu naruszenia art. 22 ust.1a oraz art. 22d ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagań zdolności ekonomicznej określonej w pkt 5 ppkt 2.1., 1.2. tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – dotyczący osiągnięcia w okresie ostatnich trzech lat obrotowych (2014-2015 i z trzech pierwszych kwartałów 2016 roku), a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, średnioroczne przychody netto ze sprzedaży w wysokości, co najmniej 19 000 000,00 PLN.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje odwołanie w całości, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania ww. zakresie a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca – tym samym w tym postępowaniu odwoławczym nie mamy do czynienia z czynnością wniesienia sprzeciwu, a od której to czynności uzależnione jest rozpoznanie odwołania w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Odwołującego. Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego - jest bezcelowe.

Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw,



powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu.

Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2017 roku o sygn.. akt KIO 172/17.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

## I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *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.*

- art. 22 ust. 1a ustawy – *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.*

Art. 22d ust. 1 ustawy - *Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.*

## II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli 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.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, nie zgadza się

z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. 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 *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).*

### III.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania, podlegających rozpoznaniu, Izba wskazuje, że do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Jednym z celów wprowadzonych zmian ustawy była implementacja dyrektyw tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE ( Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.). W przypadku ww. dyrektyw, pierwsza z nich wskazuje w pierwszym (1) motywie, że udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

W tym miejscu warto zaznaczyć, że w zakresie dotychczasowej redakcji art. 7 ustawy następuję dodanie zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości do ogólnego katalogu zasad, co nie oznacza, że nie były one stosowane dotychczas przez uczestników rynku zamówień publicznych. Dotychczasowe doświadczenia, jak również sposób wykorzystania w praktyce znaczenia zasad systemu zamówień publicznych pozostaje w zasadzie niezmiennie. Izba wskazuje, że próba określenia czym w istocie jest zasada proporcjonalności, której istotę wywodzić należy z orzecznictwa, prowadzi do stwierdzenia, że zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi

być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W tym zakresie wielokrotnie wypowiadały się organy orzecznicze takie jak Trybunał Europejski oraz Trybunał Konstytucyjny i choć tezy ujęte w orzeczeniach tych organów dotyczą innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny postanowień ogłoszenia o zamówieniu, czy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Samo rozumienie zasady proporcjonalności pozostaje bowiem bardzo zbliżone, niezależnie od punktu odniesienia, dla którego jest ona oceniana i konstruowana. Zatem wypracowane w orzecznictwie obu Trybunałów metody oceny i badania spełnienia zasady proporcjonalności mogą być z powodzeniem stosowane i przeniesione na poziom zupełnie niższy, tj. na poziom oceny czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 Werner Mangold „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. – 10037 w sprawie C-476/99 Lommers. ...).” Analiza tego orzeczenia pozwala przyjąć, że ocena dotyczy tego, czy przyjęte założenia są skorelowane z celami jakie mają zostać osiągnięte. To natomiast prowadzi do wniosku, który można łatwo przenieść na grunt zamówień publicznych, że przyjęte przez Zamawiającego wymagania muszą być adekwatne do uzyskania zamierzonego celu. Natomiast Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 czerwca 2004 r. Sygn. akt SK 21/03 wskazał: „(...) Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że, „spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu” (Polskie dyskusje o państwie prawa, pod red. S. Wronkowskiej, W. 1995, s. 74, por. wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., P. 7/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 72)”. W orzeczeniu z dnia 12 października 1993 r. (sygn. akt K 4/93) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „(...) Zasada proporcjonalności zakłada istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych kategorii, a należnym im traktowaniem.” (...) Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zasady tej wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie

niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. (K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 i K. 10/95 OTK ZU, nr 2, s. 79). Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, że jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi (R.Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 100, por. też Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen 1981, s. 43 i nast.).

