

**Sygn. akt: KIO 1993/19**

**Sygn. akt: KIO 1994/19**

## **WYROK**

**z dnia 18 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emil Kawa  
Dagmara Gałczewska-Romek  
Emilia Garbala

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019 r. przez wykonawcę **Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin,**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego: **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa,**

przy udziale:

1. wykonawcy **P.H.U. „PRIMA” B.G., Karwowo 8, 96-500 Sochaczew,** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: 1993/19 i 1994/19 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **GZD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Lipowa 49a, 11-042 Jonkowo,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1994/19 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1993/19 w części dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby do treści istniejącego warunku doświadczenia dopisać: „lub jednego zadania polegającego na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi min. klasy G zawierającego utrzymanie drogowych barier ochronnych”,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1993/19,
3. oddala w całości odwołanie o sygn. akt KIO 1994/19.
  
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1993/18 obciąża zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** w części 1/4 oraz wykonawcę **Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin** w części 3/4, i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin tytułem wpisu od odwołania, kwotę 1.800 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;
  - 4.2. zasądza od zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, na rzecz wykonawcy Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, kwotę 250 zł 00 gr (słownie: dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy);
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1994/19 obciąża w całości wykonawcę **Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin**, i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, tytułem wpisu od odwołania,
  - 5.2. zasądza od wykonawcy Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawie-Praga.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 1993/19**

**KIO 1994/19**

### **UZASADNIENIE**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie i konserwacja urządzeń bezpieczeństwa ruchu wraz z barierami drogowymi i ich dostarczeniem oraz montażem lub demontażem na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania* nr sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.2412.62.2019, (sygn. KIO 1993/19) oraz postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego pn. . „*Utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego, w tym aktywnego, na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania*” nr sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.2412.63,2019.

W dniu 30 września 2019 roku (sygn. KIO 1993/19) oraz w dniu 1 października 2019 roku (sygn. KIO 1994/19) Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ustalając warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia.

Od takiego opisu warunków udziału w postępowaniach oraz podziału zamówienia na części wraz z ograniczeniem możliwości złożenia oferty max. na dwie części zamówienia wykonawca Wardex Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na wstępie wskazać należy, że treść obu odwołań co do wskazanych podstaw prawnych naruszeń Zamawiającego jest identyczna dla obu odwołań, z zastrzeżeniem, że odnoszą się one do innych wymagań właściwych dla danego postępowania.

**KIO 1993/19** *Utrzymanie i konserwacja urządzeń bezpieczeństwa ruchu wraz z barierami drogowymi i ich dostarczeniem oraz montażem lub demontażem na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania* nr sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.2412.62.2019

W zakresie tego postępowania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

I. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 7.2.3), lit. a: „Wykonawcy”) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu, jako że obecna treść warunku stawia w uprzywilejowanej pozycji podmioty specjalizujące się w wykonywaniu zadań polegających wyłącznie na remoncie istniejących lub ustawianiu

nowych drogowych barier ochronnych, mimo że adekwatne do prawidłowej realizacji zamówienia zdolność i doświadczenie posiadają również podmioty wykonujące zadania o większej skali, obejmujące swym zakresem m.in. prace polegające na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych,

II. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 7.2.3), lit. b: „Osoby<sup>77</sup>), jako że z obecnej treści warunku wynika - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu - wymóg wykazania się dysponowaniem potencjałem osobowym o wyspecjalizowanym doświadczeniu, które nie jest niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (wymóg dotyczący majstra),

III. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW<sup>77</sup>”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 7.2.3), lit. c: „Potencjał techniczny), jako że z obecnej treści warunku wynika - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu - wymóg wykazania się dysponowaniem, już w momencie składania oferty, potencjałem technicznym w bardzo szerokim zakresie, którego wymaganie mogłoby być uzasadnione dopiero na etapie wykonania umowy (wymóg dotyczący wiertnicy do wykonywania otworów w nawierzchni asfaltowej i betonowej, zestawu sprzętu do szybkiego wrywania i wbijania słupków w grunt, zagęszczarki gruntu oraz urządzenia do sprawdzania naprężenia lin barier linowych),

IV. art. 36aa ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie tylko dwóch części, na które wykonawca może złożyć ofertę, co spowodowało bezzasadne ograniczenie konkurencji,

V. art. 36aa ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał w szczególności iż tak postawione warunki udziału ograniczają konkurencję w szczególności poprzez uniemożliwienie wykonawcom zdolnym do ich wykonania wzięcie udziału w postępowaniu. Nadto dodał, że taka sytuacja jest szkodliwa dla samego Zamawiającego gdyż takie ukształtowanie warunków udziału powoduje sytuację - jak we wskazywanych wcześniejszych

postępowaniach, iż na dane zamówienie składana jest jedna oferta, bądź brak jest ofert, co skutkuje brakiem możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego wykazania się doświadczeniem w zakresie długości wymienionych czy wyremontowanych barier ochronnych, podał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców określony w Tomie I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 7.2.3), lit. a: „Wykonawcy”- jest nieproporcjonalny, ogranicza konkurencję w postępowaniu oraz jest nieadekwatny w stosunku przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu - Zamawiający określił warunki udziału tworząc trzy grupy szczegółowych „podwarunków” które oceniane całościowo - eliminują wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia - ze szkodą nie tylko dla tych wykonawców, lecz również dla Zamawiającego.

Pierwsza grupa „podwarunków” dotycząca zdolności technicznej lub zawodowej wynika z postanowienia ppkt 7.2.3, lit. a „Wykonawcy”: *Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, przynajmniej dwóch zadań obejmujących remont istniejących lub ustawienie nowych drogowych barier ochronnych na drogach klasy min. G, o łącznej długości minimum 3 000 m.*

Stawia on w uprzywilejowanej pozycji podmioty specjalizujące się w wykonywaniu zadań polegających wyłącznie na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych, mimo że odpowiednie zdolności i doświadczenie posiadają również podmioty wykonujące zadania o większej skali, obejmujące swym zakresem m.in. prace polegające na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych. Warunek w obecnym kształcie jest zbyt szczegółowy w zakresie w jakim określono tam konieczność wykazania się doświadczeniem w realizacji poszczególnych czynności o określonym wolumenie (np. *konieczność wykazania się realizacją zadań polegających na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych o łącznej długości minimum 3000 m*). Prowadzi to do sytuacji, gdzie wykluczone jest wzięcie udziału w postępowaniu przez podmiot posiadający doświadczenie w wykonywaniu wymienionych w treści warunku zadań, lecz o mniejszym wolumenie. Przykładowo wykluczony jest więc udział wykonawcy, który realizował w przeszłości czynności, o których mowa w treści warunku, lecz wykonał remont istniejących lub ustawianie nowych drogowych barier ochronnych o łącznej długości 2 500 m). Przy obecnym kształcie warunku udział takiego wykonawcy będzie wykluczony, mimo że jego wiedza, doświadczenie i potencjał techniczny *de facto* pozwalają mu na zrealizowanie zadania w pełnym zakresie. Tymczasem dopuszczenie przez Zamawiającego by warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia

mógłby być spełniony również w razie wykazania się przez wykonawcę realizacją jednego zadania polegającego na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi klasy minimum G lub utrzymaniu wyposażenia technicznego drogi, oznakowania pionowego, w tym aktywnego, i słupków prowadzących oraz oznakowania poziomego - na drogach klasy co najmniej G — doprowadziłoby do rozszerzenia konkurencji w postępowaniu poprzez dopuszczanie do udziału w postępowaniu podmiotów posiadających doświadczenie w wykonywaniu zadania o większej skali, obejmujących swym zakresem m.in. prace polegające na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych. Taka zmiana SIWZ umożliwiłaby także Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i gwarantowałaby zarazem wykonanie zamówienia na najwyższym poziomie.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego wymagań co do niezbędności dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia podał, że zgodnie z treścią warunku wykonawca, na każdą część, na którą składa ofertę, musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. W warunku wymieniono następujące osoby:

- kierownik prac,
- majster;

Dodatkowo w odniesieniu do każdej z ww. osób sformułowano dodatkowe wymagania odnośnie pełnienia funkcji - np. w przypadku majstra „*doświadczenie: min. 1 rok z zakresu remontu lub montażu barier drogowych jako majster lub monter*”.

