

Tarnów dnia 2.09.2024 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **MTM Budownictwo Sp. z o.o.**
ul. Koszycka 21; 33-100 Tarnów
NIP: 7343484863
KRS: 0000381088
email: office@mtm-budownictwo.eu
tel. 146574057, 603599864

Zamawiający: **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o.**
85-862 Bydgoszcz ul. E. Petersona 22
NIP 953-255-97-41, Regon 340378577
tel.: + 48 (52) 522 20 58
e-mail: biuro@pronatura.bydgoszcz.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia pn. **Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”**

Nr referencyjny postępowania: MKUO ProNatura ZP/NO/43/24

Numer publikacji ogłoszenia: 506378-2024, numer wydania Dz.U. S: 164/2024

Data publikacji: 23/08/2024

Dostęp do dokumentacji postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/969371>

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Wartość przedmiotu zamówienia powyżej progów unijnych.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz MTM Budownictwo Sp. z o.o. (dalej jako: Odwołujący), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych

niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. sformułowaniu w SWZ - **obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia,**
2. sformułowaniu w SWZ warunku podmiotowego w zakresie doświadczenia zawodowego – (warunek A3) w odniesieniu do realizacji dwóch zamówień, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i **wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto** każda,

Zaskarżonym czynności Zamawiającego **zarzucam:**

Ad 1). Naruszenie art. 99 ust 2 oraz 4 Pzp, art. 121 pkt 1 Pzp w zw. z art. 118 ust 1 Pzp, a także 112 ust 1 oraz 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 462 ust 1 Pzp poprzez:

nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję a także dyskryminujące, sformułowanie w SWZ obowiązku osobistego wytworzenia przez wykonawcę części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład

instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.

Ad 2) naruszenie art. 112 ust 1 oraz 16 pkt 1 i 3 Pzp Pzp poprzez:

nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję a także dyskryminujące, sformułowanie w SWZ warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego (warunek oznaczony jako A3) na poziomie min. 50 000 000,00 zł brutto każde z dwóch zamówień referencyjnych.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

Ad 1) dokonanie modyfikacji wymogu SWZ (CZĘŚĆ III KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH, pkt 4. Udostępnienie zasobów, ppkt 5) w sposób zgodny z żądaniem odwołania - tj. poprzez **usunięcie ograniczenia dotyczącego obowiązku osobistej realizacji przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.** (w konsekwencji również odpowiednie zmiany w zakresie Formularza ofertowego – Załącznik nr 2 do SWZ – pkt 7 i 8).

Ad 2) dokonanie modyfikacji warunku A3 poprzez obniżenie wartości każdego z wymaganych zamówień referencyjnych do wartości 34 000 000,00 zł netto każde.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazuje, że przysługuje mu prawo do złożenia przedmiotowego odwołania i legitymuje się koniecznym interesem prawnym. Zgodnie z art. 505 ust. Pzp środki ochrony prawnej, w tym możliwość wniesienia odwołania od treści SWZ, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący podnosi, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ czynności Zamawiającego w zakresie sporządzenia SWZ w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia w tym w zakresie eliminacji możliwości podwykonawstwa w powiązaniu z warunkiem doświadczenia uniemożliwiają Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia,

poprzez brak możliwości złożenia oferty, tym samym brak możliwości wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że po modyfikacji spełniać będzie wszystkie określone w SWZ warunki podmiotowe udziału w postępowaniu i jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący dysponuje także potencjałem podmiotu spełniającego warunek udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymogu SWZ A3 (po jego ograniczeniu do wnioskowanego Zarzutem 2 poziomu tj. 34 mln zł netto) i w przypadku usunięcia ograniczającego konkurencyjność i nieproporcjonalnego wymogu osobistego wykonania realizacji przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia, oraz obniżeniu wartości zamówień referencyjnych z warunku A3 do poziomu min 34 mln zł netto każde, podmiot ten w trybie art. 118 Pzp udostępni Odwołującemu potencjał niezbędny dla wykazania spełnienia powyższego warunku podmiotowego i weźmie faktyczny udział w realizacji zamówienia w zakresie zgodnym z treścią warunku i koniecznym do wykonania zamówienia.

