

Sygn. akt: KIO/KD 30/15

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 3 czerwca 2015 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu**  
**ul. Borowska 213**  
**50-556 Wrocław**

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: UZP/DKUE/KD/5/2015; UZP/DKUE/W2/421/5(3)/15/DD; KD/5/15) z dnia 4 maja 2015 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Dostawa mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Małgorzata Rakowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Prowadzisz</b>
	<b>Ewa Sikorska</b>

wyraża następującą opinię:

**„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej” z dnia 11 maja 2015 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia (znak: UZP/DKUE/KD/5/2015) w zakresie naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uznaje za nieuzasadnione, natomiast w zakresie naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp uznaje za uzasadnione.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Dostawa mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”

Pismem z dnia 4 maja 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/5(3)/15/DD; KD/5/15) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego, tj. Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu, o wynikach kontroli doraźnej następczej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przedstawił informację o naruszeniach stwierdzonych w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp podnosząc, iż zamawiający Aneksem z dnia 28.02.2014 r. do umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013, na wniosek wykonawcy BIPROGEO GIS Sp. z o.o., dokonał zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia, przedłużając go z dnia 03.03.2014 r. (upływ 80 dni od podpisania umowy) na dzień 30.04.2014 r. W uzasadnieniu zawarcia niniejszego aneksu zamawiający podał, iż na etapie realizacji zadania okazało się konieczne wykonanie podłoża pod namiot z materiału nieprzepuszczającego wody skażonej, tj. asfaltu lub betonu, zamiast zaproponowanej przez wykonawcę kostki brukowej, co znacznie wydłużyło okres technologiczny niezbędny dla uzyskania właściwych parametrów podłoża. Tymczasem - zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp - zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się powyższy przepis, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie

wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Zmiany nieistotne powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik tego postępowania. Ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku.

Tymczasem zamawiający przedłużył termin wykonania umowy o kolejne 58 dni, co stanowi ponad 70% całego pierwotnego czasu realizacji zamówienia. Zmiana ta przedłużająca w sposób istotny termin realizacji świadczenia niewątpliwie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Zamawiający w umowie nie przewidział przy tym możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia.

Nadto PFU autorstwa dr inż. [REDAKTOWANE] z lipca 2013 r. nie jest kategoryczny w zakresie wyboru typu podłoża, wskazując jednakże na konieczność utwardzenia podłoża i wykonania fundamentu żelbetowego. Wybór konkretnej technologii był zatem po stronie wykonawcy, który w tym zakresie miał przygotować odpowiedni projekt zgodny z obowiązującymi przepisami i zapisami PFU. Tak więc argument zamawiającego, że wykonawca mógł wykonać utwardzenie terenu, stosując zamiennie jako rodzaj podłoża kostkę brukową lub fundament żelbetowy, nie wynika z żadnego zapisu PFU.

Wskazał także, że konieczność zgłoszenia inwestycji właściwemu organowi (w tym przypadku prezydentowi miasta) była czynnikiem determinującym konieczność zmiany terminu realizacji świadczenia. Zamawiający określając realny 80 -dniowy termin realizacji zamówienia przewidział konieczność zgłoszenia inwestycji niewymagającej pozwolenia budowlanego. W przypadku prawidłowego wyboru technologii utwardzenia podłoża, w sposób dostosowany do specyficznego charakteru inwestycji, aneksowanie umowy nie byłoby konieczne. Takich problemów nie napotkałby wykonawca, który uwzględniając specyfikę inwestycji użyłby innego materiału niż kostka brukowa.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł także, iż zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a mianowicie wykonawca BIPROGEO GIS Sp. z o.o. na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania minimum 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego firmy AWAS - Systemy Sp. z o.o., przedkładając zobowiązanie ww. firmy. Firma AWAS - Systemy Sp. z o.o. zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw, instalacji i wdrożenia mobilnych systemów odkażających wraz z wyposażeniem, zobowiązując się do współpracy przy realizacji zamówienia