Powoduje to np., że dysponowanie osobą, która ma doświadczenie faktyczne przy wykonywaniu przedmiotowych usług, ale w innym charakterze (np. po prostu jako majster) - nie potwierdza warunku udziału.

Podkreślił, że wymóg dysponowania wszystkimi powyższymi osobami jest nieadekwatny w związku z okolicznością, że dla wykonania zamówienia nie jest w ogóle potrzebna kadra wyspecjalizowana wyłącznie w realizacji zadań polegających na remoncie istniejących lub ustawianiu nowych drogowych barier ochronnych. Nie jest konieczne i ekonomicznie uzasadnione angażowanie odrębnych majstrów, z doświadczeniem tylko w zakresie remontu i montażu barier. Doświadczenie dostępne Odwołującemu wskazuje, że z powodzeniem usługi te mogą być zawiadywane przez ogólnych majstrów.

Ograniczenie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w zakresie dysponowania osobami do wymogu posiadania tylko kierownika prac, legitymującego się minimalnie 2-letnim doświadczeniem jako kierownik utrzymania - doprowadziłoby do poszerzenia konkurencji w postępowaniu oraz do urealnienia związku treści warunku z przedmiotem zamówienia.

Odnosnie zarzutu trzeciego dotycząca zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia dla każdej części, na którą składa ofertę, następujące narzędzia i urządzenia techniczne:

- wiertnica do wykonywania otworów w nawierzchni asfaltowej i betonowej,
- zestaw sprzętu do szybkiego wyrywania i wbijania słupków w grunt,
- zagęszczarka gruntu,
- urządzenie do sprawdzania naprężenia lin barier linowych,
- przyczepka sygnalizacyjna z oznakowaniem U-26 lub analogiczne oznakowanie montowane na pojeździe,

Jest to sprzęt bardzo szeroki zakresowo. W praktyce – wymaganie w zakresie należytego wykonania umowy powinno powstać na etapie wykonania zamówienia. W niniejszym przypadku nieproporcjonalna jest konieczność dysponowania tak szerokim zakresem sprzętu już na etapie składania ofert i potwierdzania warunków udziału w postępowaniu.

Przedstawiając argumentację postawił pytanie - jeśli nawet wykonawca nie posiada jednego elementu - np. wiertnicy do wykonywania otworów w nawierzchni asfaltowej i betonowej - to czy oznacza to, że nie jest on w stanie wykonać zamówienia. W niniejszym przypadku - warunki udziału zaczynają „zastępować” umowę o udzielenie zamówienia publicznego, które określa zakres zobowiązania i gwarantuje należyte wykonanie.

Ponadto - Zamawiający dodał jeszcze jedno ograniczenie : *W przypadku składania ofert na dwie części zamawiający dopuszcza dysponowanie przez wykonawcę tym samym sprzętem jedynie w zakresie poz. 1, 2, 4.*

W ocenie Odwołującego Zamawiający pomieszał sens i instytucję warunków udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu — mają dawać podstawę do stwierdzenia, że dany podmiot będzie w stanie wykonać zamówienie, natomiast nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Powstaje pytanie - czy jeśli korzystający z niniejszego środka ochrony prawnej Odwołujący nie dysponuje osobiście jednym czy drugim sprzętem, ale wykonuje podobne zakresowo zamówienie - to dlaczego nie daje rękąmi należytego wykonania w zakresie tego zamówienia?.

Wskazał, że treść warunku udziału wykracza poza zakres zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia (Tom III SIWZ: „Opis przedmiotu zamówienia, wraz z załącznikami”) / który może być wykonywany przez Wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usług będących przedmiotem niniejszego postępowania.

Przedmiotowy warunek w obecnym kształcie wyklucza wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom legitymującym się doświadczeniem w realizacji przedsięwzięć nawet przewyższających skalą i poziomem skomplikowania zamówienie jakie ma być realizowane przez podmiot wybrany w niniejszym postępowaniu. Warunek w obecnym kształcie jest zbyt wygórowany i pozostaje oderwany od realiów rynkowych.



Ograniczenie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w zakresie dysponowania sprzętem do wymogu posiadania tylko - przyczepki sygnalizacyjnej z oznakowaniem U-26 lub analogicznego oznakowania montowanego na pojeździe - doprowadziłoby do poszerzenia konkurencji w postępowaniu oraz do urealnienia związku treści warunku z przedmiotem zamówienia.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. art. 36aa ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie tylko dwóch części, na które wykonawca może złożyć ofertę, co spowodowało bezzasadne ograniczenie konkurencji. Odnosząc się do powyższego ustalenia Odwołujący podał, że zakres przedmiotowego zamówienia w jakikolwiek sposób nie uzasadnia ograniczenia wykonawców w tym zakresie. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że jeden wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie w zakresie wszystkich części, bez jakiegokolwiek uszczerbku dla zamawiającego ani ryzyka nie wykonania zamówienia na najwyższym poziomie. Dodatkowo ograniczenie to powoduje, że dotychczasowi wykonawcy przedmiotowego zamówienia mają gwarancję, że ewentualny „nowy” podmiot, który złożyłby ofertę - nie może złożyć oferty na wszystkie części zamówienia. Podkreślił, że Zamawiający nie ma podstawy, aby tworzyć przedmiotowe ograniczenie bez wskazania obiektywnych i nie dyskryminujących kryteriów i zasad, które zastosuje względem wykonawcy, który złożyłby ofertę na większą liczbę części zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp - Zamawiający, w przypadku ograniczenia, które zastosował - ma obowiązek przedstawienia zasad, które zastosuje w przypadku złożenia oferty na więcej niż dwie części przez jednego wykonawcę. Zasady te powinny określać, w jaki sposób zamawiający dokona wyboru oferty wykonawcy w tych częściach w przypadku zajścia sytuacji, gdy wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba.

W ocenie Odwołującego - w niniejszym przypadku właściwym byłoby zastosowanie zasady, że w przypadku, gdyby okazało się, że oferta wykonawcy zostanie wybrana w więcej niż 2 częściach:

- udzieli zamówienia wykonawcy na pierwsze dwie części, w których nie będzie innych ofert, a w przypadku braku takich części
- w tych częściach, w których oferta wykonawcy uzyska największą różnicę punktów nad kolejną ofertą. Względnie - w inny sposób realizujący zasady z art. 36 ust. 5 Pzp.

W takim przypadku - Zamawiający zapewniłby sobie najwyższy poziom konkurencyjności i jednocześnie - w prawidłowy sposób zastosował instytucję z art. 36 aa ust. 2-5 Pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca P.H.U. „PRIMA” B.G., Karwowo 8, 96-500 Sochaczew poparł stanowisko Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł, po pierwsze, o odrzucenie odwołania, a po drugie w przypadku nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie podniósł, że Odwołujący nie wykazał interesu w wywiedzeniu przedmiotowego odwołania. Zauważyć bowiem należy, że takiego interesu Odwołujący zdaje się upatrywać w doświadczeniu uzyskanym na skutek realizowania 3 umów na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Oddziały GDDKiA w Warszawie, Kielcach i Łodzi. W tym jednak względzie Odwołujący w zupełności pomija, że żadnej z przedmiotowych umów nie realizuje samodzielnie, lecz wspólnie z innymi konsorcjantami, tj.: Planeta Sp. z o.o., Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., PHU Prima B.G.. Podniósł, że zgodnie z aktualnym i utrwalonym orzecznictwem (opartym na wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt) niedopuszczalne jest by wykonawca opierał się na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym. Wykonywanie zadania przez konsorcjum nie jest tożsame z faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników bowiem każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców.