Po uwzględnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu i modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, Odwołujący uzyska możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia zaś samo postępowanie zostanie otwarte na konkurencyjność. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z czynnościami podejmowanymi przez Zamawiającego, a tym samym może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie, tym samym może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

Termin wniesienia odwołania

Uwzględniając fakt publikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu zawierającej powyższe, kwestionowane odwołaniem ograniczenia w dniu **23.08.br.** - wniesienie odwołania **2.09.br.** zostało dokonane z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SWZ Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy” na warunkach i w zakresie określonym w dokumentach zamówienia, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym:

- I wykonanie części projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę,
- II wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Przedmiotem zamówienia jest w szczególności realizacja następujących czynności, zaprojektowanie oraz wybudowanie następujących obiektów:

- przygotowanie terenu,
- budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą,
- dostawa i montaż niezbędnych do funkcjonowania instalacji urządzeń,
- przebudowa kolizji planowanej Inwestycji z istniejącymi obiektami (place na terenie Zakładu oraz sieci uzbrojenia terenu),
- budowa niezbędnych elementów infrastruktury technicznej (m.in. zewnętrznych instalacji: wodociągowej, kanalizacji ścieków deszczowych i technologicznych, instalacji elektroenergetycznej, teletechnicznej, modernizacja i rozbudowa stacji transformatorowej jeżeli zajdzie taka potrzeba etc.),
- budowa wraz z odbudową placów manewrowych i technologicznych, dróg pożarowych i dojazdowych.

Realizacja Inwestycji jest dofinansowana ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej zgromadzonych na rachunku Funduszu Modernizacyjnego, programu 2.10. Rozwój kogeneracji w oparciu o biogaz komunalny.

Jak wynika z OPZ i zakresów rzeczowych poszczególnych elementów zamówienia oraz szacunkowej wartości inwestycji – wartość łączna zamówienia to około 150 000 000 zł netto, przy czym roboty budowlane, kompostownia (technologia wartość około 12 mln zł netto), plac dojrzewania, budynek biurowo socjalny, hala do przygotowania wsadu wraz z urządzeniami i przenośnikami, węzeł doczyszczania biogazu, kogeneracja infrastruktura towarzysząca, zaś szacunkowa wartość prac w zakresie technologii instalacji fermentacji to około 30 mln zł netto.

Powyższe potwierdza, że zamówienie jako robota budowlana (kwalifikacja rodzaju zamówienia zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu stanowi kluczowy element zamówienia a sam przedmiot zamówienia uwzględniając jego specyfikę i zakres rzeczowy adresowany jest do wykonawców będących generalnymi wykonawcami tego rodzaju obiektów budowlanych, którzy na potrzeby realizacji komponentu technologicznego w postaci technologii instalacji fermentacji korzystać będą z usług firm technologicznych – specjalistycznych podmiotów którzy zajmują się projektowaniem i wykonawstwem takich linii technologicznych.

II. Warunki podmiotowe udziału w postępowaniu.

Zgodnie z SWZ Zamawiający określił wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szereg warunków podmiotowych w tym w szczególności:

- warunki ekonomiczne i finansowe,
- warunki dotyczące dysponowania personelem kierowniczym,
- warunki dotyczące doświadczenia zawodowego w szczególności:

Zdolności technicznej lub zawodowej

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać się:

A. *Wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, wykazując, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert (a w odniesieniu do warunku jak w pkt. A3) poniżej- 7 lat przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:*

A1) *dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m² o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto każda;*

A2) *dwie usługi obejmujące zaprojektowanie hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m² każda wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę;*

A3) *dwie zamówienia, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować muszą min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny.*

Odwołujący spełnia powyższe warunki samodzielnie jak w przypadku warunku finansowego czy też personelu, zaś w przypadku doświadczenia zawodowego jako wieloletni generalny wykonawca analogicznych projektów posiada własne doświadczenie zawodowe w zakresie warunków A1 oraz A2 zaś w przypadku warunku o którym mowa w warunku A3 posiada dostęp do potencjału wiedzy oraz doświadczenia zawodowego dostawcy technologii, który posiada własne referencje i w sytuacji obniżenia warunku kwotowego dla warunku A3 jak w uzasadnieniu odwołania spełni warunki.

III. Wymóg osobistego wykonania przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.

Zgodnie z SWZ:

5) *Zamawiający zastrzega do osobistego wykonania przez Wykonawcę następujących kluczowych zadań (art. 121 PZP):*

- *Zgodnie z art. 121 pkt 1 PZP Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.*

Powyższe oznacza faktycznie, że ubiegając się o zamówienie wykonawca (lub jego konsorcjant) winien posiadać własne doświadczenie zawodowe spełniające warunek o którym mowa w pkt A3 a następnie w ramach realizacji zamówienia podmiot posiadający wymagane doświadczenie ma wykonać osobiście wskazany w warunku zakres rzeczowy.