jakopodwykonawca we wskazanym w zobowiązaniu zakresie. Dostawę będącą przedmiotem zamówienia wykonawca miał wykonać przy udziale podwykonawcy - firmy AWAS - Systemy Sp. z o.o. W przedmiotowej sprawie podmiot trzeci wskazany w ofercie nie wykonywał części zamówienia, do wykonania której potrzebne było jego doświadczenie. Zamówienie w tym zakresie wykonywał wykonawca, który wymaganego doświadczenia nie posiadał. Tym samym nastąpiła faktyczna zmiana umowy w zakresie podwykonawcy, dzięki któremu wykonawca spełnił warunek, na podmiot (wykonawcę), który tego warunku nie spełniał. Zaistniała okoliczność polegająca na faktycznej zmianie podmiotu mającego realizować część zamówienia, którego udział jako podwykonawcy przewidziano w umowie (oferta była integralną częścią umowy) na podmiot, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, prowadziła do istotnej zmiany umowy o zamówienie w sposób naruszający treść art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp podnosząc, że wymóg dotyczący wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż nie był niezbędny do realizacji celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Po pierwsze, zamówienie wykonał wykonawca nieposiadający doświadczenia (tj. niespełniający osobiście tego warunku, a polegający w tym zakresie na doświadczeniu podmiotu trzeciego, który nie wziął udziału w realizacji zamówienia), co dowodzi, że tak rozumiane doświadczenie nie było niezbędne dla celu zapewnienia należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Po drugie, warunek dotyczył doświadczenia tylko w wykonywaniu dostawy, nie wskazywał natomiast na wymóg doświadczenia w rozmieszczeniu i instalacji, a tym samym nie zapewniał wyboru wykonawcy, który będzie w stanie wykonać tę część zamówienia, która pod względem złożoności była istotniejsza. Świadczą o tym także wyjaśnienia zamawiającego z dnia 18.11.2014 r., w których wskazuje, że głównym elementem zamówienia była dostawa sprzętu, ale jego element kluczowy stanowiły roboty budowlane. Po trzecie, z okoliczności sprawy wynika, że właśnie ta część zamówienia sprawiła trudność wykonawcy, który zamierzał wykonać utwardzenie terenu z wykorzystaniem kostki brukowej, tj. użyć materiału przepuszczającego szkodliwe substancje, co świadczy o tym, że opisanie warunku w kształcie takim, jak został opisany, nie zapewniało należytej realizacji zamówienia. Reasumując stwierdził, iż zamawiający dokonując ww. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 12 maja 2015 r. (pismem z dnia 11 maja 2015 r.) zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doróżnej.

Odnośnie 1 zarzutu dotyczącego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany zawartej umowy w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia zamawiający podniósł m.in., iż dokonana zmiana terminu realizacji zamówienia podyktowana była koniecznością zmiany technologii utwardzenia podłoża. Kontrolowane postępowanie, w wyniku którego udzielono zamówienia publicznego nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. było kolejnym prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem zmierzającym do zakupu mobilnego systemu do dekontaminacji. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia kolejne przetargi kończyły się unieważnieniem z powodu braku ofert. Tym samym okoliczności faktyczne, w jakich doszło do udzielenia zamówienia pozostają w sprzeczności z zawartym w Informacji o wynik kontroli wnioskiem, jakoby faktyczne przedłużenie terminu realizacji zamówienia mogło stanowić okoliczność wpływającą na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Zarzut potencjalnego wpływu możliwości dokonania zmiany na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ma zatem charakter abstrakcyjny - oderwany od okoliczności stanu faktycznego.

Trudności, na jakie napotkał wykonawca w związku z przygotowaniem podłoża mają również swoje uzasadnienie w specyfice przedmiotu zamówienia i uwarunkowaniach rynkowych. Zamówienia, których przedmiotem są dostawy mobilnych systemów do dekontaminacji są na rynku rzadkością, a w połączeniu z koniecznością wykonania robót budowlanych w zakresie przygotowania podłoża z dużym prawdopodobieństwem nie były w Polsce jeszcze udzielane. Z tego, też względu nie można zakładać, iż wszelkie przeszkody, na jakie można napotkać przy jego realizacji powinny być znane wykonawcy ze względu na profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności. Zarówno według wiedzy zamawiającego, jak również dokumentacji, która pozwalała wykonawcy na wybór podłoża - pierwotne zaprojektowanie podłoża z kostki brukowej nie stanowiło błędu technologicznego. W dniu 24.01.2014 r. na spotkaniu wykonawcy i zamawiającego uzgodniono rozwiązanie inne, które Strony uznały za bardziej optymalne z punktu widzenia specyfiki działalności zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że zmiana rozwiązania była uwarunkowana niedopuszczalnością zastosowania podłoża z kostki brukowej. Zamawiający na etapie postępowania również nie zakładał konieczności wykonania innej technologii, jednakże przygotowanie do realizacji zamówienia przez wykonawcę i wizja lokalna na terenie, na którym system miał być posadowiony doprowadziły do wniosku, że utwardzenie w tej postaci będzie rozwiązaniem technologicznie korzystniejszym. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia okoliczność ta dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy, który byłby zobowiązany do skonsultowania założeń projektowych z zamawiającym. Potrzeba zmiany