W świetle przedstawionych okoliczności, nie sposób chociażby uprawdopodobnić aby Odwołujący dysponował jakimkolwiek doświadczeniem w zakresie będącym przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, co w zupełności deprecjonuje legitymację do wywiedzenia niniejszego odwołania. W szczególności, że przedmiotowe umowy charakteryzują się szerokim zakresem obowiązków o charakterze kompleksowym (m.in. zimowe i bieżące utrzymanie dróg), a przy tym co niewątpliwie krótkim okresem trwania. Niewykazania zatem interesu przez Odwołującego determinuje konieczność odrzucenia odwołania jako wniesionego przez podmiot, który wobec braku interesu nie korzysta z ochrony prawnej, na mocy art. 179 ust. 1 Pzp. Wywodzenie odwołania w takim przypadku ma bowiem na celu wyłącznie zwłokę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Nawiązując do zarzutu pierwszego odwołania podał, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia*. W tym względzie podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i konserwacja urządzeń bezpieczeństwa ruchu wraz z barierami drogowymi, w tym ich dostarczenie oraz ich montaż lub demontaż. Przedmiotem zamówienia są zatem urządzenia, które służą zapewnieniu bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego. Od właściwego funkcjonowania przedmiotowych urządzeń zależy zdrowie i życie uczestników ruchu drogowego, czyli

wartości o znaczeniu nadrzędnym. Z tego też względu proporcjonalność wymagań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym należy utożsamiać z obowiązkiem zapewnienia bezpieczeństwa uczestników ruchu postrzeganego przez pryzmat ich życia i zdrowia. Doświadczenie w wykonywaniu prac związanych z barierami drogowymi stanowi fundament właściwego poziomu bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego. Celem montażu barier drogowych jest bowiem powstrzymanie samochodu przed wypadnięciem z drogi, jak również wyprowadzenie pojazdu z powrotem na drogę, w miarę równoległe do krawędzi jezdni.

Podkreślił, że wbrew czynionym przez Odwołującego zarzutom Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący podmioty realizujące zadania o szerszym zakresie. Warunki zostały bowiem określone proporcjonalnie do zakresu przedmiotowego zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca ramach zadania o szerszym zakresie świadczył przedmiotową usługę w minimalnym zakresie określonym przez Zamawiającego w SIWZ, to nic nie stoi na przeszkodzie złożeniu oferty w postępowaniu.

W tym względzie wykonawca winien posiadać doświadczenie w realizacji w ciągu ostatnich 5 lat, 2 zadań obejmujących remont lub montaż nowych barier ochronnych na drogach minimum klasy „G” na łącznej długości co najmniej 3 tys. metrów. Aby najdobitniej oddać proporcjonalność tego wymogu należy wskazać, że szacunkowa długość barier objęta utrzymaniem i konserwacją w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi odpowiednio dla: Zadania I - 391 tys. metrów. Zadania II - 232 tys. metrów. Zadania III - 129 tys. metrów. Zadania IV - 457 tys. metrów. Określony przez Zamawiającego wymóg doświadczenia stanowi zatem promil w stosunku do zakresu usługi będącej przedmiotem zamówienia. Jaskrawość stosunku zakresu wymaganego doświadczenia i zakresu przedmiotu umowy, stanowi o oczywistej bezzasadności czynionego przez Odwołującego zarzutu.

Wymogi dotycząc kwalifikacji zawodowych oraz wymaganego doświadczenia pracowników na poszczególnych stanowiskach są adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia, jego wartości, charakterystyki i stopnia złożoności. Warunki te mają na celu wybór wykonawcy, który zapewni prawidłową realizację i terminowość wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, a także bezpieczeństwo użytkowników ruchu drogowego. Podkreślić należy, że następstwem realizowania usługi przez niewykwalifikowany personel są nieprawidłowości w montażu barier wynikające najczęściej z niewłaściwego montażu prowadnic, nie dokręceniu śrub, złej regulacji naprężenia lin stalowych, których konsekwencją są tragiczne skutki wypadków drogowych. Dlatego też istotne jest realizowanie usługi przez wykwalifikowanych pracowników, dysponujących doświadczeniem w realizacji tego typu usług. Postawiony wymóg rocznego doświadczenia w stosunku kierownika prac i majstra jest zatem proporcjonalny do charakteru i doniosłości świadczonych usług.

W świetle powyższego, twierdzenie Odwołującego, że z jego doświadczenia stawianie takiego wymogu „nie jest konieczne i ekonomicznie uzasadnione” potwierdza wyłącznie, że obca jest mu specyfika realizacji przedmiotowej usługi, uniemożliwiająca prawidłową realizację przedmiotu umowy.

Podkreślił, że Zamawiający nie wymaga wykazania się dysponowaniem już w momencie składania oferty określonym potencjałem technicznym. Zgodnie z ppkt 7.2.3) lit. c „Potencjał techniczny” (cytowanym również przez Odwołującego w odwołaniu - s.13, 4 akapit) *Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji dla każdej części, na która składa ofertę następujące narzędzia i urządzenia techniczne (...)*. Klarowność i niesporność interpretacyjna powyższego postanowienia, w kontekście czynionego zarzutu, poddaje w wątpliwość stopień zrozumienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu przetargowym. To niewątpliwie przekłada się na jakość i oczywistą bezzasadność czynionych w odwołaniu zarzutów.

W świetle powyższego nie sposób w ogóle wywodzić o nieproporcjonalności warunków zamówienia. Minimalne warunki udziału wykonawców w niniejszym postępowaniu przetargowym są bowiem adekwatne do przedmiotu zamówienia i niezbędne do zapewnienia właściwego poziomu świadczonych usług, rozumianego przez pryzmat życia i zdrowia uczestników ruchu drogowego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących ograniczenia wykonawców w możliwości składania ofert na wszystkie części zamówienia podał, że zgodnie z treścią art. 36aa ust. 1 pzp *zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia (art. 36aa ust.2 Pzp)*. Art. 36aa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części, lecz statuuje po jego stronie uprawnienie, co w sposób oczywisty odpowiada uzasadnionym potrzebom zamawiającego. Zasadność podziału zamówienia na części lub jego brak, a w konsekwencji ewentualne ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia i naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp, powinna być zatem oceniana w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 09.02.2017 r. KIO 164/17), a nie względem subiektywnych przeświadczeń Odwołującego.

Stosownie do treści powyższych przepisów Zamawiający podzielił zamówienie na 4 części, określając jednocześnie, że każdy wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na

dwie części. Poza sporem pozostaje, że działania Zamawiającego odpowiadają treści przywołanych powyżej przepisów Pzp.

Jeżeli zatem Zamawiający w sposób odpowiadający treści art. 36aa Pzp dokonał podziału zamówienia na części, a przy tym określił maksymalną liczbę ofert, którą może złożyć jeden wykonawca, to brak jest podstaw do wywodzenia środka ochrony prawnej w tym zakresie. W warunkach niniejszej sprawy nie sposób bowiem w ogóle wywodzić o czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego. Abstrahując jednak od powyższego, podkreślić należy, że celem podziału zamówienia na części i ograniczenia składania ofert przez Zamawiającego było zwiększenie konkurencyjności postępowania oraz troska o właściwą realizację przedmiotu umowy.