W ocenie Odwołującego ograniczenie powyższe prowadzi wprost do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych takie jak równość oraz uczciwa konkurencja. Specyfika przedmiotu zamówienia ani zakres dotyczący instalacji fermentacji nie uzasadniają w żaden sposób aby Zamawiający wykluczał faktycznie z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy nie posiadają własnego doświadczenia w zakresie realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia i jego specyfika nie wymaga aby ubiegający się o zamówienie wykonawca posiadał wyłącznie własne doświadczenie w odniesieniu do instalacji fermentacji stanowiącej element składowy przedmiotu zamówienia.

W przypadku zamówień o zakresie i skali jak w przedmiotowym postępowaniu standard rynkowy to ubieganie się o zamówienia przez generalnych wykonawców robót, którzy nie posiadają/nie muszą dla należytego wykonania zamówienia posiadać ,własnych referencji w zakresie instalacji fermentacji ale korzystają w zakresie kwalifikacji podmiotowej z potencjału firm technologicznych w trybie art. 118 Pzp aby powierzyć tych wyspecjalizowanym firmom (dostawcom technologii) realizację komponentu technologicznego w postaci instalacji fermentacji jako specjalistycznego elementu zamówienia.

Odwołujący wskazuje tytułem przykładu na następujące zamówienia realizowane w tej formule z ostatnich 5 lat w Polsce w jakich była do wykonania instalacja do fermentacji w ramach których Zamawiający nie wymagał uczestnictwa w konsorcjum spółki technologicznej i nie stawiał ograniczenia osobistego wykonania wskazanego zakresu prac:

- 1) <https://platformazakupowa.pl/transakcja/772662> - zamówienie uzyskane przez Odwołującego, które jest w trakcie realizacji (technologia do fermentacji w aktualnym zamówieniu jest to technologia wsadowa (perkolacyjna) w przypadku zamówienia referencyjnego technologia przepływowa (tłokowa). W wymaganiach Zamawiającego brak było ograniczenia jakie pojawia się w aktualnym przetargu i jest kwestionowane odwołaniem.
- 2) <https://platformazakupowa.pl/transakcja/949457> - MPO Łódź postępowanie ogłoszone po raz drugi, w trakcie, technologia fermentacji taka sama jak w aktualnym przetargu objętym odwołaniem, zamówienie obejmuje dwa fermentery jak w przypadku aktualnego przetargu – brak ograniczenia objętego zarzutami odwołania,
- 3) <https://platformazakupowa.pl/transakcja/332042> - Orli Staw - Kalisz zrealizowany kontrakt przez konsorcjum Strabag oraz AK Nova technologia fermentacji taka sama jak aktualnym przetargu objętym odwołaniem, jeden fermenter – brak ograniczenia objętego zarzutami odwołania,
- 4) <https://jarocin.ezamawiajacy.pl/pn/jarocin/demand/notice/public/47145/details>
ZGO Jarocin rozbudowa instalacji o fermenter w technologii w aktualnym przetargu wybudowano jeden fermenter – brak ograniczenia objętego zarzutami odwołania

Powyższe potwierdza, że po pierwsze mamy do czynienia z hermetycznym rynkiem zamówień tego rodzaju jak objęty przedmiotem postępowania, co wpływa bezpośrednio na krąg wykonawców zdolnych do jego realizacji i posiadających niezbędne referencje realizacyjne.

Po drugie zaś potwierdza, że w żadnym przypadku Zamawiający nie ograniczali konkurencyjności postępowania w sposób jak objęty zarzutami odwołania a pomimo tego wykonanie zamówień zostało zrealizowane w sposób właściwy i zgodny z wymaganiami zamówienia - co potwierdza, że wymóg osobistego wykonania zamówienia komponentu instalacji fermentacji nie jest warunkiem *sine qua non* należytej realizacji zamówienia.

Po trzecie zaś potwierdza, że w żadnym przypadku Zamawiający tego rodzaju wymogów nie stawiali bowiem nie uzasadnia tego specyfika przedmiotu zamówienia i nie jest on konieczny i nie warunkuje należytej realizacji zamówienia.

W postępowaniach analogicznie jak w aktualnym określano warunki dotyczące doświadczenia w zakresie realizacji dostaw linii technologicznych co gwarantowało że ubiegający się o zamówienie generalni wykonawcy pozyskiwali dla potrzeb spełnienia warunków podmiotowych i realizacji komponentu technologicznego potencjał specjalistycznych firm technologicznych.