W wyniku tej nowelizacji usunięto dotychczasowo obowiązujący przepis art. 22 ust. 4 ustawy (*Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*) i wprowadzono regulację art. 22 ust. 1a ustawy (*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.*). Nowelizacja przepisów pozostawiła jednakże punkt spójny pomiędzy dotychczasową obowiązującą regulacją a nowym przepisem, a mianowicie odniesienie do tego, że ukształtowane przez Zamawiającego wymagania mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Izby jak również sądów powszechnych oraz stanowiska wypracowane w doktrynie przedmiotu. Izba wskazuje, że Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy - musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga w ocenie Izby, że niezmiennie, niezależnie od tego czy wymagania kształtowane w postępowaniu przez Zamawiającego stanowią opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak to było dotychczasowo), czy też są warunkami udziału w postępowaniu (obecnie) to Zamawiający musi je określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny - czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwą konkurencją i zasadą równego traktowania wykonawców a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne

ureczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości. Osiągnięcie tej równowagi wymaga po stronie Zamawiającego zaangażowania w prowadzoną procedurę, znajomości relacji panujących na rynku, znajomości przedmiotu zamówienia oraz rynku właściwego dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych – tak aby zastosowane przez Zamawiającego metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi. Znajomość przez Zamawiającego metodyki określenia dla zamawianego przedmiotu zamówienia kręgu zainteresowanych podmiotów pozwala na precyzyjne określenie możliwości i potencjału tych wykonawców, z jednej strony gwarantującego należyte spełnienie świadczenia oraz jednocześnie takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu aby nie doprowadzić za ich pomocą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Izba wskazuje, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku Trybunału Sprawiedliwości 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.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku posiadanego doświadczenia:

Zamawiający zobowiązany do postępowania według określonych w art. 7 ustawy zasad, mając na względzie przesłanki z art. 22 ust. 1a ustawy oraz art. 22d ust. 1 ustawy, określa warunki udziału w postępowaniu, uwzględniając, że warunek udziału w postępowaniu stanowi materię, która jest zindywidualizowana na dane postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego, jego ukształtowanie stanowi szczególne uprawnienie w ramach podejmowanych przez Zamawiającego czynności, jednakże jednocześnie ukształtowanie warunku przez Zamawiającego doznaje ograniczenia. Każdorazowo Zamawiający musi mieć na względzie cel jaki wyznacza kształtowanie warunku udziału w postępowaniu jak również pełnię regulacji ustawowej. Cel jakim kierować ma się wykonawca w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiany, interpretowany przez określenie warunku wymagającego od potencjalnego wykonawcy wykazaniem się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia.

W zakresie kwestionowanego warunku tj. wykazania się zrealizowaniem w okresie ostatnich ośmiu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej *jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA), która pracuje w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny o min. przepustowości  $Q_{\text{śrd}} 3600 \text{ m}^3/\text{d}$* , Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego i nakazała wykreślenie tego warunku. W ocenie Izby, uwzględniając całą powyżej zawartą argumentację prawną, warunek ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia jak również stanowi podstawę eliminacji z tego postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy dają gwarancję realizacji robót budowlanych. Zaznaczyć bowiem należy, że Zamawiający jednocześnie określił również inny warunek zgodnie z którym, wykonawca zobowiązany jest do wykazania się doświadczeniem w realizacji w dwóch robót budowlanych polegających na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków (w zakresie której wykonano co najmniej roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, elektryczne i AKPiA) o min. przepustowości  $Q_{\text{śrd}} 3600 \text{ m}^3/\text{d}$  w tym jedna robota, której wartość wyniosła minimum 19 000 000,00 zł brutto. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego *wykonanie robót budowlanych, czy to w przypadku oczyszczalni pracującej w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny (technologia sekwencyjna) a oczyszczalni pracującej w technologii przepływowej niczym się nie różni*. Co istotne z punktu widzenia oceny nieproporcjonalności wskazanego warunku do przedmiotu zamówienia, czyli nieadekwatności postawionego wymagania Zamawiający podnosił, że doświadczenie w realizacji przebudowy, rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni działającej w technologii sekwencyjnej jest niezbędne, bowiem kontrakt obejmuje zamontowanie urządzeń technologii sekwencyjnej oraz takie doświadczenie jest niezbędne z uwagi na konieczność dokonywania przebiegów l.acji – to wymaga wiedzy, ponieważ inwestycja realizowana będzie w ramach obiektu działającego.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał w swojej argumentacji, że nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jest żądanie doświadczenia w realizacji roboty budowlanej w czynnej oczyszczalni ścieków pracującej w oparciu o sekwencyjny reaktor biologiczny, bowiem:

Po pierwsze, Zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na przebudowie, rozbudowie lub modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków bez wskazania technologii pracy oczyszczalni, tym samym doświadczenie w realizacji prac w ramach obiektu działającego zostanie przez wykonawców

wykazane. Dodatkowo w opinii dr inż. Tatiany Kita - *Opinia techniczna Procesu osadu czynnego w reaktorach porcjowych i przepływowych, a sposób realizacji inwestycji* (dalej: opinia techniczna) zawnioskowana przez Odwołującego w poczet materiału dowodowego, a którą Izba traktuje jako stanowisko własne Odwołującego zostało podniesione, że z punktu widzenia procesu budowlanego realizacja każdej oczyszczalni ścieków przebiega w ten sam sposób: podstawę prac stanowi projekt, w pierwszej kolejności przeprowadza się przygotowanie placu budowy i wytyczenie obiektów w terenie, następnie roboty ziemne, konstrukcyjne, montaż technologii, zasilania i sterowania. Podkreślał również w trakcie rozprawy, co także znajduje uzasadnienie w ww. opinii, że wyboru technologii dokonuje projektant, natomiast wykonawca prowadzi roboty w oparciu o gotowy projekt.

Po drugie, zgodnie z wyjaśnieniami i argumentacją Odwołującego poczynionymi w trakcie rozprawy w technologii przepływowej wybudowany zostaje szereg zbiorników, w których wykonywane są różne etapy oczyszczania ścieków (takich jak napowietrzanie, mieszanie itd.) natomiast ostatni zbiornik to osadnik, w którym następuje sedymentacja. W technologii SBR (sekwencyjny reaktor porcjowy) jest jeden zbiornik zamiast kilku, w którym wykonywane są w różnym czasie poszczególne etapy oczyszczania ścieków. Odwołujący wskazał, że technologia SBR to jest ta sama idea co przy technologii przepływowej jednakże jest uproszczona. Potwierdza to również opinia techniczna z której wynika, że z punktu widzenia konstrukcji zbiornika bioreaktora nie istnieją praktycznie żadne różnice w budowie komory osadu czynnego w układzie przepływowym i porcjowym, a jedynym elementem reaktora (zbiornika), który nie występuje w reaktorach przepływowych jest dekanter ścieków oczyszczonych, który jest często zastępowany pompą ścieków oczyszczonych. W opinii technicznej również wskazano, że układ w technologii sekwencyjnej pod względem stopnia skomplikowania jest znacznie uboższy od układu przepływowego wyposażonego w osadniki wtórne, układy recyrkulacji zewnętrznej i wewnętrznej. Izba wskazuje również, co także nie było kwestionowane przez Zamawiającego, że zbiorniki w obu technologiach nie różnią się w żaden sposób a funkcje swoje uzyskują dopiero po zamontowaniu odpowiedniego wyposażenia.

Po trzecie – Odwołujący wskazał, że reaktor zasilany jest sekwencyjnie i porcjowo w SBR co ułatwia dokonywanie wszelkiego rodzaju przebiegów, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego w trakcie rozprawy. Odwołujący w tym zakresie, dla zobrazowania porównał dokonywanie przebiegów w technologii SBR i technologii przepływowej odpowiednio do wymiany koła w samochodzie stojącym i jadącym.