Oczywistym jest bowiem, że poprzez ograniczenie złożenia ofert do 2 części zwiększona została konkurencyjność postępowania poprzez zwiększenie szans dla różnych Wykonawców na uzyskanie poszczególnych części zamówienia. Co więcej, art. 36aa Pzp legitymujący przedmiotowe ograniczenie składania ofert, został wprowadzony właśnie po to aby zwiększać konkurencyjność postępowań przetargowych. Z tego też względu zupełnie niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego o niekonkurencyjności przedmiotowego postępowania, na skutek wprowadzonych ograniczeń przez Zamawiającego.

Poza tym, konieczność ograniczenia możliwości składania ofert determinowana jest również dużym obszarem świadczenia usług, dużą ilością zleceń oraz ich zakresem. Co zatem istotne, w ocenie Zamawiającego żaden wykonawca nie jest w stanie jednocześnie wykonywać wszystkich części zamówienia bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług. W tym względzie ograniczenie możliwości składania ofert umożliwia uzyskanie zamówienia częściowego różnym wykonawcom, co w konsekwencji gwarantuje realizowanie przedmiotu zamówienia jako całości w sposób prawidłowy, bez opóźnień w terminach realizacji poszczególnych zleceń. Ma to szczególne znaczenie w kontekście doniosłych potrzeb zagwarantowania bezpieczeństwa uczestnikom ruchu drogowego.

Podkreślił, że Odwołujący żąda takiego ukształtowania warunków postępowania, aby nie mając właściwego doświadczenia mógł nie tylko wziąć udział w postępowaniu, lecz również uzyskać wszystkie części zamówienia, nawet kosztem obniżenia jakości świadczonych usług na rzecz Zamawiającego.

**Odwołanie KIO 1994/19** na „*Utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego, w tym aktywnego, na drogach krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania*”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW” Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 7.2.3), lit. a: „Wykonawcy”) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu, jako że obecna treść warunku stawia w uprzywilejowanej pozycji podmioty specjalizujące się w wykonywaniu zadań polegających wyłącznie na utrzymaniu znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD, mimo że adekwatne do prawidłowej realizacji zamówienia zdolność i doświadczenie posiadają również podmioty wykonujące zadania o większej skali, obejmujące swym zakresem m.in. prace polegające na utrzymaniu znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD,

II. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 7.2.3), lit. b: „Osoby”), jako że z obecnej treści warunku wynika - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu - wymóg wykazania się dysponowaniem potencjałem osobowym o wyspecjalizowanym doświadczeniu, które nie jest niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (wymóg dotyczący kierownika prac ds. aktywnych urządzeń BRD, elektryka; kierownika prac ds. znaków pionowych i urządzeń BRD),

III. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (Tom I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt 7.2.3), lit. c: „Potencjał techniczny”), jako że z obecnej treści warunku wynika - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu - wymóg wykazania się dysponowaniem, już w momencie składania oferty, potencjałem technicznym w bardzo szerokim zakresie, którego wymaganie mogłoby być uzasadnione dopiero na etapie wykonania umowy (wymóg dotyczący sprzętu diagnostycznego - przyrządu do badania odbłaskowości folii oraz przyrządu do pomiaru natężenia światła),

IV. art. 36aa ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie tylko dwóch części, na które wykonawca może złożyć ofertę, co bezzasadnie ograniczyło konkurencję,

V. art. 36aa ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie,

Uzasadniając zarzut pierwszy Odwołujący podniósł, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców określony w Tomie I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI” Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)” pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 7.2.3), lit. a: „Wykonawcy”-jest nieproporcjonalny, ogranicza konkurencję w postępowaniu oraz jest nieadekwatny w stosunku przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu - Zamawiający określił warunki udziału tworząc trzy grupy szczegółowych „podwarunków”, które oceniane całościowo - eliminują wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia — ze szkodą nie tylko dla tych wykonawców, lecz również dla Zamawiającego.

Pierwsza grupa „podwarunków” dotycząca zdolności technicznej lub zawodowej wynika z postanowienia ppkt 7.2.3, lit. a „Wykonawcy”:

*Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie przynajmniej:*

a) *Dwóch zadań polegających na wykonywaniu przez okres minimum 6 miesięcy naprawy lub konserwacji aktywnych urządzeń BRD, wykonanych w ramach stałej organizacji ruchu, zasilanych z baterii słonecznych lub sieci energetycznej o ilości znaków minimum 100 szt. w każdym zadaniu oraz punktów zasilających posiadających zasilanie solarne w ilości minimum 15 sztuk w każdym zadaniu,*

*oraz*

b) *Dwóch zadań polegających na wykonywaniu przez okres minimum 12 miesięcy utrzymania lub konserwacji lub instalacji znaków pionowych w ramach wdrożenia zmian w stałej organizacji ruchu o ilości minimum 1000 szt. w każdym zadaniu.*

Wskazał, że przedmiotowy warunek praktycznie wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy byliby zdolni do jego wykonania. Stawia on w uprzywilejowanej pozycji podmioty specjalizujące się w wykonywaniu zadań polegających wyłącznie na utrzymaniu znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD, mimo że odpowiednie zdolność i doświadczenie posiadają również podmioty wykonujące zadania o większej skali, obejmujące swym zakresem m.in. prace polegające na utrzymaniu znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD.

Warunek w obecnym kształcie jest zbyt szczegółowy w zakresie w jakim określono tam konieczność wykazania się doświadczeniem w realizacji poszczególnych czynności o określonym wolumenie (np. konieczność wykazania się realizacją zadań polegających na utrzymaniu lub konserwacji lub instalacji znaków pionowych o ilości minimum 1 000 sztuk w dwóch zadaniach). W połączeniu z koniecznością wykazania się łącznym doświadczeniem w

realizacji zadań polegających na naprawie lub konserwacji aktywnych urządzeń BRD (poprzez zastosowanie w treści warunku spójnika „oraz”) - prowadzi to do sytuacji, gdzie wykluczone jest wzięcie udziału w postępowaniu przez podmiot posiadający nawet doświadczenie w wykonywaniu wszystkich wymienionych w treści warunku zadań, lecz o mniejszym wolumenie.

Przykładowo wykluczony jest więc udział wykonawcy, który realizował w przeszłości wszystkie czynności, o których mowa w lit. a) - b) treści warunku, lecz w ramach tych zadań wykonał konserwacje jedynie 750 znaków pionowych. Przy obecnym kształcie warunku udział takiego wykonawcy będzie wykluczony, mimo że jego wiedza, doświadczenie i potencjał techniczny de facto pozwalają mu na zrealizowanie zadania w pełnym zakresie, w tym także w zakresie konserwacji znaków pionowych.

Tymczasem dopuszczenie przez Zamawiającego by warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia mógłby być spełniony również w razie wykazania się przez wykonawcę *realizacją jednego zadania polegającego na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi klasy minimum G lub utrzymaniu wyposażenia technicznego drogi, oznakowania pionowego, w tym aktywnego, i słupków prowadzących oraz oznakowania poziomego - na drogach klasy co najmniej G* - doprowadziłoby do rozszerzenia konkurencji w postępowaniu poprzez dopuszczanie do udziału w postępowaniu podmiotów posiadających doświadczenie w wykonywaniu zadania o większej skali, obejmujących swym zakresem m.in. prace polegające na utrzymaniu znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD. Taka zmiana SIWZ umożliwiłaby także Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu kolejnego zarzutu dotyczącego posiadania odpowiedniego potencjału osobowego wykonawca podał, że zgodnie z treścią warunku wykonawca, na każdą część, na którą składa ofertę, musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. W warunku wymieniono następujące osoby:

- kierownik prac ds. aktywnych urządzeń BRD
- elektryk;
- kierownik prac ds. znaków pionowych i urządzeń BRD.