Zgodnie z art. 121 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Przepis, co jest poza sporem, ma charakter regulacji szczególnej i wyjątkowej. Standardem jest, że Zamawiający nie ingeruje w kwestię tego czy wykonawca winien wykonać określony zakres rzeczowy zamówienia samodzielnie i osobiście, czy też może w tym zakresie korzystać z podwykonawców bądź jak w przedmiotowym przypadku z firm technologicznych wyspecjalizowanych w dostawach tego rodzaju linii technologicznych.

Zarówno w przypadku aktualnego Zamawiającego jak i innych podmiotów Zamawiających, decyzję co do tego czy wykonawca wykona dostawę linii technologicznej samodzielnie w ramach posiadanych kompetencji czy też korzystając z potencjału podmiotów wyspecjalizowanych, pozostawia się uznaniu samych wykonawców – co potwierdzają powołane przykładowe realizacje tożsamych rodzajowo zamówień. Tym bardziej zatem wymóg jak kwestionowany w aktualnym postępowaniu uznać należy za nadmiarowy, dyskryminujący, nieproporcjonalny i wprost nieuzasadniony specyfiką ani wartością przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że pomimo, że nie posiada własnej technologii realizacji instalacji fermentacji jest doświadczonym generalnym wykonawcą tego rodzaju kompleksowych zadań.

Podkreślenia wymaga, że wymaganie odnosi się do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i jest elementem opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określa warunku udziału w postępowaniu dotyczącego koniecznością wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie osobistego wykonania instalacji fermentacji – wyłącznie ograniczenia kwestionowane odwołaniem w trybie art. 121 Pzp faktycznie uniemożliwia udział w postępowaniu, konkurowanie i wykonanie zamówienia.

Zamawiający co potwierdza SWZ dodatkowo wymaganie ograniczył wprost, wprowadzając ograniczenie, zgodnie z którym w odniesieniu do wymogu doświadczenia, wykonawca nie może korzystać z użyczenia o którym mowa w art. 118 Pzp.

Ciężar wykazania, że w przedmiotowej sprawie zaistniały szczególne okoliczności uzasadniające aby właśnie wykonanie instalacji fermentacji miał osobiście wykonać sam wykonawca spoczywa na Zamawiającym.

Jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo KIO, ocena przez Zamawiającego wymogu wykonania kluczowego wskazanego zakresu rzeczowego zamówienia osobiście przez Wykonawcę dokonywana jest przez pryzmat specyfiki przedmiotu zamówienia i rynku wykonawców :

KIO 3244/20, wyrok z dnia 31 grudnia 2020 r.

Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustanowienie takich warunków udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie zdolności technicznych wykonawców, by zapewnić wybór kompetentnego, zdolnego do realizacji zadania wykonawcy. (analogicznie wyrok KIO z 27 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 867/19)

KIO 2052/20, wyrok z dnia 2 października 2020 r.

Zasadą jest swoboda wykonawcy w powierzaniu wykonania części zamówienia podwykonawcy, a wyjątkiem od tej zasady - uprawnienie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia. (...) Zakaz wyrażony w tym zakresie w SIWZ, jako wyjątek ograniczający możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia od zasady, a w konsekwencji konkurencyjność postępowania, podlega ścisłej wykładni.

podobnie

KIO 923/14, wyrok z dnia 21 maja 2014 r.

Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. (...)

Zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na Zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania (takim wyjątkiem może być np. wykonanie dzieła w postaci utworu, który może wykonać tylko dany wykonawca, wykonanie prac renowacyjnych, gdzie wykonawcą może być tylko podmiot posiadający w tym zakresie specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, itd.).

KIO 2733/21, wyrok z dnia 13 października 2021 r.

Postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia.

Zamawiający wprowadził jednocześnie w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę zakaz powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 PZP w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w Postępowaniu.

Powyższe zastrzeżenie stanowi istotne ograniczenie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 121 pkt 1 PZP zastrzegł do osobistego wykonania zadania, które nie są wyjątkowe, ani specyficzne dla przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego komentowany przepis nie daje Zamawiającemu dowolności co do określenia kluczowych części zamówienia. Nie zwalnia też Zamawiającego z obowiązku działania z poszanowaniem zasad udzielenia zamówień:

- * zasady uczciwej konkurencji,

- * równego traktowania wykonawców,

- * proporcjonalności rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania.

