

**Sygn. akt: KIO 2951/13**

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Województwo Małopolskie – Małopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Małopolskie – Małopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa prawego wału rzeki Wisły – Preciszów – Las – Dwory II w km 0+000 – 2+300, 2+500 – 6+400”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.12.2013 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2013/S 244-423724.

W dniu 23 grudnia 2013 r. Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołanie dotyczyło sformułowanego w Ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.1)1.2) oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) (pkt V.1.2) warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. wymogu, aby wykonawca wykazał, że *w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną (z załączeniem dowodów, określających, czy robota ta została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona lub potwierdzoną dokumentem, że ta robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona) wartość tej roboty nie mniejsza niż 6 000 000,00 (słownie: sześć milionów 00/100), w zakresie budowy, rozbudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych o długości co najmniej 3,0 kilometra, wykonanych z zastosowaniem skały płonnej,*

W ocenie odwołującego powyższe sformułowanie warunku naruszało przepisy art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do

nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany ww. warunku poprzez dopuszczenie wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych w zakresie budowy, rozbudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych o długości co najmniej 3,0 kilometra, wykonanych z zastosowaniem również innych materiałów niż skała płonna, a tym samym o zmianę postanowienia punktu III.2.1 ppkt 1.2.Ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu V ppkt 1.2 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *Warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną (z załączeniem dowodów, określających, czy robota ta została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona lub potwierdzoną dokumentem, że ta robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona wartość tej roboty nie mniejsza niż 6 000 000,00 (słownie: sześć milionów 00/100), w zakresie budowy, rozbudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych o długości co najmniej 3,0 kilometra.*

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in., że warunek sformułowany przez zamawiającego „[...] jest nadmierny, nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia z tej przyczyny, iż technologia wykonania wałów przeciwpowodziowych ze skały płonnej nie różni się niczym od technologii ich wykonania z innych materiałów. Mianowicie technologia robót jak i zasady rozbudowy wałów opisane w stanowiących Integralną część SIWZ; projekcie i specyfikacji technicznej (dalej: SST) w zakresie wymagań materiałowych oraz dotyczących odbioru robót związanych z rozbudową korpusu wałów w żaden sposób nie odbiegają od wymagań, jakie stawia się w przypadku zastosowania innego niż skała płonna materiału spełniającego wymagania do budowy wałów. Pogląd ten potwierdza także praktyka stosowana przez Zamawiającego, co wynika z porównania odpowiednich SST: dotyczących inwestycji objętej niniejszym postępowaniem oraz inwestycji pn. „Przebudowa wałów p. powodziowych rzeki Wisły w Krakowie wraz z odwodnieniem zawala na odcinku od stopnia Dąbie do stopnia Przewóz - odcinek lewego wału rzeki Wisły wraz z wałami cofkowymi od stopnia Dąbie do mostu Wandy”, część 1 pn: # Rozbudowa lewego wału rzeki Wisły w km wału 81+703 - 87+260 (km rzeki 81+860 - 87+264) wraz z rozbudową wału cofkowego rzeki Wisły tj. prawego wału rzeki Białuchy w km wału 0+022 ~ 0\*712, miasto Kraków, woj. Małopolskie”, w której nie było wymogu stosowania skały płonnej, a realizowanej również na zlecenie Małopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w

Krakowie. W obu projektach Zamawiający, niezależnie od materiałów przeznaczonych do budowy wałów, definiuje roboty wg tych samych norm i przepisów. Są to:

1. PN-B-06050. Geotechnika. Roboty ziemne. Wymagania ogólne.
2. PN-B-12095. Urządzenia wodno-melioracyjne. Nasypy. Wymagania i badania przy odbiorze.
3. PN-B- 02480. Grunty budowlane. Określenia, symbole, podział i opis gruntów.
4. PN-S-04481. Grunty budowlane. Badanie próbek gruntu.
5. MOŚ, ZNiL:1994. Roboty ziemne, Warunki techniczne wykonania i odbioru.

Potwierdza to pogląd prezentowany przez Odwołującego, iż skała płonna jest materiałem równoważnym do kruszyw naturalnych, w związku z czym technologie i reżimy wykonywania nasypów hydrotechnicznych ze skały płonnej są identyczne jak technologie wbudowania innych materiałów przydatnych do budowy nasypów hydrotechnicznych. W obu wyżej wymienionych SST podano taki sam sprzęt do wykonania rozbudowy wałów, a mianowicie następujące, podstawowe, jednostki sprzętowe: walce gładkie, walce o kołkowane, walce ogumione, zagęszczarki wibracyjne, ubijaki.