terminu realizacji zamówienia nie jest następstwem faktu, że wykonawca pierwotnie założył utwardzenie w sposób wadliwy, ale uzgodnień z zamawiającym przy przygotowywaniu dokumentacji, które właśnie ze względu na specyfikę i pionierski charakter zamówienia były konieczne i dotyczyłyby każdego potencjalnego wykonawcy. Z tego też względu, z uwagi na optymalizację sposobu utwardzenia podłoża i wymagania technologiczne bezwzględnie konieczna była zmiana terminu realizacji zamówienia. Konieczność zmiany dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy, albowiem zarówno w przypadku zaprojektowania podłoża z kostki brukowej, jak i podłoża nieprzepuszczalnego efekt uzgodnień w terenie byłby taki sam, co w efekcie - ze względów technologicznych doprowadziłoby do konieczności przedłużenia terminu realizacji zamówienia.

Okoliczności zaistniałego stanu faktycznego jednoznacznie dowodzą, że wprowadzona zmiana miała charakter nieistotny w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem żaden inny podmiot nie był zainteresowany ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co potwierdza fakt bezskutecznego prowadzenia przez zamawiającego kolejnych postępowań. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw by dowodzić, że zmiana terminu realizacji przewidziana we wcześniejszym etapie mogłaby doprowadzić do wyboru oferty innego wykonawcy. Ani bowiem hipotetyczna ocena złożonych ofert w tym kontekście, ani poziom zainteresowania udziałem w poprzednich prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach nie prowadzą do takiego wniosku. Po drugie zmiana miała charakter konieczny - była bowiem następstwem uzgodnionej przez Stronę technologii utwardzenia terenu. Przy przyjętej technologii konieczne było zachowanie dłuższego okresu dla uzyskania wymaganych parametrów technicznych podłoża. Konieczność zachowania tego okresu dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy, niezależnie od tego jakie podłoże zaproponowałby on w wersji pierwotnej. Przedłużenie terminu wynikało bowiem nie z konieczności przeprojektowania, lecz z konieczności zachowania znacznie dłuższego okresu oczekiwania, celem uzyskania właściwej wytrzymałości na ściskanie. Z tego też względu konieczność przedłużenia terminu realizacji zadania dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy, a jej przyczyny miały charakter obiektywne.

Odnosnie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez faktyczną zmianę podmiotu mającego realizować część zamówienia, którego udział jako podwykonawcy przewidziano w umowie na podmiot, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu zamawiający podniósł m.in., że nie wyraził zgody na zmianę podmiotu trzeciego, który miał uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy i, na którego zasobach wykonawca polegał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując jednoznacznie, że możliwość dokonania takiej zmiany nie została przewidziana, a zatem prowadziłaby ona do naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Postawiony zarzut opiera się na tezie, jakoby taka zmiana została dokonana. Wykonawca

wystąpił do zamawiającego o wyrażenie zgody na zmianę umowy z dnia 13.12.2013r., nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 na „Dostawę mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”, w zakresie zmiany podwykonawcy. Pismem z dnia 03.04.2014r. Zamawiający odmówił wyrażenia zgody na wnioskowaną przez wykonawcę zmianę. Zamawiający nie przewidział możliwości dokonania zmian w zakresie podwykonawstwa, stąd postulowana przez wykonawcę zmiana była niedopuszczalna. Zamawiający postąpił w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego zgodnie z obowiązującymi przepisami i ich interpretacjami, co więcej - zgodnie z prezentowanym przez Prezesa UZP w uzasadnieniu stawianego zarzutu poglądem i nie dokonał zmiany umowy.