Z dorobku judykatury Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że: *"W zamówieniach publicznych zasadą jest możliwość podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na Zamawiającym. (...) Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmi wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. (...) Wskazać należy także, iż Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu jako beneficjent z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego*

zamówienia. (...) Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy, ograniczający możliwość posilkowania się w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego i zobowiązującego wykonawcę do osobistego jego wykonania, nie jest wystarczające zaistnienie sytuacji, iż zamówienie ma znaczenie strategiczne." (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 września 2017 r., KIO 1837/17).

W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. KIO/KU 97/13, Izba stwierdziła:

"Zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy". Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nie posiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. W komentowanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że " (...) np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje." Wykonanie robót betonowych w ramach obiektów mostowych to zakres istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być jednak uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Na wykonanie tego zakresu składają się typowe roboty budowy mostów, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 maja 2019 r., KIO 867/19 wskazując, że: *"Kluczowa część przedmiotu zamówienia (...) nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia."*

Zastrzeżenie osobistego wykonania w kwestionowanym w niniejszym postępowaniu zakresie w istotny sposób ogranicza możliwość realizacji zamówienia dla wielu wykonawców, a tym samym w istotny sposób utrudnia konkurencję. Zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, tak by wykonawcy dający taką rękojmię należytego wykonania zamówienia nie byli pozbawieni możliwości prawa złożenia oferty. W ślad za Krajową Izbą Odwoławczą podnieść należy, że *"niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania"* (vide wyrok KIO z 15 czerwca 2020 r., KIO 802/20).

Ponadto *"Zamawiający winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększyć prawidłowości wykonywanych prac, a nie uciekać się do najprostszej czynności, za jaką należy uznać zobowiązanie wykonawcy do osobistego wykonania pewnych części zamówienia, co niewątpliwie skutkuje ograniczeniem konkurencji. Stwierdzić należy, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i wymagań wobec wykonawców winien dokonywać tego z najwyższą starannością. Zamawiający decydując się na wyartykułowanie swoich wymogów co do ograniczenia możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich winien mieć pewność, że takie ograniczenie nie zaburza konkurencji na rynku. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie chodzi bowiem jedynie o pozorne zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji."* (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 września 2017 r., KIO 1837/17).

Zdaniem Odwołującego, cyt. przepis (art. 121 Pzp) nie daje Zamawiającemu dowolności. Nie zwalnia też Zamawiającego z obowiązku działania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i celów postępowania.

Odstępstwem od instytucji udostępniania zasobów jest art. 121 Pzp jednak w wyroku z 5.07.2021 r. (sygn. akt KIO 1381/21, KIO 1388/21) KIO stwierdziła zasadnie, że postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. *"Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia."*

Jak wskazuje w powyższej kwestii także Trybunał Sprawiedliwości UE:

„W zakresie zamówień publicznych, Trybunał przypomniat, iż w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., CASTA i in., C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu”.

„Trybunał przypomniat, że ograniczenie takie może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego oraz o ile następuje z poszanowaniem zasady proporcjonalności. W omawianej sprawie Trybunał stwierdził, że, o ile nie jest wykluczone, że cel polegający na prawidłowym wykonaniu robót może uzasadniać pewne ograniczenia korzystania z podwykonawstwa (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, pkt 45; z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław – miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, pkt 34), o tyle należy stwierdzić, że uregulowanie krajowe, takie jak art. 24 ust. 5 litewskiej ustawy o zamówieniach publicznych, wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu, jako że zakazuje ono w sposób ogólny takiego korzystania w odniesieniu do robót uznanych przez podmiot Zamawiający za „główne”. Taki zakaz ma zastosowanie niezależnie od sektora gospodarki, którego dotyczy dane zamówienie, charakteru robót oraz kwalifikacji podwykonawców i nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez wskazany podmiot”

Ewidentnie zatem poprzez takie zastrzeżenie kwestionowanych odwołaniem części zamówienia Zamawiający eliminuje z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szereg podmiotów, które mają doświadczenie i dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, co z kolei w bezpośredni sposób prowadzi do wniosku, że poprzez taką eliminację Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji, co dzieje się bez koniecznego zasługującego na ochronę uzasadnienia.