Dodatkowo w odniesieniu do każdej z ww. osób sformułowano dodatkowe wymagania odnośnie pełnienia funkcji - np. w przypadku kierownika prac ds. aktywnych urządzeń BRD „doświadczenie - w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert min. 2 lata przy instalacji lub konserwacji urządzeń aktywnych BRD jako Kierownik prac" oraz „wykształcenie wyższe elektroniczne lub elektryczne".



Powoduje to np., że dysponowanie osobą, która ma doświadczenie faktyczne przy wykonywaniu przedmiotowych usług, ale w innym charakterze (np. po prostu jako kierownik prac) lub ma inne wykształcenie - nie potwierdza warunku udziału. Podkreślił, że wymóg dysponowania powyższymi osobami jest nieadekwatny w związku z okolicznością, że dla wykonania zamówienia nie jest w ogóle potrzebna kadra wyspecjalizowana wyłącznie w realizacji zadań utrzymania oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i barier drogowych. Ograniczenie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w zakresie dysponowania osobami do wymogu posiadania tylko kierownika prac, legitymującego się minimalnie 2-letnim doświadczeniem jako kierownik utrzymania lub jako kierownik utrzymania oznakowania i urządzeń BRD - doprowadziłoby do poszerzenia konkurencji w postępowaniu oraz do urealnienia związku treści warunku z przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu dotyczącego wykazania posiadania potencjału technicznego w zakresie sprzętu podniósł, że Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia **dla każdej części**, na którą składa ofertę, następujące narzędzia i urządzenia techniczne:

- sprzęt diagnostyczny - przyrząd do badania odbłaskowości folii,
- przyczepka sygnalizacyjna z oznakowaniem U-26 lub analogiczne oznakowanie montowane na pojeździe,
- przyrząd do pomiaru natężenia światła.

Jest to sprzęt bardzo szeroki zakresowo. W praktyce - wymaganie w zakresie należytego wykonania umowy powinno powstać na etapie wykonania zamówienia. W niniejszym przypadku nieproporcjonalna jest konieczność dysponowania tak szerokim zakresem sprzętu już na etapie składania ofert i potwierdzania warunków udziału w postępowaniu. Powstaje pytanie - jeśli nawet wykonawca nie posiada jednego elementu - np. sprzętu diagnostycznego - przyrządu do badania odbłaskowości folii - to czy oznacza to, że nie jest on w stanie wykonać zamówienia. W niniejszym przypadku - warunki udziału zaczynają „zastępować” umowę o udzielenie zamówienia publicznego, które określa zakres zobowiązania i gwarantuje należyte wykonanie.

Ponadto - Zamawiający dodał jeszcze jedno ograniczenie :

*„Uwaga: W przypadku składania ofert na dwie części zamawiający dopuszcza dysponowanie przez wykonawcę tym samym sprzętem jedynie w zakresie poz. 1, 3.*

Oznacza to, że Zamawiający poprzez warunki udziału w postępowaniu próbuje kształtować sposób wykonania zamówienia, pomimo, że właściwym do tego dokumentem jest umowa i opis przedmiotu zamówienia.

W ocenie Wykonawcy Zamawiający pomieszał sens i instytucję warunków udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu - mają

dawać podstawę do stwierdzenia, że dany podmiot będzie w stanie wykonać zamówienie, natomiast nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Powstaje pytanie - czy jeśli wnoszący niniejszy środek ochrony prawnej Odwołujący nie dysponuje osobiście jednym czy drugim sprzętem, ale wykonuje podobne zakresowo zamówienie - to dlaczego nie daje rękojmi należytego wykonania w zakresie tego zamówienia?

Wskazać należy, że treść warunku udziału wykracza poza zakres zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia (Tom III SIWZ: „Opis przedmiotu zamówienia, wraz z załącznikami”), który może być wykonywany przez Wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usług będących przedmiotem niniejszego postępowania.

Przedmiotowy warunek w obecnym kształcie wyklucza wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom legitymującym się doświadczeniem w realizacji przedsięwzięć nawet przewyższających skalą i poziomem skomplikowania zamówienie jakie ma być realizowane przez podmiot wybrany w niniejszym postępowaniu. Warunek w obecnym kształcie jest zbyt wygórowany i pozostaje oderwany od realiów rynkowych. Ograniczenie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w zakresie dysponowania sprzętem do wymogu posiadania tylko - przyczepki sygnalizacyjnej z oznakowaniem U-26 lub analogicznego oznakowania montowanego na pojeździe - doprowadziłoby do poszerzenia konkurencji w postępowaniu oraz do urealnienia związku treści warunku z przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasad podziału zamówienia na części i ograniczenia możliwości składania ofert tylko na max. dwie części zamówienia, Odwołujący przedstawił taką samą argumentację jak w odwołaniu KIO 1993/19, stąd Izba uznała brak zasadności ponownego przedstawiania tożsamego stanowiska w tym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca P.H.U. „PRIMA” B.G., Karwowo 8, 96-500 Sochaczew, który w przedstawionym stanowisku poparł argumentację Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie – podobnie jak w odpowiedzi na odwołanie o sygn. KIO 1993/19 wniósł o odrzucenie odwołania, bądź w razie nieuwzględnienia tego zarzutu o jego oddalenie. Argumentacja co do przesłanek odrzucenia odwołania jest taka sama jak przedstawiona w odwołaniu KIO 1993/19, tym samym za zbędne należy uznać ponowne jej przedstawianie.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego wymagania wykazania się odpowiednim doświadczeniem i potencjałem techniczno – osobowym Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym względzie podkreślenia wymaga kwestia, że przedmiotem zamówienia*

jest utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego, w tym oznakowania aktywnego. Oznakowanie drogowe jest podstawowym elementem składowym infrastruktury drogowej, który wpływa na poprawę bezpieczeństwa ruchu. Doświadczenie w wykonywaniu prac związanych z oznakowaniem pionowym stanowi fundament właściwego poziomu bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego. Odnosi się to szczególnie do znaków aktywnych, które są często zasilane z sieci elektrycznej, a ich prawidłowe podłączenie ma wpływ na pozostałe elementy infrastruktury drogowej, w tym m. in. Sygnalizację i oświetlenie drogowe.

Warto również podkreślić fakt, iż przy awariach aktywnych urządzeń bezpieczeństwa ruchu należy wykazać się dużą wiedzą z zakresu funkcjonowania tego typu urządzeń oraz doświadczeniem w celu sprawnego i szybkiego wykrycia usterek powodujących nieprawidłową pracę ww. urządzeń. Nie należy pomijać przy tym uwarunkowań ekonomicznych, wynikających ze znacznych kosztów instalacji nowych aktywnych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Z tego też względu istotne jest aby wykonawca realizował usługę bez uszczerbku dla istniejącej i funkcjonującej infrastruktury drogowej.

Wbrew zatem czynionym przez Odwołującego zarzutom:

a) Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący podmioty realizujące zadania o szerszym zakresie. Warunki zostały bowiem określone proporcjonalnie do zakresu przedmiotowego zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca ramach zadania o szerszym zakresie świadczył przedmiotową usługę w minimalnym zakresie określonym przez Zamawiającego w SIWZ, to nic nie stoi na przeszkodzie złożeniu oferty w postępowaniu.