Po czwarte – Odwołujący podkreślał, że dokumentacja tego postępowania o udzielenie zamówienia obejmuje także projekt wykonawczy, który określa co i jak będzie realizowane



w ramach tej inwestycji, tym samym w zakresie realizacji inwestycji nie ma dowolności, a jakakolwiek zmiana projektu wymaga powiadomienia odpowiednich organów administracyjnych i autora projektu.

Po piąte – Odwołujący wskazał, że technologia to są urządzenia wmontowywane w oczyszczalni, które obecnie są bardzo skomplikowane dlatego wykonawca budowlany sam ich nie produkuje tylko kupuje i w wmontowuje w roboty budowlane zgodnie z projektem. Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z przedmiotem zamówienia realizacja inwestycji dotyczy budowy dwóch reaktorów SBR i remontu dwóch reaktorów SBR oraz na innych robót określonych w dokumentacji, w tym przebudowy i budowy nowych dróg, nowych ciągów komunikacyjnych naziemnych oraz przebudowa istniejących, a także inne roboty określone w dokumentacji a wymienionych w SIWZ w punkcie 3 Opisu przedmiotu zamówienia. Odwołując się do przedstawionej opinii technicznej - dobór odpowiednich urządzeń technologicznych należy do projektanta, a rzeczą wykonawcy jest wykonanie inwestycji zgodnie z projektem, który był podstawą uzyskania wymaganych pozwoleń.

W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego argumenty w sposób jednoznaczny potwierdzają, że określony warunek jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Argumentacja jaką posłużył się Zamawiający, a mianowicie, że to brak doświadczenia po stronie wykonawcy stanowi uzasadnienie kwestionowania warunku udziału w postępowaniu w ocenie Izby również nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zaznacza, że ewentualny brak doświadczenia po stronie wykonawcy nie stanowi w obliczu obowiązujących przepisów przeszkody w złożeniu oferty w postępowaniu, bowiem możliwe jest skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jak również udział w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami (tzw. Konsorcjum). Jednocześnie, co w ocenie Izby znamienne jest w tej sprawie, Zamawiający wprowadzając kwestionowany warunek udziału w postępowaniu nie był w stanie w trakcie rozprawy wymienić nazwy oczyszczalni ścieków działającej w technologii SBR, która w okresie ostatnich 8 lat została poddana rozbudowie, przebudowie lub modernizacji, co w ocenie Izby wskazuje na brak rozpoznania rynku tych przedsięwzięć. Izba nie podziela również argumentu Zamawiającego, który w trakcie rozprawy wskazał, że powszechność stosowania tej technologii (technologii SBR) wywodzi z tego, że jest ona powszechnie dostępna. Izba wskazuje, że dostępność danej technologii nie jest jednoznaczna z powszechnością jej stosowania, na co wskazuje choćby fakt, że poza Odwołującym zasadność postawionego warunku kwestionowało również trzech innych wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zamawiający podniósł, że opinia techniczna zawnioskowana przez Odwołującego jest

