

Sygn. akt: KIO 2746/21

WYROK

z dnia 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 8 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2021 r. przez wykonawcę **Most Sp. z o.o., w siedzibą w Sopocie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **PORR S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w części dotyczącej postanowienia z punktu 8.2.4 ppkt 1 SWZ i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany SWZ i innych dokumentów zamówienia w ten sposób, iż zamawiający uznana za spełniony warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 8.2.4 ppkt 1 SWZ również w przypadku, gdy wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem w realizacji odrębnie minimum 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60 m wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 00000 zł brutto każdy oraz minimum 1 zadania polegającego na budowie mostu objazdowego dł. min 24 m (lub min. 30 m w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert).
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mosty sp. z o.o., z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu** na rzecz wykonawcy **Mosty sp. z o.o., z siedzibą w Sopocie** kwotę **11 800 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania - wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 17 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mosty sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Poznaniu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP przez określenie w pkt. 8.2.4 ppkt 1 SWZ oraz sekcji 111.1.3 ogłoszenia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ograniczając tym samym konkurencję; tj. wymagając, aby wykonawca wykazał się minimum 2 zadaniami polegającymi na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60m wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 000,00 zł brutto każdy. W tym co najmniej jedno zadanie z budową mostu objazdowego dł. min 30m, podczas prowadzonych prac oraz przez określenie w pkt. 8.2.4 ppkt 2 SWZ oraz sekcji 111.1.3 ogłoszenia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ograniczając tym samym konkurencję; tj. wymagając, od wykonawcy dysponowania Głównym specjalistą ds. technologii i materiałów;
- 2) art. 16 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia oraz zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołani i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania oraz zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w SWZ określił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia w pkt. 8.2.4 ppkt 1 SWZ oraz sekcji 111.1.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał warunek dotyczy wiedzy i doświadczenia w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu - w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie: minimum 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie

obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60 km wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 00000 zł brutto każdy. W tym co najmniej jedno zadanie z budową mostu objazdowego dł. min 30m, podczas prowadzonych prac.

W ocenie Odwołującego, tak określony przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jest nadmierny i prowadzi wprost do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu. Zgodnie bowiem z warunkiem opisanym w SWZ wykonawca powinien posiadać doświadczenie w realizacji: 2 zadań polegających na budowie/przebudowie; (ii) obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60m wykonywanych na drogach klas G i wyższych (iii) za minimalną kwotę 8 000 000,00 zł brutto (v) w tym co najmniej jedno zadanie z budową mostu objazdowego dł. min 30m, podczas prowadzonych prac.

Odwołujący wskazał, że zadania w skład których, wchodzi zarówno budowa/przebudowa obiektów mostowych wraz z budową mostu objazdowego zdarzają się rzadko. Odwołujący będąc wykonawcą specjalizującym się w budownictwie mostowym, posiadającym 20 - letnie doświadczenie w ostatnich 5 latach (tak jak wymaga tego w warunku Zamawiający) wykonał kilka zadań obejmujących realizację obiektów mostowych o podobnej charakterystyce, na kwoty wyższe niż wymaga tego Zamawiający (np. obiekt mostowy na obwodnicy Skawiny; wartość robót mostowych 24.481.307,12 zł brutto, Przebudowa obiektów inżynierskich na ul. Inflanckiej w Poznaniu; wartość zadania 141.493.240,39 zł brutto, Przebudowa Mostu Lecha w Poznaniu; wartość zadania 54.929.055,53zł brutto), przy czym w ramach tych zadań nie zostały wykonane mosty objazdowe. Mosty objazdowe Odwołujący wykonywał, ale w ramach innych inwestycji. Biorąc pod uwagę specyfikę robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie obiektów mostowych oraz budowie mostów objazdowych, nie ma znaczenia dla posiadanego doświadczenia czy most objazdowy został wykonany w ramach jednego zadania obejmującego również budowę/przebudowę obiektu mostowego czy osobno. Zdaniem Odwołującego, w obu przypadkach wykonawca posiada takie samo doświadczenie, a tym samym daje gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Wskazać również należy, że tego typu dużych inwestycji mostowych, które w ramach jednego zadania obejmowały budowę/przebudowę obiektu mostowego i budowę mostu objazdowego w Polsce było niewiele i niezwykle rzadko by jednocześnie było to 30m mostu objazdowego. Firmy, które posiadają faktyczne wieloletnie doświadczenie w realizacji inwestycji mostowych, zostały pozbawione możliwości złożenia oferty. W ocenie Odwołującego wymóg określony w pkt 8.2.4 ppkt 1 SWZ nie ma nic wspólnego z realizacją