W tym względzie Zamawiający określił wymóg realizacji co najmniej dwóch zadań polegających na:

- wykonywaniu przez okres minimum 6 miesięcy naprawy lub konserwacji znaków aktywnych (...) o ilości znaków minimum 100 szt. w każdym zadaniu oraz punktów zasilających posiadających zasilanie solarne w ilości minimum 15 sztuk w każdym zadaniu, oraz
- wykonywaniu przez okres minimum 12 miesięcy utrzymania lub konserwacji lub instalacji znaków pionowych w ramach wdrożenia zmian w stałej organizacji ruchu o ilości minimum 1000 szt. w zadaniu. Aby oddać proporcjonalność tego wymogu wskazał, że szacunkowa ilość kompletów znaków aktywnych objętych utrzymaniem i konserwacją w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi odpowiednio dla części I - 503 szt., części II - 189 szt., części III - 339 szt., część IV - 269 szt.;. Określony przez Zamawiającego wymóg doświadczenia jest zatem proporcjonalny w stosunku do zakresu usługi będącej przedmiotem zamówienia. Jaskrawość stosunku zakresu wymaganego doświadczenia i

zakresu przedmiotu umowy, stanowi o oczywistej bezzasadności czynionego przez Odwołującego zarzutu.

b) Wymogi dotycząc kwalifikacji zawodowych oraz wymaganego doświadczenia pracowników na poszczególnych stanowiskach są adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia, jego wartości, charakterystyki i stopnia złożoności. Warunki te mają na celu wybór wykonawcy, który zapewni prawidłową realizację i terminowość wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, a także bezpieczeństwo użytkowników ruchu drogowego. Istotne jest realizowanie usługi przez wykwalifikowanych pracowników, dysponujących doświadczeniem w realizacji tego typu usług. Poza tym określone wymogi wykształcenia wyższego elektrycznego lub elektronicznego (kierownik prac ds. aktywnych urządzeń brd) oraz uprawnienia SEP do 1kV (elektryk) wymagane jest z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa pracowników w trakcie wykonywanych działań, gdyż wszelkie prace związane z przepływem prądu wymagają odpowiednich kwalifikacji i wiedzy.

Postawiony wymóg doświadczenia jest zatem proporcjonalny do charakteru i doniosłości świadczonych usług.

W świetle powyższego, twierdzenie Odwołującego, że z jego doświadczenia stawianie takiego wymogu „nie jest konieczne i ekonomicznie uzasadnione” potwierdza wyłącznie, że obca jest mu specyfika realizacji przedmiotowej usługi, uniemożliwiająca prawidłową realizację przedmiotu umowy.

c) Zamawiający nie wymaga wykazania się dysponowaniem już w momencie składania oferty określonym potencjałem technicznym. Zgodnie z ppkt 7.2.3) lit. c „Potencjał techniczny” (cytowanym również przez Odwołującego w odwołaniu - s.13, 4 akapit) *Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji dla każdej części, na która składa ofertę następujące narzędzia i urządzenia techniczne (...)*. Klarowność i niesporność interpretacyjna powyższego postanowienia, w kontekście czynionego zarzutu, poddaje w wątpliwość stopień zrozumienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu przetargowym. To niewątpliwie przekłada się na jakość i oczywistą bezzasadność czynionych w odwołaniu zarzutów.

W świetle powyższego nie sposób w ogóle wywodzić o nieproporcjonalności warunków zamówienia. Minimalne warunki udziału wykonawców w niniejszym postępowaniu przetargowym są bowiem adekwatne do przedmiotu zamówienia i niezbędne do zapewnienia właściwego poziomu świadczonych usług, rozumianego przez pryzmat życia i zdrowia uczestników ruchu drogowego.

W zakresie zarzutów dotyczący naruszenia art. art. 36aa ust. 1 oraz ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przedstawił argumentację jak w odpowiedzi na odwołanie o sygn. KIO 1993/19. Tym samym Izba uznała brak potrzeby ponownej jej prezentacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca GZD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Lipowa 49a, 11-042 Jonkowo, którego przedstawiciel nie stawiał się na posiedzenie/rozprawę przed KIO. W treści wniesionego przystąpienia podniósł argumenty zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego **po stronie** Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca J.D. Inżynieria Ruchu Dominik J.G. 7b 05-225 Dąbrówka. Izba na zarzut Odwołującego, iż wykonawca ten nie przesłał Odwołującemu kopii przystąpienia, stwierdziła w oparciu o dokumentację postępowania nieprawidłowość przystąpienia do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołane o sygn. KIO 1993/19 co do jednego z podniesionych w nim zarzutów jest zasadne i dlatego podlega uwzględnieniu. Natomiast odwołanie o sygn. KIO 1994/19 podlega oddaleniu w całości.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie należy odnieść się do stanowiska Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie obu odwołań, z tego powodu iż Odwołujący nie wykazał interesu o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp w ich wniesieniu. Izba powyższy zarzut/wniosek oddaliła.

Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą zarówno KIO jak i sądów okręgowych interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, lecz po przeprowadzeniu postępowanie odwoławczego odwołanie zostaje oddalone. W przypadku braku wykazania interesu należy uznać, że podmiot wnoszący odwołanie nie posiada legitymacji czynnej do jego wniesienia (por. Wyrok SO w W-wie z 30 maja 2018 r sygn. akt XXIII Ga2057/17). Ocena istnienia lub braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia następuje na moment wniesienia odwołania – w przeciwieństwie do przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, której spełnienie podlega ocenie na moment wyrokowania (wyrok KIO 829/18 z dnia 17 maja 2018r.; KIO z dnia 6 września 2018 r. 1652/18 roku).

Izba nadto wskazuje, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne

postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty- zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu(zob. wyrok z 8 maja 2013 r., KIO 915/13). Również na tym etapie postępowania nie podlega ocenie czy wykonawca jest w stanie spełnić postawione warunki udziału w postępowaniu. Zauważyć należy, że wykonawca może złożyć ofertę samodzielnie, w ramach konsorcjum, czy też przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego. Podstawy do odrzucenia odwołania zostały wskazane w art. 189 ust.2 Pzp. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp takiej podstawy nie statuuje.

Przed merytorycznym uzasadnieniem stanowiska Izby w przedmiotowych odwołaniach wskazać należy także na podstawową okoliczność mającą znaczenie przy ocenie zasadności zarzutów odwołania od treści postanowień SIWZ. Otóż sama okoliczność, że sformułowanie postanowień co do spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu, czy opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, czy też naruszenia art. 29 ust.2 Pzp. Okolicznością bezsporną jest fakt, że istotny wpływ na uwzględnienie odwołania/zarzutów dotyczącego treści SIWZ mają sformułowane przez Odwołującego żądania. Izba ocenia zasadność podniesionego zarzutu przez pryzmat sformułowanych żądań. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje nowe zapisy SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a równocześnie umożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu. Izba stwierdza, że to obowiązkiem Odwołującego, a nie rolą Izby jest sprecyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających. Izba nie może za odwołującego formułować treści oczekiwanej przez niego zmiany postanowień SIWZ, gdyż mogło by to doprowadzić do sytuacji, iż pomimo zmiany (obniżenia przez Izbę) wymagań Zamawiającego to Odwołujący nadal nie spełniałby postawionych wymagań i nie mógłby złożyć oferty. Tym samym takie orzeczenie nie powodowałoby wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Nadto podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie

wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają uzasadnione potrzeby w celu wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ust.1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO 333/10).