Z tych przyczyn postanowienie, iż Wykonawcy muszą posiadać doświadczenie w zakresie budowy, rozbudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych o długości co najmniej 3,0 kilometra, wykonanych z zastosowaniem skały płonnej jest niczym nieuzasadnione i nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia. W konsekwencji zaś prowadzi do naruszającego uczciwa konkurencie ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje na komentarz do Prawa zamówień publicznych Małgorzaty Stachowiak (LEX): *„Precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania nie jest jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych”*

Należy dodać, iż w przetargach organizowanych przez Zamawiającego w samym 2013 r., w których postawiono warunek posiadania doświadczenia w wykonaniu wałów z wykorzystaniem skały płonnej oferty składał wąski i powtarzalny krąg wykonawców, w sytuacji, gdy w przetargach gdzie takiego - nieuzasadnionego - warunku nie było, krąg ten był kilkakrotnie większy.

Skanska SA jest Wykonawcą, który wykonał w ostatnich pięciu latach, jak i wykonuje obecnie ok. 50 kilometrów wałów przeciwpowodziowych, tak iż niewątpliwie posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne dla wykonania niniejszego zamówienia. Ustanowienie więc

warunku doświadczenia w oparciu tylko o budowę wałów ze skały płonnej z przyczyn podanych powyżej, zdaniem Odwołującego narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, gdyż eliminuje wykonawców, w tym Odwołującego, doświadczonych w budowie wałów, z innych materiałów niż skały płonna, z kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia oferty i dających rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. [...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przytoczono kwestionowany warunek udziału w postępowaniu – co zostało zreferowane powyżej.

Ponadto Izba ustaliła, iż według rozdz. III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” (str. 3 SIWZ) – przedmiot zamówienia obejmuje w tym przypadku „rozbudowę korpusu wału z zastosowaniem skały płonnej”.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 22 ust 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Według ust. 4 art. 22 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ust. 5, warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich

spełniania, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Opis warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, dokonywany w treści SIWZ, stanowi zestawienie cech podmiotowych wykonawcy, które zamawiający uznaje za niezbędne do wykonania jego zamówienia, a ich stawianie ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyłonienia wykonawcy gwarantującego bezproblemowe i zgodne z oczekiwaniami kontrahenta wykonanie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, a więc związane z nim i doń proporcjonalne – jak dekretuje przepis art. 22 ust. 4 Pzp.

W rozpatrywanym przypadku przedmiotem zamówienia jest rozbudowa wału przy pomocy materiału określanego jako „skała płonna”. Również treść kwestionowanego warunku referuje do doświadczenia w wykonywaniu wałów ze skały płonnej. Przy tego typu dosłownej zbieżności zakresu OPZ oraz treści warunku, ich proporcjonalność i związaną są oczywiste. Tym samym w świetle przepisów ustawy, takie sformułowanie warunku wydaje się dopuszczalne i uprawnione – służy weryfikacji doświadczenia w wykonywaniu robót takich, jak objęte niniejszym przedmiotem zamówienia.

Powyższą konstatację można jednak podważyć w sposób przyjmowany w odwołaniu. Mianowicie przez wykazanie, że doświadczenie w budowaniu wałów przy pomocy skały płonnej (odpadu przy produkcji kopalin, stosowanego i dopuszczanego do budowy wałów), nie jest w żadnym razie specyficzne i niczym nie różni się od doświadczenia w budowie wałów z innych materiałów, w szczególności z kruszyw naturalnych. W takim przypadku warunek byłby rzeczywiście nadmierny i nieuzasadniony specyfiką doświadczenia potrzebnego do prawidłowego wykonywania wałów ze skały płonnej. Nadmierne zawężenie wymaganego doświadczenia, nieuzasadnione ze względu na stopień trudności, który niesie wykonanie danego przedmiotu zamówienia (lub inne wymagania związane z jego wykonaniem) nie można uznać za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Warunek tego typu nie dawałby żadnych dodatkowych, realnych gwarancji wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i tym samym nadmiernie ograniczał krąg wykonawców, zdolnych do jego wykonania.

Jednakże orzeczenie powyższego byłoby możliwe jedynie w przypadku wykazania, że doświadczenie nabyte przy wykonywaniu wałów z innych materiałów niż skała płonna jest adekwatne do stosowania skały płonnej oraz w pełni daje się zastosować do wykorzystania tego budulca. Innymi słowy, przy

budowaniu ze skały płonnej (do jej wyboru, przechowywania, zabudowania na wale... etc.) nie byłaby potrzebna żadna specyficzna wiedza nabywana w drodze doświadczenia, której nie można uzyskać przy budowaniu z innych materiałów.