celu, dla którego zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, tj. umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę charakterystykę i rozmiar przedsięwzięcia budowanego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, zupełnie wystarczające byłoby wykazanie się realizacją dwóch zadań polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60m wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 000,00 zł brutto każde oraz jednego zadania obejmującego budowę mostu objazdowego o dł. min 24m (lub min. 30m, ale w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert). Tak zmodyfikowany warunek pozwoli na weryfikację wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamierzenia budowlanego określonej kategorii, rozmiarów i wartości czyli zadania o dużej wartości i zakresie prac.. Jednocześnie wymaganie realizacji dwóch zadań polegających na budowie/przebudowie mostu i jednego polegającego na budowie mostu objazdowego pozwoli na weryfikację, czy wykonawca posiada doświadczenie w realizacji podobnych obiektów.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wskazał, że wnosi o zmianę pkt. 8.2.4 ppkt 1 SWZ, (odpowiednio sekcji 111.1 .3 ogłoszenia) na następujący:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, - w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

minimum 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60m wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 00000 zł brutto każdy; oraz

minimum 1 zadanie polegające na budowie mostu objazdowego dł. min 24m (lub min. 30m, ale w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert).

Warunek dotyczący osób zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.2.4 ppkt 2 SWZ Zamawiający wymaga, aby osoba dedykowana na stanowisko Główny specjalista ds. technologii i materiałów, posiadała:

- Minimum 24 miesiące doświadczenia w badaniach laboratoryjnych materiałów budowlanych nabyte w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert;
- Minimum 24 miesiące doświadczenia zawodowego przy realizacji jednego zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. G na stanowiskach Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Inżynier ds. materiałowych lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii
- Ukończenie Studium Antykorozyji Mostów Stalowych (SAMS) prowadzonego przez IBDiM - przedstawić ważny certyfikat IBDiM ukończenia Studium Antykorozyji Mostów Stalowych (SAMS) pn. "Projektowanie i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na konstrukcjach stalowych";
- Ukończone Studium Antykorozyji i Betonu prowadzonego przez IBDiM - przedstawić ważny certyfikat IBDiM ukończenia Studium Antykorozyji pn. "Projektowane i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na konstrukcjach betonowych"

W ocenie Odwołującego wymaganie wykazaniem się osobą na stanowisku „Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów” na zadaniu z budownictwa mostowego jest warunkiem niespotykanym, a na pewno bardzo ograniczającym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcom z branży stricte mostowej. Biorąc pod uwagę wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu zadań, praktyką jest, że wymagane badania na danym zadaniu wykonuje akredytowane laboratorium drogowo-mostowe na zlecenie firmy mostowej, czy innej z budownictwa inżynierskiego. Określenie wymogu dysponowania osobą posiadającą tak specyficzne i różnorodne doświadczenie w badaniach laboratoryjnych, na konkretnym stanowisku, posiadającą jednocześnie ukończone studia antykorozyji mostów stalowych (SAMS) prowadzonego przez IBDiM z ważnym certyfikatem ukończenia Studium Antykorozyji Materiałów Stalowych pn. „Projektowanie i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na kontraktach stalowych” oraz ukończone Studium Antykorozyji Betonu prowadzonego przez IBDiM z ważnym certyfikatem IBDiM ukończenia Studium Antykorozyji pn. „Projektowanie i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na konstrukcjach betonowych” mogło by być zasadne ewentualnie przy realizacji zadania związanego z prowadzeniem obsługi laboratoryjnej dużego kontraktu infrastrukturalnego, a nie typowego zadania mostowego, z jakim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, szczególnie zastanawia wymóg wykazania się dla wymaganego specjalisty doświadczeniem w budowie, przebudowie, remoncie dróg i ulic biorąc pod uwagę okoliczność, że na przedmiotowym zadaniu część drogowa do wykonania to zaledwie ok. 150 m, a warunek wskazuje bardziej na duże zadania drogowe, wręcz autostradowe, przy realizacji których może być zasadne posiadanie

Głównego Technologa lub Inspektora Nadzoru ds. materiałowych lub Głównego Specjalisty ds. technologii i materiałów itp.