Odnośnie zarzutu trzeciego dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia zamawiający podniósł, że przedmiot zamówienia obejmował „Dostawę mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu”. Głównym przedmiotem zamówienia była dostawa systemu, zaś objęte zakresem przedmiotu zamówienia roboty budowlane dotyczyły jedynie wykonania doprowadzenia instalacji wodnej i elektrycznej oraz utwardzenia terenu. Zamawiający, konkretyzując swoje oczekiwania co do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia odniósł je bezpośrednio do struktury rzeczowo - finansowej przedmiotu zamówienia.

A ponadto zamawiający sklasyfikował przedmiot zamówienia zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiot zamówienia obejmował dostawę, a także ich rozmieszczenie i instalację. Taki był bowiem cel społeczno - gospodarczy zawieranej umowy. Istotą przedmiotu zamówienia był bowiem zakup mobilnego systemu do dekontaminacji, zaś z uwagi na uwarunkowania terenowe występujące u zamawiającego, dla realizacji przedmiotu zamówienia konieczne było uprzednie przygotowanie i utwardzenie terenu. W praktyce jednak nie zawsze dostawa systemu do dekontaminacji wymaga wykonania takich robót - jest to uzależnione od specyfiki przedmiotu zamówienia u danego zamawiającego i infrastruktury, jaką ten zamawiający dysponuje. Określając warunek w ten sposób zamawiający musiałby wymagać, aby ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych w zakresie przygotowania podłoża pod mobilne systemy do dekontaminacji i żądać przedłożenia wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty

oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia były dostawy, taki sposób oceny byłby nie dość, że nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, to również nieuzasadniony jego specyfiką.

Zamawiający wskazał również, iż w zakresie „rozmieszczenia” mobilnego, systemu do dekontaminacji z punktu widzenia specyfiki przedmiotu zamówienia znaczenie miało przede wszystkim rozmieszczenie sensu stricte - rozumiane jako ustawienie względem dojeżdż do budynków krzyżowania się ścieżek „brudnej” i „czystej” itp., czego nie należy mylić z rozmieszczeniem rozumianym jako wykonanie robót budowlanych polegających na utwardzeniu terenu czy doprowadzeniem wody i prądu. Zamawiany produkt był bowiem produktem wysokospecjalistycznym i nietypowym, natomiast wykonanie robót budowlanych było w ocenie zamawiającego pracą prostą i nieskomplikowaną. Realizacja zamówienia potwierdziła powyższe - prace budowlane nie sprawiły wykonawcy kłopotu, problematyczny był dobór technologii utwardzenia, a nie samo wykonanie utwardzenia. Z całą pewnością roboty budowlane nie stanowiły kluczowego elementu zamówienia – nie znajduje to odzwierciedlenia ani w stanie faktycznym (zakres robót objętych zamówieniem), ani w żadnym piśmie zamawiającego.

Kluczowy element zamówienia, zarówno merytorycznie jak i wartościowo, stanowiła dostawa systemu. Doświadczenie w dostawach było w ocenie zamawiającego konieczne dla zagwarantowania należytej realizacji zamówienia. To dostawca systemu projektuje jego rozmieszczenie rozumiane jako ustawienie względem dojeżdż do budynków, krzyżowania się ścieżek „brudnej” i „czystej”, ścieżek ewakuacyjnych, itp. Mając doświadczenie w dostawach systemów tego typu posiada również doświadczenie w projektowaniu i realizacji całych rozwiązań logistyczno - epidemiologicznych jakimi są systemy do dekontaminacji. Dlatego też Zamawiający tak sformułował warunek udziału.

Określenie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia w zakresie projektowania i wykonywania robót, mających na celu rozmieszczenie lub instalację systemu do dekontaminacji - byłoby niedopuszczalne z kilku powodów. Po pierwsze, warunek taki byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, którym była głównie dostawa systemu, po drugie w zasadzie niemożliwe jest nabycie doświadczenia w wykonywaniu samych robót tego rodzaju ponieważ w każdym przypadku są one zlecane jako element przedmiotu zamówienia towarzyszący dostawie systemu, a nie jako zadanie samoistne, po trzecie - nie każda dostawa systemu realizowana jest w powiązaniu z wykonywaniem robót niezbędnych dla jego rozmieszczenia lub instalacji w takim zakresie, w jakim został objęty przedmiot niniejszego zamówienia. Istnieje bowiem możliwość posiadania już przez podmiot zamawiający odpowiedniej infrastruktury lub przygotowania jej siłami własnymi (np. w przypadku wymiany posiadanego już systemu na nowy). Tym samym to



właśnie doświadczenie w wykonywaniu dostaw systemów do dekontaminacji stanowiło element pozwalający na weryfikację czy wykonawca jest w stanie wykonać całość zamówienia w sposób prawidłowy - nie tylko dostarczając sam system, ale również prawidłowo go rozmieszczając i instalując.