ogólna i jedyne co potwierdza, to że budowa oczyszczalni to skomplikowany proces i w zasadzie uzasadnia postawienie takich, a nie innych warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, *ponieważ na końcu tej opinii wskazane zostało, że budowa oczyszczalni to trudny proces i wymaga doświadczonej kadry*. Izba podziela argument, że budowa oczyszczalni ścieków to trudny proces, niewątpliwie również wymagające dla wykonawcy są rozbudowa, przebudowa i modernizacja działającej oczyszczalni ścieków. Niemniej w ocenie Izby nie sposób uznać opinię techniczną jaka została przedstawiona przez Odwołującego za ogólną. Podkreślenia wymaga, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie zostało poparte żadną argumentacją, a samo stwierdzenie, że „coś” jest ogólne nie jest wystarczające dla uznania, że faktycznie tak jest. Izba podkreśla kontrydiktoryjny charakter postępowania i podkreśla, że Odwołujący czynił starania wykazania i udowodnienia swoich racji wyjaśniając zarówno podstawy procesu oczyszczania ścieków jak również odwołując się do procesu budowlanego i technologii oczyszczania ścieków, natomiast Zamawiający, który ukształtował warunek udziału w postępowaniu w trakcie rozprawy nie potrafił wskazać choćby jednej inwestycji zgodnej z tym warunkiem, która by mogła potwierdzić wymagania Zamawiającego - nie może stanowić w ocenie Izby uzasadnienia, że pełnomocnik Zamawiającego nie ma takiej wiedzy, że nie jest specjalistą w tej dziedzinie, bowiem reprezentując interesy Zamawiającego powinien był znać podstawy tworzenia, kształtowania warunku udziału w postępowaniu, chyba że Zamawiający nie zna takiej inwestycji a warunek został ukształtowany „na ślepo” jedynie w oparciu o przedmiot tego zamówienia bez weryfikacji rynku.

Zamawiający argumentował również, że realizacja inwestycji przez niedoświadczonego wykonawcę może grozić katastrofą ekologiczną oraz zagrożeniem życia i zdrowia mieszkańców. Należałoby się zgodzić z Zamawiającym, gdyby wykonawca wnosił o odstąpienie od wymagań w zakresie jakiegokolwiek doświadczenia, jednakże w rozpoznawanej sprawie Odwołujący wniósł o odstąpienie od wymagań w zakresie warunku doświadczenia odnoszącego się do rozbudowy, przebudowy i modernizacji konkretnej, bardzo zindywidualizowanej roboty budowlanej o określonych parametrach, a nie o odstąpienie od warunku wykazania się doświadczeniem w przebudowie, rozbudowie i modernizacji czynnej oczyszczalni ścieków o określonych parametrach, zakresie i wartości. Proporcjonalności w kontekście adekwatności uzyskania danego celu nie można odnosić przez pryzmat matematycznego równania „jeden do jednego”. Warunki udziału w postępowaniu nie powinny, nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. W tej sprawie argumentacja podniesiona przez Odwołującego przy jednoczesnym braku wykazania zasadności takiego warunku przez Zamawiającego pozwala na uznanie, że ukształtowany warunek ogranicza w sposób

istotny i niezasadny dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości 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 zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - kierownik budowy:

W zakresie kwestionowanego warunku tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co najmniej osobami posiadającymi uprawnienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2016 poz. 290) lub odpowiadające im wykształcenie zdobyte poza granicami Polski – *jedną osobę, która będzie pełnić funkcję kierowania budowy posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności I.acyjnej w zakresie sieci, I.acji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych potwierdzone stosownymi decyzjami, o których mowa w art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane lub odpowiadające im uprawnienia uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz co najmniej 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy (w tym co najmniej na 2 budowy polegające na rozbudowie lub przebudowie czynnej oczyszczalni ścieków o wydajności technologii nie mniejszej niż 3600 m<sup>3</sup>/d każda i o wartości robót jednej z nich minimum 12 000 000,00zł brutto). Osoba przewidziana na to stanowisko musi posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2).*

Odwołujący wniósł o wykreślenie części wymagań jakie zostały ukształtowane w stosunku do osoby pełniącej funkcję kierowania budowy a dotyczących posiadania jednocześnie wiedzy z zakresu technik i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem. Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego i nakazała wykreślenie z tego warunku następującej treści: *Osoba przewidziana na to stanowisko musi posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2).* W ocenie Izby, uwzględniając całą powyżej zawartą argumentację prawną wskazaną zarówno we występnej części rozpoznania zarzutów jak również argumentację prawną