Analizując powyższy wymóg dotyczący wykazania się osobą Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów o doświadczeniu i kwalifikacjach określonych przez Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę stanowisko zaprezentowane w pkt 7 odwołania, nasuwa się jeden wniosek: Zamawiający chce ograniczyć udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia do konkretnych, dużych koncernów budowlanych, zatrudniających takie osoby w związku z realizowanymi dużymi zadaniami drogowymi, a co za tym idzie ograniczyć udział w nim małych i średnich firm budownictwa mostowego posiadających bogate, wieloletnie doświadczenie na rynku budownictwa mostowego, mogących zrealizować to zadanie w sposób należyty (zgodnie z sztuką budowlaną), częstokroć za konkurencyjną cenę.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o wykreślenie z SWZ i odpowiednio ogłoszenia w całości wymogu dot. wykazania się przez wykonawcę osobą Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów (pkt 8.2.4 ppkt 2 tiret trzeci SWZ).

Zagadnienia wspólne

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania: zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie TSUE określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/99, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu,

jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Istotne zatem jest, że zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Naruszeniem przepisów PZP jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, czy też wykazania się osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu (w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do efektu jaki zamierza osiągnąć. Wymaganie, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem, które w ramach jednego zadania będzie obejmowało budowę/przebudowę obiektu mostowego i budowę mostu objazdowego oraz że dysponuje osobą dedykowaną na stanowisko Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów jest nadmierne, naruszające zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania. Tak określone warunki nie tylko naruszają dyspozycję art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, ale i pozbawiają możliwości udziału w Postępowaniu wykonawców, posiadających wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji, a tym samym dających gwarancję należytego wykonania zamówienia oraz dysponujących osobami zdolnymi do wykonania tego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, zmieniony zgodnie z wnioskami odwołania warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej pozwoli na weryfikację wykonawców pod kątem zdolności do należytej realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania. Jednocześnie tak określony warunek spowoduje, że rozszerzy się krąg wykonawców zdolnych do złożenia oferty, a co najważniejsze zdolnych do należytego wykonania zamówienia, co może przełożyć się na wymierne korzyści dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, że określony przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych, ogranicza dostęp do pozyskania i wykonania zamówienia małym i średnim firmom, które posiadają oświadczenie w realizacji tego typu obiektów mostowych i są zdolne do należytego wykonania tego zamówienia. Zgodnie z

powszechną wiedzą, sektor MŚP (mikro) małe i średnie firmy) stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce - 99,8%. Podmioty z sektora MŚP mają kluczowy wpływ na rozwój gospodarki, rynek pracy a także innowacyjność i konkurencyjność. Udział tych przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych gwarantuje realizację celu zrównoważonych zamówień, a także w dużym stopniu wpływa na zwiększenie konkurencyjności oraz innowacyjności zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą sklasyfikowanym jako średni przedsiębiorca, a biorąc pod uwagę uzasadnienie odwołania, stwierdzić należy, że Zamawiający ustalając i opisując, kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu, uniemożliwia rzeczywiste i samodzielne ubieganie się przez niego o udzielenie zamówienia. De facto przy tak określonym warunku udziału w postępowaniu, o udzielenie tego zamówienia mogą ubiegać się jedynie bardzo duże firmy, które wykonują pozyskane zamówienia w znacznym zakresie przez podwykonawców, nie samodzielnie, ale powiększając pulę swojego doświadczenia i w ten sposób budując jeszcze silniejszą pozycję wobec wykonawców z sektora MŚP, skazanych na udział w rynku zamówień publicznych jedynie w charakterze podwykonawców takich firm.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zamawiający zobowiązany jest do respektowania omawianych zasad na każdym etapie postępowania, również przed jego wszczęciem - przy dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania, w tym przy określaniu warunków udziału w postępowaniu. Generalnym celem przeprowadzenia każdego postępowania jest udzielenie zamówienia, tj. zawarcie umowy na wykonanie określonego przedmiotu zamówienia, służącego zaspokojeniu obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego z wykonawcą zdolnym do jego należytej realizacji. Realizacji tego celu, a także zapewnieniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, służy właśnie zasada proporcjonalności, która wyraża się w tym przypadku w formułowaniu wobec wykonawców wymagań w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych warunków, ograniczających bez uzasadnienia prawa wykonawców czy też stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył ww. zasady.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa mostu przez rzekę Gwda i mostu nad rzeką Noteć w ciągu drogi krajowej nr 11 w miejscowości Ujście”.