Sam fakt należytej realizacji zamówienia przez podmiot, który nie wykazywał doświadczenia własnego w zakresie dostaw mobilnych systemów do dekontaminacji nie dowodzi w żaden sposób, że zamówienie mógł wykonać samodzielnie każdy podmiot bez takiego doświadczenia.

Pismem z dnia 22 maja 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/5(6)/15/DD; dot. KD/5/15) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszeń nr 1 i 3, tj. naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej oraz uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia nr 2.

Odnosząc się do naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zmiany terminu realizacji inwestycji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł m.in., iż to wykonawca powinien wybrać technologię, bazując na swojej wiedzy. Brak kategoriycznego stwierdzenia projektanta nie wynikał bynajmniej z dopuszczenia różnych rozwiązań równoważnych (przy takiej interpretacji zamawiającego można by uznać, że utwardzenie gruntowe stacji dekontaminacji też jest dopuszczalne, bo projektant na ten temat również się nie wypowiedział), ile z oczywistej konieczności zastosowania takiego rozwiązania, które uniemożliwi przepuszczanie do gruntu substancji niebezpiecznych. Kostka brukowa takim rozwiązaniem bez wątpienia nie jest. Nie jest zatem zgodne z okolicznościami ujawnionymi w niniejszej sprawie, że każdy wykonawcy napotkałby na te same problemy co wykonawca wybrany. Wykonawca, mający wiedzę w przedmiocie zamówienia i świadomy, jakie wymogi ciążyą na realizacji tego typu zamówień, nie zdecydowałby się na użycie kostki brukowej, jako materiału nieprzepuszczalnego.

Powyższa okoliczność skutkowałą nie tylko zmianą technologii, ale przede wszystkim terminu realizacji zamówienia. Pierwotny termin realizacji zamówienia wynosił 80 dni od dnia zawarcia umowy, tj. od 13.12.2013 r. i upływał w dniu 03.03.2014 r. Zamawiający aneksem do umowy nr UE/USK/DZP/PN-24/2013 przedłużył ten termin o kolejne 58 dni (co stanowi ponad 70% całego pierwotnego czasu realizacji zamówienia). Powyższa zmiana terminu nie została przewidziana ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w

ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający nie ma zatem możliwości dokonania zmiany najważniejszych elementów zamówienia (stanowiących element oferty), jeśli uprzednio nie dopuścił takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jeśli nie wskazał warunków, na jakich zmiany zostaną ewentualnie wprowadzone. Oznacza to, iż w pełni dopuszczalne są zmiany umów obejmujące elementy, które nie były częścią oferty oraz takie, które dla zamówienia nie mają istotnego znaczenia. Zmiany nieistotne powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik tego postępowania. Powyższa interpretacja uwzględnia stanowisko prezentowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), m.in. w orzeczeniu w sprawie C- 454/06 PresstextNachrichtenagentur, w którym ETS wskazał, iż *„zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.”* Zatem, aby możliwe stało się wydłużenie czasu realizacji zamówienia z powołaniem na przesłankę istotnej zmiany okoliczności, konieczne jest ustalenie, czy informacja o wydłużeniu czasu realizacji zamówienia podana do wiadomości wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogła wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców lub też na wynik konkretnego postępowania. Dokonanie przedłużenia terminu realizacji o 58 dni (w stosunku do pierwotnych 80-ciu), nie może być uznane za zmianę nieistotną. Okoliczność, że wcześniejsze postępowanie zostało unieważnione z uwagi na brak wykonawców zainteresowanych wzięciem w nim udziału nie oznacza, że tacy wykonawcy by się nie znaleźli, gdyby informacja o przedłużonym terminie była znana wszystkim na etapie ogłoszenia.