Ciężar udowodnienia tego typu okoliczności w niniejszym postępowaniu odwoławczym spoczywał na odwołującym. To wykonawca wywodził ze swojego twierdzenia o porównywalności doświadczeń związanych ze stosowaniem różnych materiałów do budowy wałów (konkretnie opartym na wywodzeniu braku różnic pomiędzy budową wałów z skały płonnej i innych materiałów, np. kruszyw), określone skutki prawne.

Natomiast zamawiający powyższym twierdzeniom przeczył i wywodził, że skała płonna różni się w użyciu od innych materiałów i pożądana jest praktyczna wiedza związana z jej wykorzystywaniem (np. w związku z podatnością materiału na zmianę parametrów geotechnicznych, ze względu na anizotropowość materiału, szczególne skutki zmian wilgotności... etc.) – co wspierał opinią projektanta zamawianych robót załączoną do odwołania (pismo z dnia 9 stycznia 2014 r.). Wywody zamawiającego sprowadzały się tu właściwie do wskazania, iż zasadniczą trudnością przy budowie ze skały płonnej jest wybór i zakup odpowiedniej partii materiału, która jest jednym z podstawowych warunków bezproblemowego przebiegu dalszych robót.

Jedynymi dowodami, przynajmniej pośrednio odnoszącym się do powyższego zagadnienia, powołanymi przez odwołującego są: (1) tożsamość norm budowlanych odnoszących się do wykonania zamówienia ze skały płonnej i kruszyw naturalnych wskazana w treści odwołania, a także (2) „Porównanie SST skała płonna vs grunt naturalny pobrany ze złoża” przedłożone na rozprawie i odnoszące się do zestawienia wybranych fragmentów opisów przedmiotów zamówienia, które dotyczyły budów wałów z różnych materiałów.

Oceniając te dowody, Izba stwierdziła, że nie są przydatne do oceny okoliczności wskazanych przez zamawiającego. Nie wszystkie różnice pomiędzy danymi materiałami związane np. z wyborem odpowiedniego materiału i jego przechowywaniem, są uchwytne przy pomocy Polskich Norm. Również zestawienie wymagań opisów przedmiotów zamówienia (w tym przypadku wcale nie do końca tożsamy), co do zakresu robót, zasad i sposobu ich wykonywania, wymagań sprzętowych i materiałowych, niczego nie przesądza. Dla przykładu: wskazanie, że zarówno materiał składający się ze skały płonnej, jak też materiał inny, mają spełniać te same parametry określone w PN, nie przesądza, iż wiedza i praktyczne umiejętności potrzebne do wyboru odpowiedniego materiału i jego prawidłowego zastosowania, są takie same. Tożsamość branżowych norm czy wymagań prawa i opisu przedmiotu zamówienia, co do sposobu wykonania i obioru robót, wcale nie gwarantuje, iż zgodność z nimi, będzie przez danego wykonawcę osiągnana równie sprawnie i bezproblemowo w odniesieniu do różnych materiałów używanych w procesie budowlanym.

W związku z brakiem udowodnienia przez odwołującego, że budowanie z kruszyw naturalnych i skały płonnej jest, co do zasady tożsamy (w każdym aspekcie i na każdym etapie procesu budowlanego, a

przynajmniej w zakresie, który był negowany przez zamawiającego), zarzut postawienia warunków udziału w postępowaniu niezgodnych ze wskazanymi przepisami ustawy, uznano za niepotwierdzony.

Na marginesie Izba wskazuje, iż w świetle sformułowanych zarzutów, w odwołaniu kwestionowana była zasadność i możliwość wymagania doświadczenia w budowaniu wałów ze skały płonnej w ogóle (ze względu na fakt, iż doświadczenie nabywane przy budowaniu z innych materiałów jest tożsame i wystarczające). Nie kwestionowano natomiast przedmiotowego warunku ze względu na jego niejasność i niedookreśloność, np. ze względu na brak zdefiniowania i dookreślenia, do jakiej skały płonnej zamawiający referuje i jaki konkretnie materiał ma na myśli.

W trakcie orzekania Izba nie uwzględniła innych, niż wyżej wymienione, dowodów składanych i wnioskowanych przez strony, uznając je za zbędne dla oceny okoliczności istotnych w sprawie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....