Z kolei przymuszenie do tworzenia wyłącznie na potrzeby tak określonego ograniczenia konsorcjum jest nieuzasadnione. Należy w tym zakresie mieć na względzie fakt, że firmy technologiczne specjalizujące się w dostawach linii technologicznych jak w przypadku instalacji fermentacji nie biorą udziału w przetargach w charakterze konsorcjantów z uwagi na fakt, że ich zakres specjalizacji ogranicza się do wąskiego elementu zamówienia o ograniczonej wartości a należy pamiętać, że udział w konsorcjum wiąże się bezpośrednio z powstaniem solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum z tytułu wykonania całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia. Dodatkowo należy wskazać że udział wartościowy prac objętych wyłączeniem podwykonawstwa ma ograniczony

charakter trudno w tej sytuacji racjonalnie oczekiwać wzięcia przez zagraniczną firmę technologiczną odpowiedzialności solidarnej za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla działania Zamawiającego, który ustanawiając wymóg osobistej realizacji wskazanej instalacji przez wykonawcę, ogranicza możliwość złożenia oferty wykonawcom, którzy mają odpowiednie doświadczenie i dają rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z przepisami Pzp wyłączenie z udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Analiza zakresu wyłączonych prac, co do którego Zamawiający wyłączył możliwość powierzania podwykonawcom w przypadku przedmiotowego postępowania, nie ma uzasadnienia w specyfice prac objętych SWZ.

Ponadto działanie Zamawiającego kwestionowane odwołaniem należy także uznać wprost za naruszające zasadę proporcjonalności. Ograniczając możliwość podwykonawstwa, Zamawiający powinien w każdym przypadku ocenić, czy zastrzeżenie osobistego świadczenia nie jest nadmierne, tj. nie prowadzi do ograniczenia konkurencyjności postępowania. Nieuzasadnione wyłączenie podwykonawstwa wpływa na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców – w dodatku na bardzo ograniczonym rynku wykonawców tego rodzaju zamówień.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO w odniesieniu do realizacji zasady proporcjonalności (przykładowo wyrok z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19) Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie może stawiać określone wymagania w stosunku do wykonawców – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania.

Jak wskazuje orzecznictwo TSUE w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii w celu zweryfikowania czy nie doszło w postępowaniu do naruszenia powyższej zasady konieczne jest dokonanie testu proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka:

1. czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu?

W ocenie Odwołującego brak ograniczenia w zakresie osobistego wykonania instalacji fermentacji w żaden sposób nie spowoduje negatywnych konsekwencji dla przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz jakości wykonanych prac. Z pewnością za to wpłynie na otwarcie konkurencji i zwiększenie ilości ofert co z kolei spowoduje bezpośredni wpływ na ceny robót oraz dostęp do zamówienia,

2.czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?

Sam opis przedmiotu zamówienia a przede wszystkim konieczność legitymowania się przez podmiot wykonujący instalację fermentacji opisanym w SWZ bogatym doświadczeniem zawodowym w realizacji tożsamyh prac stanowią wystarczającą gwarancję jakości realizacji zamówienia i kompetencji podmiotu realizującego, przy czym pełną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia i jego jakość ponosi generalny wykonawca robót.

W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisania przez zamawiającego wymagań i opisu zamówienia, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Odwołujący wskazuje ponadto, że regulacja art. 121 Pzp nie zmienia zasad przewidzianych w art. 356 k.c., zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego spełnienia świadczenia tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, ustawy albo właściwości świadczenia. W ocenie Odwołującego żadna ze wskazanych okoliczności w sprawie nie ma miejsca.

3. Warunek doświadczenia zawodowego – A3

Zgodnie z SWZ Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się w szczególności następującym doświadczeniem zawodowym:

A3) dwa zamówienia, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii

fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować muszą min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że w celu przywrócenia zasady równości oraz konkurencyjności wnosi o modyfikację warunku udziału w zakresie linii technologicznej w celu określenia warunku na poziomie wartości netto a nie jak aktualnie brutto.

Odwołujący wskazuje, że o zamówienie mogą ubiegać się jako wykonawcy bądź użyczający potencjał doświadczenia podmioty realizujące zamówienia tożsamego rodzaju na terenie UE. W przypadku poszczególnych państw członkowskich dla tego rodzaju świadczeń istnieją znaczące rozbieżności w zakresie opodatkowania i wielkości stawek podatku VAT – od 0% do 25%.

Aktualny warunek jest warunkiem w wartościach brutto a więc z uwzględnieniem podatków w tym VAT, co oznacza, że istotnym elementem ceny zamówienia referencyjnego jest stawka podatku, która jak wynika z powyższego jest bardzo zróżnicowana.

Z pewnością nie chodzi Zamawiającemu w warunku doświadczenia zawodowego w odniesieniu do wartości zamówień referencyjnych o kwestię samej stawki podatku VAT i jej wysokości a więc w celu zapewnienia porównywalności doświadczenia zawodowego wykonawców konieczne jest pominięcie na potrzeby oceny spełniania warunku podmiotowego stawki i samego podatku VAT.