### **Odwołanie KIO 1993/19**

Odnosząc się do zarzutu pierwszego odwołania dotyczącego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, że Zamawiający w zakresie wymogu doświadczenia oczekuje wykazaniem się przez składającego ofertę wykonawcę, aby legitymował się *„doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, przynajmniej dwóch zadań obejmujących remont istniejących lub ustawienie nowych drogowych barier ochronnych na drogach klasy min. G, o łącznej długości minimum 3 000 m”*. Żądanie Odwołującego polega na tym aby wykreślić z powyższego wymagania określenie *„o łącznej długości minimum 3000 m”*. Izba uznała zasadność tego żądania i nakazała Zamawiającemu sformułowanie powyższego warunku, jako „lub jednego zadania polegającego na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi min. klasy G zawierającego utrzymanie drogowych barier ochronnych”. Izba nie uznała za przekonującą argumentację Zamawiającego, że tylko wykonanie remontu lub ustawienie nowych drogowych barier ochronnych o długości minimum 3000 mb. daje wykonawcy doświadczenie w wykonywaniu takich robót. Ponadto podkreślić należy, że do napraw czy wymiany nie są przewidziane wszystkie bariery ochronne znajdujące się na obszarze danego zadania, lecz jest to wielkość około 9 tys. mb., a więc postawiono warunek wykazania się doświadczeniem w ilości ok. 1/3 ilości barier które mogą być przeznaczone do remontu lub wymiany. Izba uznała, że niewątpliwym jest, iż wykonywanie robót dotyczących barier ochronnych, czy to metalowych czy linowych jest wykonywaniem takich samych powtarzalnych czynności. Tym samym wymóg wykazania się wykonaniem takich robót na długości min. 3 km w dwóch zadaniach uznać należało za wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do potrzeby uzyskania doświadczenia w wykonywaniu danych robót, a to w rzeczywistości ograniczało krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w tym postępowaniu, a więc naruszało art. 7 ust.1 Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i w odpowiedzi na pytanie Izby nie był w stanie wykazać dlaczego uznał, iż wykonanie remontu czy budowy barier ochronnych na takiej długości jest niezbędne dla nabycia odpowiedniego doświadczenia umożliwiającego wykonawcy prawidłowe wykonanie zamówienia.

Izba uznała, że powtarzalność wykonywanych czynności w przedmiotowym zakresie daje wykonawcy doświadczenie już przy wykonaniu jednego zadania polegającego na

całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi min. klasy G zawierającego utrzymanie drogowych barier ochronnych.

W zakresie kolejnego warunku dotyczącego dysponowania personelem o odpowiednich kwalifikacjach, Izba przedmiotowy zarzut oddaliła. Odwołujący wnosił, aby dokonać wykreślenia z wymogu dysponowaniem osoba będącym majstrem w zakresie budowy i remontu barier ochronnych. Izba uznała za przekonujące stanowisko Zamawiającego odnoszące się do wymogu z pkt 7.2.3 a) SIWZ gdzie określono wymóg dysponowania osobą mającą doświadczenie w zakresie remontu lub montażu barier, iż chodzi tutaj o kwestię doświadczenia osoby, a nie nazewnictwa stanowiska jakie pełni dana osoba w firmie wykonawcy. Nadto Izba nie uwzględniając zasadności zarzutu i żądania miała na względzie także fakt, iż trudno uznać, że wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia jeśli nie dysponuje chociażby jedną osobą majstra lub monter, która posiada co najmniej roczne doświadczenie w remoncie czy montażu barier ochronnych.

W kolejnym zarzucie dotyczących nadmiernych wymagań w zakresie potencjału technicznego dotyczącego wykazania się dysponowaniem pięcioma urządzeniami technicznymi, Izba oddaliła ten zarzut. Dokonując analizy postawionych w tym zakresie wymagań, stwierdzić należy, że Zamawiający wymaga złożenia oświadczenia o dysponowaniu po 1 szt.: wiertnicą do wykonywania otworów w nawierzchni drogi, zestawu do szybkiego wrywania i wbijania słupków w grunt, zagęszczarki gruntu, urządzenia do sprawdzania naprężenia lin barier linowych oraz przyczepkę sygnalizacyjną. Powyższe wymaganie nie można uznać za nadmierne, a ponadto nie można uznać za prawidłową sytuację jakiej oczekuje Odwołujący, że dopiero po podpisaniu umowy wykonawca będzie poszukiwał i zabiegał o pozyskanie tego sprzętu (oprócz przyczepki sygnalizacyjnej). Nadto wskazać należy iż z analizy dostępnych w Internecie cen tego typu urządzeń nie jest to sprzęt przesadnie drogi, np. zagęszczarkę do gruntu w zależności od wagi można nabyć za kwotę od 2 – 5 tys. złotych. Podobnie jak w zarzucie ww. stwierdzić należy, że trudno uznać za racjonalną sytuację, kiedy wykonawca zamierzający podjąć się wykonywania zamówienia za kilka milionów złotych nie dysponuje takim sprzętem - czy to własnym czy też udostępnionym przedmiot trzeci. Podkreślić jeszcze raz należy, że wykonawca w tym zakresie składa Zamawiającemu tylko oświadczenie o dysponowaniu takim sprzętem. Tym samym brak jest podstaw do wywodzenia, że tak postawiony warunek ogranicza konkurencję, czy też uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty.

W nawiązaniu do powyższych zarzutów i żądań Odwołującego, a w szczególności jego oczekiwania, iż w postępowaniu może wziąć udział podmiot nie dysponujący na moment składania ofert, ani odpowiednimi osobami, ani niezbędnym sprzętem Izba uznaje, że brak wykazania w minimalnym ale niezbędnym zakresie, spełniania kryteriów



podmiotowych powoduje sytuację, że taki wykonawca nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego.

Druga grupa zarzutów odwołania dotyczy naruszenia przez Zamawiającego zasad podziału zamówienia na części i ustalenia, że jeden wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na dwie części zamówienia. Odwołujący wskazywał po pierwsze na niezasadność takiego ograniczenia, a nadto wnosił o ustalenie zasad jak Zamawiający winien dokonać ustalenia części na które zamówienie zostanie udzielone w przypadku dopuszczenia przez Izbę możliwości złożenia oferty na całość zamówienia. Podkreślić należy, że co do zasady nie ma ustanowionego ogólnego nakazu podziału zamówienia na części. Mamy jednak art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, który wskazuje co powinno m.in. znaleźć się w treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający w treści protokołu postępowania zobowiązany jest do podania uzasadnienia jeśli nie dokonał podziału zamówienia na części

Zamawiający podzielił zamówienie na 4 części, określając jednocześnie, że każdy wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na dwie części. Równocześnie ustalił, że wykonawca może złożyć ofertę max. na dwie części zamówienia. Takie działanie Zamawiającego jest zgodne z przepisem art. 36aa ust.1 Pzp.

Zamawiający może ograniczyć liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji.

W przedmiotowym postępowaniu takie ustalenie Zamawiający zawarł w SIWZ i tym samym brak jest podstaw do wywodzenia podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy.

Nadto Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, iż możliwość złożenia przez jednego wykonawcę oferty na wszystkie części zamówienia biorąc pod uwagę jego przedmiot – realizację zadania na odcinku dziesiątków kilometrów, może prowadzić do jego niewłaściwego wykonywania, gdyż żaden wykonawca nie jest w stanie na tak dużej przestrzeni jednocześnie reagować na powstałe zdarzenia i tym samym wykonywać wszystkie części zamówienia bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług.

### **Odwołanie KIO 1994/19**

W zakresie grupy zarzutów dotyczących postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zakwestionował zasadność ich postawienia w takim wymiarze stwierdzając, że są one nadwymiarowe, nieproporcjonalne do przedmiotu

zamówienia, a to umożliwia złożenie ofert tylko wykonawcom, którzy dotychczas świadczyli specjalistyczne usługi w tym zakresie dla Zamawiającego. Podkreślił, że obecna treść warunku stawia w uprzywilejowanej pozycji podmioty świadczące usługi w zakresie utrzymania w sprawności znaków pionowych i aktywnych urządzeń BRD.

W zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia Zamawiający ustalił w Tomie I SIWZ: „INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW”, Rozdział I: „Instrukcja dla Wykonawców (IDW)”, pkt 7: „Warunki udziału w postępowaniu”, ppkt7.2.3., lit. a:, że *wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie przynajmniej:*

a) *Dwóch zadań polegających na wykonywaniu przez okres minimum 6 miesięcy naprawy lub konserwacji aktywnych urządzeń BRD, wykonanych w ramach stałej organizacji ruchu, zasilanych z baterii słonecznych lub sieci energetycznej o ilości znaków minimum 100 szt. w każdym zadaniu oraz punktów zasilających posiadających zasilanie solarne w ilości minimum 15 sztuk w każdym zadaniu,*

**oraz**

b) *Dwóch zadań polegających na wykonywaniu przez okres minimum 12 miesięcy utrzymania lub konserwacji lub instalacji znaków pionowych w ramach wdrożenia zmian w stałej organizacji ruchu o ilości minimum 1000 szt. w każdym zadaniu.*

Odwołujący natomiast postawił żądanie, aby do powyższych wymagań dodać kolejną możliwość spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia i do udziału w postępowaniu winien zostać dopuszczony także wykonawca, który wykonał:

*„Jedno zadanie polegające na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi klasy minimum G lub utrzymaniu wyposażenia technicznego drogi, oznakowania pionowego, w tym aktywnego, i słupków prowadzących oraz oznakowania poziomego — na drogach klasy co najmniej G”.*

Oceniając powyższy warunek Izba uznała, że Odwołujący po części ma rację kwestionując potrzebę wykazania się instalacją lub konserwacją, aż 1000 szt. znaków drogowych czy podanego wolumenu urządzeń BRD, aby uzyskać niezbędną wiedzę i doświadczenie. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest fakt, że prace jakie należy podjąć w tym zakresie, przy realizacji zamówienia są czynnościami powtarzającymi się i wykonanie mniejszej ilości powyższych napraw czy konserwacji daje na pewno wykonawcy odpowiednie doświadczenie. Jednakże Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu. Jako przyczynę takiego rozstrzygnięcia- jak wskazano na wstępie przedmiotowego uzasadnienia, jest fakt, że ocena zasadności zarzutu jest dokonywana przez pryzmat postawionego żądania. Tym samym należało wprost odnieść treść warunku do treści żądania. Zamawiający oczekuje, aby ofertę złożył wykonawca mający doświadczenie w „konserwacji lub instalacji znaków

*pionowych w ramach wdrożenia zmian w stałej organizacji ruchu, a także wykonywał naprawy lub konserwację aktywnych urządzeń BRD, wykonanych w ramach stałej organizacji ruchu, zasilanych z baterii słonecznych lub sieci energetycznej*". Natomiast w postawionym żądaniu zdaniem Odwołującego wystarczające jest np. tylko wykonanie zadania „*polegającego na całorocznym kompleksowym utrzymaniu drogi klasy minimum G, lub ...*” Powyższe żądanie zmierza do postawienia warunek udziału w postępowaniu na tak niskim poziomie, że zdaniem Izby wykonawca który spełnia tylko taki warunek nie daje żadnej rękojmi należytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że zadania objęte przedmiotem zamówienia dotyczą utrzymania i konserwacji dróg i urządzeń na drogach krajowych, w tym ekspresowych i autostrad.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie Dz.U.2016.0.124 t.j. - drogi klasy G są to także drogi powiatowe i gminne, a więc takie, których utrzymanie nie daje zdaniem Izby, możliwości nabycia doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym biorąc pod uwagę rodzaj dróg których dotyczy to zamówienie w korelacji z postawionym żądaniem, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie doprecyzował wymagania wobec wykonawców. Odwołujący kwestionował wymagany poziom doświadczenia co do ilości wykonanych napraw i konserwacji urządzeń BRD i znaków drogowych, jednakże na pytanie Izby nie potrafił doprecyzować o jakie konkretnie liczbowo zmniejszenie wolumenu wykazywanych robót wnosi i jakie zmniejszenie ilości wykonanych robót uważa za umożliwiający złożenie mu oferty. Natomiast sprecyzował żądanie w którym postawione w warunku roboty faktycznie nie występują. Tym samym Izba oceniając oczekiwania Odwołującego przez pryzmat postawionego żądania przedmiotowy zarzut oddaliła.

W zakresie zarzutu wobec postawionego wymogu wykazania się odpowiednim personelem Izba uznała tak jak w odwołaniu o sygn. KIO 1993/19 iż zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego podanym na rozprawie nie jest istotne wykazanie się dysponowaniem personelem o określonych z nazwy stanowiskach, lecz osobami mającymi wymagane doświadczenie z branży której dotyczy zamówienie. Postawione wymagania nie mogą być zdaniem Izby uznane za nieproporcjonalne i nadwymiarowe.

Nadto zwrócić należy uwagę na argumentację Odwołującego, że firmy wykonujące takie zadania nie dysponują tak specjalistycznym personelem, lecz wykonanie tych usług zlecają podmiotom zewnętrznym. Biorąc to pod uwagę Izba stwierdza, że nie zostały wykazane przez Odwołującego przeszkody, aby wykonawcy wskazali w zakresie tego warunku podwykonawców na zasobach których będą polegali, aby spełnić przedmiotowy wymóg.

Podobną argumentację - jak w odwołaniu KIO 1993/19 dotyczącą wymogu wykazania się potencjałem technicznym Izba przywołuje w tym odwołaniu. Wymaganie postawione w

tym zakresie w SIWZ polegające na tym, aby wykonawca oświadczył, że będzie dysponował (ze wskazaniem podstawy dysponowania) przyrządem do badania odbłaskowości folii i przyrządem do pomiaru natężenia światła nie są wymaganiami nadmiernymi. Trudno racjonalnie zakładać, że wykonawca składając ofertę, bez posiadania wiedzy w jaki sposób pozyska do wykonywania przedmiotowego zamówienia ww. urządzenia, będzie w stanie je prawidłowo wykonać. Tym samym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przepisów Pzp co do możliwości podziału zamówienia na części i ograniczenia wykonawcom, możliwości złożenia oferty na max. 2 części, Izba w całości przywołuje jako adekwatne w tym stanie faktycznym, argumentację podaną do takich samych zarzutów w odwołaniu o sygn. KIO 1993/19. Izba powyższe zarzuty oddaliła.

W zakresie kosztów postępowania Izba w sprawie KIO 1993/19 częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Biorąc pod uwagę wynik, kosztami postępowania obciążono zamawiającego w 1/4 (jeden zarzut dotyczący warunku doświadczenia uwzględniony w każdej sprawie) i odwołującego w części 3/4 (trzy zarzuty dotyczące warunku personelu, warunku sprzętu i podziału zamówienia na części oddalone w każdej sprawie). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 1.800 zł (odwołujący złożył jedną fakturę dla obu postępowań odwoławczych), zatem łącznie 15.400 zł. Odwołujący w sprawie tej poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.800 tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.550 zł ( $15.400 \text{ zł} \times 0,75 = 11.550$ ). Natomiast zamawiający w sprawie tej poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3.850 zł ( $15.400 \times 0,25 = 3.850$ ). Wobec powyższego w postępowaniu odwoławczym KIO 1993/19 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 250 zł ( $11.800 - 11.550 = 250$ ), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....

Członkowie : .....

.....