Reasumując podniósł, iż zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy poprzez zmianę terminu realizacji inwestycji, a w konsekwencji naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 144 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę podmiotu mającego realizować część zamówienia, którego udział jako podwykonawcy przewidziano w umowie na podmiot (wykonawcę), który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz mając na względzie argumentację zamawiającego przedstawioną w zastrzeżeniach podniósł, że dopuszczenie na etapie realizacji zamówienia do sytuacji, w której zamówienie wykonuje podmiot nie spełniający warunków, stanowi naruszenie ww. przepisów. Niemniej jednak ze względu na fakt, że zamawiający nie wyraził zgody na pisemną zmianę umowy w zakresie zmiany

podwykonawcy, co powoduje niemożność obarczenia go odpowiedzialnością za zaistniały stan rzeczy, uwzględniam zastrzeżenia do niniejszego naruszenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. opisanego sposobu dokonywania oceny spełniania warunku doświadczenia, w którym wymagano, aby wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał minimum 1 dostawę systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto podniósł, iż zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Precyzyjne opisanie warunków udziału w postępowaniu pozwala zamawiającemu na niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie są w stanie wykonać zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniem. Pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym opis warunku powinien być dokonany z uwzględnieniem takich elementów np. wiedzy i doświadczenia wykonawcy, których posiadanie jest niezbędne do wykonania przez niego należytego przedmiotu zamówienia.

Z treści opisanego warunku doświadczenia w dostawach nie sposób wywieść, że Zamawiający oczekiwał także doświadczenia w „projektowaniu i realizacji całych rozwiązań logistyczno – epidemiologicznych”. W ocenie Prezesa Urzędu właśnie tak opisanego warunku zabrakło w wymogu wykazania się doświadczeniem, co przyczyniło się do problemów związanych z terminowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem nie zbadał, czy podmiot, obok dostarczenia sprzętu, posiada doświadczenie w jego szeroko rozumianej instalacji i uruchomieniu.

Nadto dodał, iż klasyfikacja przedmiotu zamówienia, jako roboty, dostawy lub usługi ma znaczenie dla zastosowania odpowiednich przepisów ustawy np. dotyczących publikacji ogłoszeń. Natomiast opis warunków udziału w postępowaniu powinien zapewniać wybór wykonawcy, który będzie w stanie należyście wykonać zamówienie. Tym samym powinien odnosić się do tych elementów zamówienia, które są kluczowe dla jego należytego wykonania, a nie tych, które tylko przeważają w danym zamówieniu.

Tym samym, żądanie przez zamawiającego doświadczenia w wykonaniu 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto, nie gwarantowało wyboru wykonawcy będącego w stanie należyście wykonać zamówienie. Zamówienie zostało bowiem wykonane przez wykonawcę, który nie posiadał wymaganego doświadczenia. Podmiot trzeci, który udostępnił wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie w realizacji dostaw systemu/zestawu do dekontaminacji i zdaniem zamawiającego – powinien mieć

doświadczenie w instalacji tego rodzaju sprzętu, w ostateczności nie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Wykonawca nabył i dostarczył urządzenie samodzielnie. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że opis warunku w kształcie dokonany przez zamawiającego, tj. w zakresie dotyczącym jedynie dostawy, nie był niezbędny do należytego wykonania zamówienia, bo tę część zamówienia (dostawę) wykonawca, nieposiadający ww. doświadczenia, zrealizował należycie. Jednocześnie problemy z instalacją przedmiotu dostawy skutkujące koniecznością przedłużenia terminu realizacji zamówienia świadczą o tym, że w celu zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia niezbędne było wymaganie doświadczenia w zakresie właśnie instalacji dostarczonego urządzenia.

Reasumując wskazał, że dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wymaganie wykonania minimum 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000 zł brutto, nie zapewniał osiągnięcia celu, jakim był wybór wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia, a zatem nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 22 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia, natomiast nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp,