przedstawioną w części odnoszącej się do rozpoznania zarzutu odnośnie wykazania posiadanego doświadczenia, Izba uznała, że warunek dotyczący dysponowania osobą kierownika budowy w części kwestionowanej przez Odwołującego jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia jak również stanowi podstawę eliminacji z tego postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy dają gwarancję realizacji robót budowlanych. W ocenie Izby wymaganie dotyczące kierownika budowy wykazania się posiadaniem wskazanych certyfikatów w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w tym postępowaniu.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W doktrynie, w oparciu o orzecznictwo Trybunału (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. sygn. akt C-448/01) podnosi się, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa a dyskryminować małych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że żądanie od kierownika budowy posiadania wiedzy z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem potwierdzone stosownymi certyfikatami jest nadmiarowe i ograniczające konkurencję. Izba podkreśla, że wymagania w zakresie posiadanego doświadczenia i kwalifikacji jakie zostały ukształtowane w tym postępowaniu odnośnie kierownika budowy są bardzo wysokie na co wskazuje wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności I.acyjnej w zakresie sieci, I.acji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz dziesięcioletniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy oraz co najmniej pełnienie funkcji kierownika budowy na dwóch robotach polegających na przebudowie, rozbudowie czynnej oczyszczalni ścieków o określonej wydajności i wartości robót.

Izba zaznacza, na co wskazał już w treści odwołania sam Odwołujący, że obowiązki kierownika budowy zostały określone w ustawie z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, zakres tych obowiązków jest bardzo szeroki co opisywane jest w doktrynie tematu jak również wynika z szerokiego orzecznictwa. Podkreślić należy, że kierownik budowy jest osobą fizyczną, legitymującą się odpowiednimi uprawnieniami (w przypadku tego postępowania określonymi bardzo precyzyjnie przez Zamawiającego) i reprezentującą na budowie wykonawcę – stroną umowy o roboty budowlane. Kierownik budowy jest

samodzielną funkcją techniczną w budownictwie, której istotą jest organizacja całego procesu wykonania robót budowlanych i zapewnienie prawidłowości ich wykonania. Natomiast należy pamiętać, że przepisy prawa cywilnego (art. 647 i następne Kodeksu cywilnego) obok umowy i regulacji Prawa budowlanego, które odnoszą się do praw i obowiązków uczestników procesu budowlanego regulują relacje pomiędzy inwestorem a wykonawcą. W ocenie Izby wymaga podkreślenia, że bardzo duży zakres obowiązków kierownika budowy określony w Prawie budowlanym nie obejmuje kierowania projektem. Izba wskazuje również, że zgodnie z § 5 załącznika nr 12 do Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia - Istotne postanowienia umowy Zamawiający nie określił, że kierownik budowy będzie posiadał jakieś dodatkowe obowiązki, niż te które zostały określone w Prawie budowlanym. Tym samym ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z którym Kierownik budowy musi *posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem*, nie jest oparte na żadnym ani ustawowym ani kontraktowym wymaganiu. W tym miejscu Izba odnie się do stwierdzenia Zamawiającego przedstawionego na rozprawie *pełnomocnik wskazała, że wykonawca realizujący inwestycje związany jest wszystkimi dokumentami z postępowania tj. i SIWZ i umową i OPZ i nawet jeżeli coś nie znalazło się w umowie to wcale nie znaczy, że nie zobowiązuje wykonawcy wykonującego inwestycję*. Należy zaznaczyć, że co do zasady to Zamawiający ma rację, niemniej postawienie konkretnego wymagania w warunku w stosunku do kierownika budowy, w tym wypadku jest jedynie postawieniem wymagania, które nie ma żadnego przełożenia na realizację inwestycji. Ocena przedstawionej dokumentacji prowadzi do wniosku, że w trakcie prowadzenia inwestycji Zamawiający nie wymaga od kierownika budowy realizacji żadnych innych zadań, tym samym postawione na etapie warunku wymagania jest bezzasadne. Nie znajduje więc uzasadnienia argumentacja Zamawiającego, że otwarty katalog obowiązków z Prawa budowlanego nie ogranicza nałożenia na kierownika budowy innych zadań – tylko, że Zamawiający nigdzie nie podał jakie to inne zadania nakłada na kierownika budowy. Jednakże jeżeli spojrzeć na problem z drugiej strony – na co wskazywał w dalszej części argumentacji Zamawiający – tzn. *że żąda zamawiający tych certyfikatów, ponieważ chce mieć pewność, że każdy kierownik umowy będzie miał wiedzę z zakresu prawa, będzie posiadał wiedzę interdyscyplinarną pozwalającą mu na kierowanie całością prac* również nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby. Kierownik budowy to osoba o odpowiednich uprawnieniach określonych przez Zamawiającego z bardzo precyzyjnie określonym doświadczeniem oraz okresem czasu wykonywania funkcji kierownika budowy. Uwzględniając obowiązujące regulacje prawne w zakresie uprawnień kierownika budowy jak i jego obowiązków można uznać, że Zamawiający pragnie zagwarantować sobie żądając posiadania certyfikatów w zakresie zarządzania projektami