Izba ustaliła, że w pkt 8.2.4 SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykażą, że spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu:

Ppkt 1: wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu - w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie: minimum 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o długości całkowitej obiektu wynoszącej min. 60 km wykonywanych na drogach klasy G i wyższych za minimalną kwotę 8 000 00000 zł brutto każdy. W tym co najmniej jedno zadanie z budową mostu objazdowego dł. min 30m, podczas prowadzonych prac.

Ppkt 2 Główny specjalista ds. technologii i materiałów. Osoba posiadająca co najmniej następujące doświadczenie:

- Minimum 24 miesiące doświadczenia w badaniach laboratoryjnych materiałów budowlanych nabyte w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert;
- Minimum 24 miesiące doświadczenia zawodowego przy realizacji jednego zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. G na stanowiskach Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Inżynier ds. materiałowych lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii
- Ukończenie Studium Antykorozyji Mostów Stalowych (SAMS) prowadzonego przez IBDiM - przedstawić ważny certyfikat IBDiM ukończenia Studium Antykorozyji Mostów Stalowych (SAMS) pn. "Projektowanie i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na konstrukcjach stalowych”;
- Ukończone Studium Antykorozyji i Betonu prowadzonego przez IBDiM - przedstawić ważny certyfikat IBDiM ukończenia Studium Antykorozyji pn. "Projektowane i nadzór nad wykonywaniem zabezpieczeń antykorozyjnych na konstrukcjach betonowych”.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się częściowe zasadne. Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w części dotyczącej postanowienia z punktu 8.2.4 ppkt 1 SWZ. Niezasadny okazał się zarzut dotyczący postanowienia z punktu 8.2.4 ppkt 2 SWZ. Izba wydając wyrok w sprawie oparła się na brzemieniu SWZ przekazanej przez Zamawiającego w aktach postępowania w dniu 21 września 2021.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Jednocześnie w art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Wskazane przez zamawiającego warunki mają służyć ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, stanowią narzędzie dzięki któremu zamawiający może ograniczyć ryzyko związane z nienależytym wykonaniem zamówienia bowiem wynikiem czynności podejmowanych przez zamawiającego w ww. zakresie powinno być wykonanie przez wykonawcę w sposób należyty zamówienia publicznego.

W świetle art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien kierować się zasadą proporcjonalności. Zasada ta wprowadzona do ustawy Pzp została zwarta w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (dalej „Dyrektywa”). Wynika ona chociażby z art. 58, który stanowi, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, zwanych w Dyrektywie kryteriami kwalifikacji, wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. W orzecznictwie TSUE wypracowano tzw. test proporcjonalności, który wymaga odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? 2) Czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest

nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu? (zob. wyrok TSUE z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur Srl).

Zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Należy podkreślić, że warunku udziału w postępowaniu nie mogą niezasadnie utrudniać konkurencji na rynku. Przy czym zadaniem wykonawcy jest wykazanie w postępowaniu odwoławczym, że dany warunek postawiony przez zamawiającego stanowi realna i rzeczywistą barierę uniemożliwiającą ubieganie się o zamówienie przez profesjonalny podmiot działający na danym rynku. Innymi słowy, wykonawca musi wykazać, że warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego nie stanowi narzędzia służącego ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a nawet jeśli służy do takiej weryfikacji, to, w okolicznościach konkretnego przedmiotu zamówienia, wymaganie zamawiającego uznać należy za nadmierne. Tą nadmierność należy rozumieć jako utrudnioną możliwość uzyskania/spełnienia określonych wymagań zamawiającego przez profesjonalny podmiot działający w branży objętej przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4 pkt 1 SWZ jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Konieczność wykazania się przez wykonawcę realizacją inwestycji łączącej w sobie budowę/przebudowę obiektu mostowego oraz mostu objazdowego aczkolwiek w sposób oczywisty i ścisły związana z przedmiotem zamówienia, jest jednak, w ocenie Izby, wymaganiem zbyt nadmiernym i nie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Nie zostały wykazane obiektywne okoliczności, które uzasadniałyby sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób odzwierciedlający w pełni przedmiot zamówienia, zaś ze stanowiska Zamawiającego nie wynika w jaki sposób kumulacja w jednym zadaniu doświadczenia związana z budową/przebudową obiektów mostowych i mostu objazdowego gwarantują w większym stopniu prawidłową realizację zamówienia niż w przypadku

doświadczenia posiadanego w wykonaniu odrębnie budowy/przebudowy obiektu mostowego oraz mostu objazdowego.

Izba wskazuje, że konieczność połączenia w jednym zadaniu doświadczenia w budowie lub przebudowanie obiektu mostowego i mostu objazdowego została uzasadniona przez Zamawiającego w sposób ogólny i lakoniczny. Zamawiający powołał się na takie okoliczności jak istotne dla rozpatrywanego przedsięwzięcia „know - how” - szczególnej wiedzy w zarządzaniu procesem projektowym, montażem i późniejszym utrzymaniem jednoczesnej przeprawy przez dwie rzeki na drodze kluczowej dla okolicznych mieszkańców i tranzytu krajowego oraz międzynarodowego pojazdów, jaką jest DK 11 w północnej części województwa wielkopolskiego. Zamawiający powołał się na ewentualne opóźnienia w realizacji zadania i negatywne konsekwencje z tym związane.

Zdaniem Izby, ogólne odwołanie się Zamawiającego do zarządzania procesem projektowym, montażowy i utrzymaniem przeprawy przez dwie rzeki nie uzasadnia tak rygorystycznego zawężenia warunku udziału w postępowaniu. Co więcej doświadczenia samego Zamawiającego z realizacji poprzednich zamówień publicznych wskazują, że w przypadku, gdy most objazdowy był wykonany przez podwykonawców, inwestycje były ukończone w przewidywanym terminie, bez naliczenia kar umownych. Odwołujący powołał na tę okoliczność dwie inwestycje (tj. Remont mostu przez rzekę Wartę w ciągu drogi krajowej 11 km 250 +605 w m. Oborniki oraz Rozbudowa mostu przez rzekę Gwdę w ciągu drogi krajowej 10 w m. Piła), które to inwestycje obejmowały budowę mostu objazdowego oraz remont mostu głównego. W obu przypadkach Zamawiający nie postawił takiego warunku jak w przedmiotowym postępowaniu. Jak oświadczył Zamawiający podczas rozprawy, obie inwestycje były wykonane w terminie i nie zostały naliczone kary umowne, pomimo, iż most objazdowy był wykonany przez podwykonawcę. Zamawiający nie wskazał, a tym bardziej nie wykazał na żadne problemy związane z procesem koordynacji czy zarządzania inwestycjami, które w jakiś sposób negatywnie wpłynęły na realizację zamówień.

Słusznie również podkreślił Odwołujący, iż sposób wykonania zamówienia określony w SWZ i we wzorze umowy jednoznacznie wskazuje, że w pierwszym etapie inwestycji będzie wykonany most objazdowy, a dopiero po jego wykonaniu wykonawcy przystąpi do realizacji mostów głównych. Zamawiający nie wykazał o jaki szczególny proces zarządzania chodzi, który wykonawca nabywa wykonując most objazdowy i most główny w ramach jednej inwestycji.