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, że w Programie Funkcjonalno – Użytkowym stwierdzono jednoznacznie, iż „wykonawca utwardzi teren pod stacją dekontaminacji i teren przyległy (np. polbruk) – ok. 270 m<sup>2</sup>”. Nie wskazano przy tym, z jakiego materiału, czy też przy zastosowaniu jakiej technologii teren ten ma być utwardzony. W tym zakresie pozostawiono wykonawcom pewną dowolność, określając przykładowo, iż może to być „polbruk”, przy czym „polbruk” rzeczywiście mógł oznaczać kostkę brukową. Wykonawca realizujący zamówienie, co jest bezsporne, pierwotnie zaprojektował podłoże z kostki brukowej, które - w ocenie

zamawiającego – nie stanowiło błędu technologicznego, i które – w myśl wyżej cytowanego zapisu PFU – rzeczywiście było dopuszczalne. Projektant wskazał bowiem w PFU przykładowy rodzaj podłoża, które w tym przypadku mogło być zastosowane (np. polbruk). To dopiero strony umowy, po dokonanej m.in. wizji terenu, w którym utwardzenie miało być zrobione, uzgodniły potrzebę zastosowania innego, bardziej optymalnego rozwiązania, opartego o inną technologię wymagającą dłuższego okresu oczekiwania celem uzyskania wymaganych parametrów podłoża. Zmiana technologii utwardzenia, zmiana wymagająca dłuższego okresu oczekiwania celem uzyskania właściwej wytrzymałości na ściskanie, w konsekwencji spowodowała konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia. Tymczasem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje, pod rygorem unieważnienia, istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zamawiający z góry przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z góry określił jej warunki. Niedopuszczalne są więc zmiany istotne, natomiast „inne (nieistotne) zmiany lub uzupełnienia wolno wprowadzać do umowy w granicach swobody kontraktowej (art. 365<sup>1</sup> k.c.). Do zakazanych zmian istotnych zaliczyć trzeba w szczególności zmiany polegające na (...) prolongacie terminu wykonania zamówienia. Istotność tych zmian należy łączyć przede wszystkim z faktycznymi rozmiarami ich następstw. W konsekwencji dopuszczalne zmiany nieistotne mogą dotyczyć tylko kwestii ubocznych” (System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2013, s. 320).

Wobec tego ustalenia wymaga to czy, w tym konkretnym przypadku, zmiana terminu wykonania zamówienia jest zmianą istotną, czy też nie. Zmiana umowy w czasie jej trwania może zostać uznana za istotną, jeśli wprowadza ona warunki, które gdyby były ujęte przy udzielaniu zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub wybór innej oferty. W tym przypadku zmiana terminu wykonania umowy, przy jednoczesnym wskazaniu w PFU na obowiązek dokonania w ramach przedmiotowego zamówienia utwardzenia terenu pod stacją dekontaminacji i terenu przyległego i przykładowe wskazanie na „polbruk”, mogła mieć wpływ na decyzję wykonawcy co do ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Sam zamawiający stwierdził bowiem, że to właśnie przy przyjętej technologii (tej, którą dopiero strony po zawarciu umowy zgodnie ustaliły), konieczne było zachowanie dłuższego okresu dla uzyskania wymaganych parametrów technicznych podłoża. A ponadto konieczność zachowania tego okresu miałyby dotyczyć każdego potencjalnego wykonawcy. Jednak, zdaniem Izby, dotyczyłaby ona tylko tego wykonawcy, który zaprojektowałby utwardzenie terenu w taki sposób jak uczynił to wybrany wykonawca.

Dlatego też Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdzając, że przedłużenie terminu realizacji umowy o 58 dni jest rzeczywiście zmianą

istotną. Tym samym mogło ono mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, jak również na wynik tego konkretnego postępowania. Okoliczność, iż wcześniejsze postępowania prowadzone przez tego zamawiającego o udzielenie tego właśnie zamówienia, zostały unieważnione z uwagi na brak wykonawców zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu nie oznacza, że gdyby termin wykonania zamówienia był dłuższy to inni wykonawcy nie wzięliby udziału w takim postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 144 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stwierdzić należy, że - zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp- opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. Oznacza to, że „opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być uzasadnione wartością, charakterystyką, złożonością i zakresem przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję” W wyroku z dnia 16 września 1999 roku, C-414-97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ETS 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.” (wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 938/140). Tym samym zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą bowiem w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców.