dodatkowe niczym niepodyktowane uprawnienia. Czyżby Zamawiający miał wątpliwości co do posiadania przez kierownika budowy zgodnie z obowiązującym prawem i w ramach warunku umiejętności w prowadzeniu budowy? Kierownik budowy nie jest jednocześnie kierownikiem projektu, co należy podkreślić wynika to w sposób jednoznaczny z warunków postępowania, gdzie Zamawiający wymaga wykazania się dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia co najmniej osobami posiadającymi uprawnienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2016 poz. 290) lub odpowiadające im wykształcenie zdobyte poza granicami Polski – *jedną osobę, która będzie pełnić funkcję przedstawiciela wykonawcy – kierownika kontraktu posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności I.acyjnej w zakresie sieci, I.acji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych potwierdzone stosownymi decyzjami, o których mowa w art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane lub odpowiadające im uprawnienia uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz pełnienie funkcji przedstawiciela wykonawcy – kierownika kontraktu na budowie, przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wartości nie mniejszej niż 19 000 000,00 zł brutto.*

Wymagania w stosunku do kierownika projektu zostały ukształtowane również w pryzmacie Prawa budowlanego, jednakże w stosunku do niego nie jest wymagane, że ma on *posiadać jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2).* Tym samym, skoro kierownik projektu nie musi wykazywać się posiadaniem takiej wiedzy przez posiadanie określonych certyfikatów, to tym bardziej niezasadne i niezrozumiałe i nieproporcjonalne jest żądanie od kierownika budowy żądania posiadania takich dokumentów. Zadaniem kierownika projektu jest zarządzanie projektem tj. zarządzanie finansami, ludźmi, kadrami itd. Zaznaczyć należy, że obowiązujące przepisy Prawa budowlanego nakładają na kierownika budowy szereg obowiązków, którym musi on sprostać w tym wszystkie działania związane z bezpieczeństwem ludzi przebywających na placu budowy. Kierownik budowy to samodzielna funkcja w budownictwie i nie sposób uznać za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia żądanie od niego posiadania innych, dodatkowych uprawnień potwierdzonych certyfikatami, tym bardziej, że nie wymaga się tego nawet od kierownika projektu.

W zakresie przedstawionego przez Zamawiającego dowodu tj. jedna karta pisma Wodociągów Kościańskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kościanie Izba wskazuje, że dowód ten pominęła ze względu na to, że nie została przedstawiona cała treść pisma a jedynie jego fragment. Jednocześnie Izba nie może pominąć w tym miejscu faktu, że przedstawienie przez Zamawiającego jedynie fragmentu pisma z argumentacją,