Mając powyższe na względzie odwołujący **wnosi o modyfikację warunku udziału A3 poprzez odniesienie wartości zamówień referencyjnych do wartości netto**.

W drugiej kolejności wskazać należy, że aktualnie Zamawiający stawia warunek na poziomie min 2 zamówień referencyjnych każde o wartości minimum 50 mln zł brutto. W ocenie Odwołującego **spełni wymagania dotyczące uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równości wykonawców warunek na poziomie 2 zamówień referencyjnych każde o wartości min 34 mln zł netto**. Wartość do jakiej obniżenia warunku oczekuje Odwołujący ma związek z przeliczeniem wartości warunku wg kursu przeliczeniowego jaki ustalił Zamawiający w SWZ (średni kurs NBP z dnia publikacji ogłoszenia w DzUUE) – gdzie wartość rynkowa tego rodzaju instalacji w krajach UE oscyluje na poziomie ok. 8 mln euro netto – co w przeliczeniu na PLN wynosi ok 34 mln zł.

Obowiązki Zamawiającego w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu. Zasada proporcjonalności w zakresie określania warunków.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zatem to na Zamawiającym, ustalającym wymagane zdolności podmiotowe, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby postawione wymagania pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, eliminując podmioty przypadkowe, które nie dają gwarancji prawidłowej realizacji umowy.

Jednocześnie ustawodawca ogranicza swobodę gospodarza postępowania zakazując mu stawiania wymogów, które są nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczające uczciwą konkurencję czy wykraczające poza cel podmiotowej weryfikacji wykonawcy.

Każdy warunek udziału w postępowaniu musi więc zostać przez zamawiającego merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia.

Nie można mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega.

Jak słusznie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny:

Wyrok NSA z 20.04.2017 sygn. akt II GSK 2633/15, LEX nr 2303258.

"Prawidłowe określenie warunków i wymagań w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych."

Co do zasady, każdy warunek podmiotowy prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia udziału w postępowaniu. Niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu - co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

O ustanowieniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy.

Analogicznie orzecznictwo KIO:

Wyrok KIO z dnia 5 października 2021 r. sygn. akt KIO 2427/21

Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 112 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na Zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił Zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijając konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego kwestionowany odwołaniem element warunku dotyczącego wartości zamówień referencyjnych stanowi ograniczenie dostępu do postępowania bez koniecznego uzasadnienia i ma charakter ograniczający konkurencję, przy czym jednocześnie mają charakter nieproporcjonalny a modyfikacja warunków w sposób o którym mowa w żądaniu odwołania wciąż zagwarantuje, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzona podmiotom niezdolnym do jego realizacji.

Należy w sposób szczególny podkreślić, że identyfikacja warunków podmiotowych udziału w postępowaniu musi uwzględniać również specyfikę rynku właściwego. W szczególności należy mieć na uwadze hermetyczny charakter rynku wykonawców zamówień objętych przedmiotem aktualnego postępowania.

Pojęcie proporcjonalności zostało zdefiniowane w orzecznictwie wydanym na podstawie przepisów Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji m.in. w wyroku z 13 maja 2016 r. sygn. akt KIO 650/16, z 30 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1525/16, gdzie wskazano, że proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Celem tworzenia opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest to, aby określone zamówienie było wykonywane przez podmiot, który rzeczywiście jest w stanie podołać wykonaniu danego zamówienia pod każdym względem (np. organizacyjnym, finansowym, kadrowym). Wykonawcy winni bowiem, co do zasady, mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych (zbliżonych) do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, którą są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem.

Z drugiej strony za nieproporcjonalne należy także uznać kształtowanie warunków udziału oderwanych od przedmiotu zamówienia, pozwalając na ubieganie się o zamówienie przez podmioty nie posiadające adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia zawodowego.

Podkreślają także powyższe wyniki kontroli Prezesa UZP zawarte w Informatorze UZP Nr 1 /2018 - *Warunki udziału w postępowaniu a naruszenie zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji* -

Jak wskazuje publikacja:

Na Zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby warunki te pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu pełnią szczególną rolę i muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ze względu na fakt iż zakreślają krąg podmiotów mogących skutecznie ubiegać się o zamówienie.

(...)