Co więcej Izba podkreśla, że zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający nie skorzystał w przedmiotowym postępowaniu przetargowym z art. 60 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania mostu objazdowego przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca ma prawo w tym zakresie korzystać z podwykonawców. Tym samym, zdaniem Izby, wszelkie rozważania Zamawiającego o konieczności kumulatywnego posiadania przez wykonawców doświadczenia w budowie/rozbudowie obiektu mostowego oraz mostu objazdowego w celu terminowego i sprawnego wykonania przedmiotowego zamówienia nie znalazły odzwierciedlenia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Wykonawca może bowiem swobodnie zlecić podwykonawcy wykonanie mostu objazdowego i szeregu prac z nim związanych, również w zakresie procesu koordynacji czy zarządzania procesem budowy obiektów mostowych i objazdowego. Tym samym oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca musi legitymować się doświadczeniem w budowie/przebudowie obiektu mostowego i mostu objazdowego zdobytym w ramach jednej inwestycji, aby ubiegać się o zamówienia nie ma żadnego uzasadnienia w świetle SWZ sporządzonej przez Zamawiającego. Również stanowisko prezentowane przez Zamawiającego podczas rozprawy, iż zakwestionowany warunek został wprowadzony w oparciu o doświadczenie własne Zamawiającego, z którego wynika, iż wykonawcy wielokrotnie powierzają wykonanie mostów objazdowych podwykonawcom, a sami koordynują proces przenoszenia ruchu na taki tymczasowy most nie może być uznane za uzasadniające utrzymanie obecnego wymagania. Skoro Zamawiający taki istotną wagę przypisuje temu elementowi realizacji zamówienia, to winien w tym zakresie skorzystać z art. 60 ustawy Pzp. Ponadto, jak Izba wskazał powyżej, Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował jakie konkretnie negatywne doświadczenia posiada w tym zakresie, zaś okoliczności przywołane przez Odwołującego wskazuje, że zlecenie prac związanych z mostem objazdowym podwykonawcom nie skutkowało negatywnym wpływem na realizacji inwestycji.

Ponadto, Izba wskazuje, że Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie ani podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż rzeczywiście istnieją na rynku przedsiębiorcy spełniający kwestionowany warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał w sposób ogólny, iż dokonywał badania rynku oraz, że w jego ocenie co najmniej sześciu wykonawców działających na rynku spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, ale poza ogólnymi twierdzeniami Zamawiającego żadnego

dowodu na potwierdzenie takich okoliczności Zamawiający nie złożył. Po stronie Zamawiającego nie przystąpił również żaden z wykonawców. Z kolei doświadczenie samego Odwołującego jak i wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sposób oczywisty pokazuje, iż posiadają oni wieloletnie doświadczenie i wiedzę w zakresie budowy lub przebudowy obiektów mostowych oraz w zakresie budowy mostów objazdowych, ale nie spełniają kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, iż doświadczenie to było zdobyte w odrębnych inwestycjach.

Tym samym, zdaniem Izby, zasadnym było nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w SWZ i innych dokumentach zamówienia w ten sposób, aby dopuścić możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 pkt 1 SWZ również poprzez powołanie się na odrębne doświadczenie w budowanie/przebudowie obiektu mostowego oraz mostu objazdowego. Izba podkreśla, że Zamawiający może ustalać określone wymogi dotyczące wiedzy i doświadczenia, jednakże wymagania takie nie mogą w sposób niezasadny ograniczać konkurencji na rynku. Innymi słowy takie wymagania muszą być możliwe do spełnienia przez profesjonalistę działającego w danej branży. Prawo Zamawiającego do określenia warunku udziału w postępowaniu nie ma charakteru absolutnego. Sam ustawodawca wprowadził bowiem w ustawie Pzp ograniczenia tego prawa, zawarte chociażby w art. 16 i art. 112 ustawy Pzp. Zasada proporcjonalności nie została zachowana w sposób prawidłowy przez Zamawiającego w analizowanym stanie faktycznym. Ani specyfika wykonania przedmiotowego zamówienia ani też sposób ukształtowania postanowień SWZ (w szczególności brak skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 60 ustawy Pzp) nie uzasadnia wymagania od wykonawców legitymowaniem się doświadczeniem w realizacji w ramach jednej inwestycji budową/rozbudową obiektu mostowego oraz mostu objazdowego.

Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do pkt 8.2.4 ppkt 2 SWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba w tym zakresie w pełni popiera stanowiska Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, wymóg dotyczący wykazania przez wykonawcę możliwości zapewnienia udziału Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów od kilku lat jest implementowany w licznych postępowaniach przetargowych o znacznym stopniu skomplikowania. Zamawiający wskazał na przykładowe postępowania, w których wymagane było legitymowanie się Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów.