że w innych postępowaniach było stosowane takie wymaganie w stosunku do kierownika budowy (*wskazuje tu na inne postępowanie w wodociągach w Kościanie gdzie jest określony przez zamawiającego taki wymóg co w ocenie zamawiającego wskazuje na powszechność stosowania takiego wymagania.*) stanowi w ocenie Izby próbę wprowadzenia Izby w błąd. Odwołujący wyjaśnił bowiem, że *treść, do której referował zamawiający stanowiła treść pytania nr 12 z grudnia 2016 r. tj. wykonawca chciał wprowadzenia takiego postanowienia natomiast zamawiający się na to nie zgodził. Co więcej, wyjaśnia, że na ten moment odwołujący w Kościanie złożył ofertę najkorzystniejszą.* Zamawiający nie kwestionował tej argumentacji Odwołującego jak również nie wycofał swojej argumentacji. Taka próba nadawania pewnym faktom innego znaczenia niż faktycznie one mają oraz wykorzystanie tej interpretacji w trakcie rozprawy nie może być akceptowane, jednocześnie podważa zasadność i realność całej argumentacji Zamawiającego, który w trakcie rozprawy reprezentowany był przez profesjonalnego pełnomocnika, co w zasadzie wyklucza możliwość odwoływania się do niewiedzy w zakresie podnoszonych dowodów.

Natomiast w zakresie dowodu wydruku ze strony internetowej I.P., którą przedstawił Zamawiający podkreślając, że ilość osób posiadających taki certyfikat jest ogromna – kilka tysięcy Izba uznała za nieprzydatny do rozpoznania tej sprawy ponieważ, jak sam wyjaśnił Zamawiający z przedstawionej listy (wydruk) jak i w ogóle na stronie internetowej, z której on pochodzi nie jest dostępna informacja o tym, która osób wskazanych może być kierownikiem budowy. Izba podkreśla również, że nie można określić również ilu kierowników budowy o skonkretyzowanych bardzo szczegółowo i precyzyjne wymaganiach co do rodzaju inwestycji, ich wielkości, zakresu posiada taki certyfikat. Złożony dowód dowodzi jedynie tego, że taka lista osób, która posiada dane certyfikaty jest dostępna, nic poza tym. Tym samym nie sposób uznać w oparciu o ten dokument, aby wśród kierowników robót budowlanych w zakresie określonym przez Zamawiającego powszechnie było posiadanie certyfikatów.

Zamawiający podniósł, że *powszechnie jest to, że na rynku kierownicy robót budowlanych posiadają te certyfikaty.* Jednakże ponownie, tak jak w przypadku warunku doświadczenia, Izba stwierdziła, że sam fakt podania tego, że coś jest powszechnie dlatego tylko, że jest dostępne nie jest wystarczającą argumentacją. Zamawiający kształtując warunek musiał dokonać rozpoznania rynku i nie powinno być dla niego problemem wskazanie przykładów inwestycji czy osób, w których kierownik budowy o takim zakresie uprawnień i doświadczeniu w realizacji bardzo zindywidualizowanej przez wartość, wielkość i zakres inwestycji na czynnej oczyszczalni ścieków posiadałby *jednocześnie wiedzę z zakresu techniki i narzędzi zarządzania projektem, potwierdzoną odpowiednim certyfikatem (Zamawiający dopuszcza certyfikaty Certified Project Management Associate IPMA lub Project Management Institute lub Prince2).*

Izba uznała, że kwestionowana przez Odwołującego część warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia, niekonkurencyjna jak również niezasadna z punktu widzenia obowiązujących przepisów Prawa budowlanego jak i uregulowań przyszłego kontraktu. Dodatkowo Izba wskazuje - aczkolwiek jedynie pobocznie, bowiem istota zawiera się w tym co powyżej - również dlatego te wymagania Zamawiającego są nieproporcjonalne, nadmiarowe i niezasadnie ograniczające konkurencję, że Zamawiający odrębnie ustala funkcję kierownika projektu jednocześnie nie wymagając od kierowania projektu jakichkolwiek certyfikatów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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 ze zmianami).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....