Przedmiotem tego postępowania jest „Dostawa mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury

koniecznej do prawidłowego działania systemu”. Zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał minimum 1 dostawę systemu/zestawu do dekontaminacji o wartości 95.000,00 zł. Wymóg ten (wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówienia polegającego na wykonaniu minimum 1 dostawy systemu/zestawu do dekontaminacji) niewątpliwie jest związany z przedmiotem zamówienia. A ponadto jest on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamówienie to obejmuje bowiem dostawę wysokospecjalistycznego produktu, tj. mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem, jak również roboty budowlane polegające na wykonaniu doprowadzenia instalacji wodnej i elektrycznej oraz utwardzeniu terenu. Roboty te, a więc zaprojektowanie i wykonanie infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu rzeczywiście stanowią jedynie element tego zamówienia. Obejmują one – zgodnie z Programem Funkcjonalno – Użytkowym - m.in. opracowanie dokumentacji projektowej utwardzenia terenu, opracowanie dokumentacji projektowej doprowadzenia instalacji elektrycznej i wodnej wraz z niezbędnymi przyłączami do miejsca lokalizacji stacji dekontaminacji, utwardzenie terenu pod stację ruchomą poprzez wykonanie fundamentu żelbetowego, wykonanie instalacji wodnej i elektrycznej ze wskazanego punktu budynku szpitala do punktów odbiorczych w planowanej lokalizacji, wykonanie instalacji elektrycznej doświetlającej teren prowadzenia dekontaminacji. Uprzednie wykonanie tego typu robót, w tym konkretnym przypadku - jak podkreślił zamawiający - było konieczne dla realizacji tego zamówienia, zamówienia polegającego na dostawie mobilnego systemu odkażającego wraz z niezbędnym wyposażeniem oraz zaprojektowaniu i wykonaniu infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu. To bowiem w ramach tej drugiej części przedmiotu zamówienia te roboty rzeczywiście się mieściły. Robót tych (robót *stricte* budowlanych) nie należy więc mylić z pracami polegającymi na zaprojektowaniu i realizacji całych rozwiązań logistyczno – epidemiologicznych, a więc takich jakimi są systemy do dekontaminacji. Istotnie z treści postawionego warunku nie da się wywieść, iż zamawiający oczekiwał właśnie doświadczenia w projektowaniu i realizacji całych rozwiązań logistyczno-epidemiologicznych. Takiego doświadczenia zamawiający bowiem nie wymagał. Nabycie tego rodzaju doświadczenia jest – jak szczegółowo wyjaśnił zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej – w zasadzie niemożliwe, gdyż zawsze tego typu prace są zlecane jako element towarzyszący dostawie systemu, przy czym nie każda dostawa systemu jest realizowana w powiązaniu z wykonywaniem robót niezbędnych dla jego rozmieszczenia lub instalacji w takim zakresie, jaki został objęty przedmiotem tego zamówienia.

Brak zawarcia wymogu posiadania doświadczenia w projektowaniu i realizacji całych rozwiązań logistyczno-epidemiologicznych nie może być utożsamiany z problemami związanymi z terminowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Powodem niedotrzymania terminu realizacji zamówienia były kwestie związane z robotami budowlanymi polegającymi na wykonaniu infrastruktury koniecznej do prawidłowego działania systemu (zgodnie z Programem Funkcjonalno – Użytkowym), a nie kwestie związane z błędnym zaprojektowaniem i realizacją całych rozwiązań logistyczno-epidemiologicznych, a więc tymi elementami, które były i niewątpliwie są związane z dostawą mobilnego systemu do dekontaminacji.

Tak skonstruowany opis warunków udziału w postępowaniu zapewnił, co jest niewątpliwie, wybór wykonawcy posiadającego doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie zamówienia. Odnosił się on także do tego elementu zamówienia, który był kluczowy. Elementem kluczowym tego zamówienia była bowiem dostawa mobilnego systemu do dekontaminacji. I takim doświadczeniem wykazał się wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Istotnie wykonawca polegał w tym zakresie (wiedzy i doświadczenia) na zasobach podmiotu trzeciego, który w rezultacie nie uczestniczył w realizacji tego zamówienia. Niemniej jednak zamówienie to zostało wykonane należyście przez samego wykonawcę. Wykonawca ten nabył, co jest bezsporne, mobilny system do dekontaminacji i należyście zrealizował dostawę będącą przedmiotem tego zamówienia. Jednak z faktu tego (należyście wykonanego zamówienia) nie można stawiać zarzutu nieproporcjonalnego opisu warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując stwierdzić należy, iż wymagane przez zamawiającego doświadczenie nie naruszyło zasady konkurencyjności i w sposób nieuprawniony jej nie ograniczyło. Zamawiający nie mógł żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała, iż zastrzeżenia zamawiającego w tym zakresie, tj. naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, należy uznać za uzasadnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....