Należy podkreślić, że Zamawiający ma prawo sprecyzować warunki udziału w postępowaniu w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia, z uwzględnieniem zasady

proporcjonalności. Odwołujący nie wykazał, iż zakwestionowany przez niego warunek narusza owa zasadę proporcjonalności. Nie wykazał również, iż nie służy on zapewnieniu prawidłowości realizacji zamówienia. Przedmiotowe postępowanie przetargowe dla rozbudowy mostów na rzekach Noteć i Gwda obejmuje swym zakresem rozbudowę drogi krajowej wraz z rozbiórką istniejących konstrukcji mostowych i budowę nowych dwóch mostów stałych i wykonaniem dwóch mostów tymczasowych w ramach przeprawy tymczasowej na Noteci i Gwdzie. Jak wskazał Zamawiający, mosty stałe zgodnie z załączoną dokumentacją projektową wykonywane są w technologii przęsła łukowego, a poszerzany odcinek drogowy obejmuje budowę ściany oporowej. Jest to zatem konstrukcja o dużym stopniu skomplikowania, także w zakresie organizacji procesu technologicznego. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że bieżąca kontrola jakości zapewni sprawne przeprowadzenie procesu inwestycyjnego. Stąd też Zamawiający poprzez wprowadzenie wymogu dotyczącego Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów położył dodatkowy nacisk na kwestię jakości wykonywanych elementów konstrukcyjnych i planu badań jaki ma zostać przedłożony przez wykonawcę podczas trwania prac budowlanych. Osoba Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów, jak wskazał Zamawiający, stać będzie na straży utrzymania wewnętrznej kontroli jakości na budowie zgodnej z założeniami dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznych, weryfikując również wnioski materiałowe przedkładane Inżynierowi. Zagwarantuje to tym samym przedkładanie Inżynierowi elementów wolnych od wad w ramach przeprowadzanych kontroli robót zanikających i ulegających zakryciu. Zdaniem Izby nie można odmówić Zamawiającemu prawa do wdrażania racjonalnych i proporcjonalnych rozwiązań służących zapewnieniu prawidłowej realizacji zamówienia. Taka zaś bieżąca kontrola jakości wykonania dokonywana przez Głównego specjalistę ds. technologii i materiałów jest narzędziem służącym właśnie systematycznemu sprawdzaniu jakości realizacji zamówienia, co minimalizuje ryzyko jego niewłaściwego wykonania i stwierdzenia wad na etapie odbiorów końcowych.

Należy również podkreślić, iż kwestionowane przez Odwołującego certyfikaty IBDiM, jak wyjaśnił sam Odwołujący podczas rozprawy, są łatwo dostępne. Wymagają zarejestrowania i odbycia kilkugodzinnego szkolenia. Trudno zatem uznać, że taki warunek jest nadmierny czy ograniczający niezasadnie konkurencję. Izba podkreśla, że argumentacja Odwołującego w zakresie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu miała charakter bardzo ogólny. Wykonawca lakonicznie wskazał, że Zamawiający wprowadzając kwestionowany wymóg preferuje duże koncerny, zatrudniając takich specjalistów, ograniczając dostęp do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom. Twierdzeń tych jednak Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Nie wykazał również, iż możliwość zatrudnienia wymaganego specjalisty przez Odwołującego na potrzeby realizacji zamówienia jest w jakiś sposób

ograniczona, co wpływa na możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Zasadność zarzut nie może być oparta wyłącznie na subiektywnej opinii Odwołującego, iż określone wymaganie Zamawiającego jest nadmierne i nie służy zapewnieniu prawidłowej realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, Zamawiający wykazał znaczenie i rolę Głównego specjalisty ds. technologii i materiałów, zaś Odwołujący nie wykazał, że takie wymaganie narusza zasadę proporcjonalności i że nie jest związane z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i niezasadne w zakresie drugiego zarzutu. Kosztami postępowania należało zatem obciążyć Zamawiającego i Odwołującego w proporcji 1/2 oraz 1/2, odpowiednio. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.800 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.800 zł (23.600 – 11.800), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....