Określony przez zamawiającego opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu powinien umożliwić ustalenie zdolności do wykonania zamówienia, a nie w nieuzasadniony sposób preferować konkretnego wykonawcę kosztem dyskryminacji reszty uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, Zamawiający jest zobowiązany zachować równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można eliminować z udziału w postępowaniu poprzez postawienie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny z celem jakiemu służy – z wyborem wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia przy równoczesnym braku ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Słusznie także wskazuje Izba w orzeczeniu:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. KIO 882/22

Zaś nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijając konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców,

którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego rozpoznawanym środkiem zaskarżenia, Izba wskazuje, że Zamawiający nie był w stanie rzeczowo i merytorycznie uzasadnić postawionych wymogów, zaś z drugiej strony odwołujący przekonująco i racjonalnie, w oparciu o warunki realizacji zamówienia i praktykę rynkową, zanegował wymaganą przez zamawiającego nadmierną zdolność zawodową.

Odnosząc się do warunku A3 w jego obecnym brzmieniu:

- wymóg kwotowy postawiony przez Zamawiającego jest wygórowany szczególnie, że dotyczy samej technologii bez robót budowlanych „obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto” ;
- partner technologiczny Odwołującego będący liderem rynku europejskiego w projektowaniu i budowie instalacji fermentacji wykonał szereg podobnych obiektów z wielokrotnie większą przepustowością za kwotę niższą od postawionej przez Zamawiającego jako wymóg minimalny;
- ponadto instalacja fermentacji jest zazwyczaj obiektem modułowym o średniej wielkości 15.000-30.000 Mg/rok. Chcąc uzyskać większą przepustowość Zamawiający stawiają kolejne identyczne moduły/komory fermentacji aż do uzyskania docelowej przepustowości zależnej od lokalnych uwarunkowań. Podobnie zamierza zrobić aktualny Zamawiający w kolejnych etapach rozbudowy, gdzie docelowa przepustowość instalacji została wyznaczona w Decyzji Środowiskowej na poziomie 60.000 Mg/rok (I etap obecny przetarg 45.000 Mg/rok, II etap kolejny przetarg w przyszłości dodatkowe 15.000 Mg/rok).

Dodatkowo należy wyraźnie podkreślić, że Odwołujący zmierza wyłącznie do obniżenia wartości zamówień referencyjnych przy pozostawieniu pozostałych wymagań w tym w szczególności kluczowego parametru wydajności wykonanej instalacji referencyjnej – powyższe potwierdza, że wykonawca wnosi jedynie do zmianę wartości a nie parametrów instalacji referencyjnych. Powyższe dodatkowo potwierdza, że instalacje o parametrach w tym wydajności jak zawarte w warunku referencyjnym można zrealizować za wartości istotnie niższe niż poziom opisany w aktualnym brzmieniu warunku udziału.

Oznacza to że nabycie doświadczenia w projektowaniu i budowie instalacji fermentacji składającej się z pojedynczej komory fermentacyjnej jest równoznaczne z posiadanym umiejętnościami do powielenia

tych komór do większych przepustowości w zależności od potrzeb Zamawiającego. Pamiętać przy tym należy, że budowa kolejnych komór fermentacji nie oznacza zwielokrotnienia poniesionych kosztów proporcjonalnie do przepustowości ponieważ wiele elementów wchodzących w skład pozostałych obiektów (strefa przygotowania wsadu, instalacja odwadniania czy biogazu) są zbliżone do siebie.

Dodatkowo należy także mieć na względzie fakt, że Zamawiający wydłużył okres referencyjny do 7 lat w stosunku do terminu składania ofert w przetargu (chodzi o datę zakończenia inwestycji) przy czym we wskazanym okresie doszło do istotnych zmian siły nabywczej pieniądza a zatem wartość 34 mln zł netto 7 lat temu prezentowała całkowicie inną wartość niż obecnie ta sama kwota, co tym bardziej uzasadnia obniżenie warunku kwotowego zamówień referencyjnych.

Podkreślenia wymaga, że w wyniku wnioskowanej modyfikacji SWZ wciąż o zamówienie będą ubiegały się wyłącznie podmioty doświadczone, które legitymują się doświadczeniem w zupełności wystarczającym i gwarantującym realizację zamówienia na wysokim poziomie jakości oraz kompetencji ale jednocześnie postępowanie zostanie otwarte na konkurencję.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, koniecznym staje się dokonanie modyfikacji w zakresie kwestionowanych odwołaniem postanowień SWZ zgodnie z żądaniem odwołania.

Mając powyższe na względzie, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

- 1.Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2.Odpis dokumentów rejestrowych Odwołującego;
- 3.Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.