

Sygn. akt: KIO 647/16

KIO 721/16

WYROK

z dnia 16 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 25 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 L07, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 647/16)**
- B. w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **„Energopol – Szczecin” S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (sygn. akt KIO 721/16)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5 prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 7 - 340 Szczecin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 647/16 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 647/16 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 L07, 00-120 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 721/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 L07, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 647/16)** i wykonawcę „**Energopol – Szczecin**” S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (sygn. akt KIO 721/16) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 L07, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 647/16)** i wykonawcę „**Energopol – Szczecin**” S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (sygn. akt KIO 721/16) tytułem wpisów od odwołań

2.2. zasądza od wykonawcy **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 L07, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 647/16)** na rzecz **Gminy Miasta Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5 prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70 - 340 Szczecin** kwotę **4 269 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i noclegu pełnomocników zamawiającego

2.3. zasądza od wykonawcy „**Energopol – Szczecin**” S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (sygn. akt KIO 721/16) na rzecz **Gminy Miasta Świnoujście, ul. Wojska Polskiego 1/5 prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70 - 340 Szczecin** kwotę **4 269 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście

sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i noclegu pełnomocników zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 647/16

KIO 721/16

Uzasadnienie

Gmina Miasto Świnoujście – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie na „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – Budowa tunelu pod Świną.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 077-135585.

sygn. akt KIO 647/16

W dniu 25 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SALINI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym SALINI”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2016 r.) wobec czynności podjętej przez zamawiającego, polegającej na dokonaniu w sekcji III.2.3) pkt. 1.1.a) ogłoszenia o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia poprzez wymaganie od wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednego zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążoną TBM o średnicy zewnętrznej tunelu co najmniej 10,0 m, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wymaganie od wykonawców, aby w ramach warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III.2.3.) pkt. 1.1.a) ogłoszenia o zamówieniu wykazali wykonanie zadania polegającego na budowie tunelu metodą drążoną TBM o wskazanej przez zamawiającego średnicy zewnętrznej wynoszącej co najmniej 10,0 m, a tym samym poprzez przyjęcie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji czego poprzez postawienie tak nadmiernie wygórowanego warunku uniemożliwiono wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom posiadającym wystarczające doświadczenie w budowie tuneli metodą drążoną TBM o wymaganej przez zamawiającego długości i zdolnym prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia,

2. art. 22 ust. 5 ustawy Pzp poprzez przyjęcie w sekcji III.2.3.) pkt. 1.1.a) ogłoszenia o zamówieniu (w zakresie wymaganej średnicy zewnętrznej tunelu wynoszącej co najmniej 10,0 m) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mającego na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, w konsekwencji czego bezzasadnie uniemożliwiono wzięcie udziału w Postępowaniu wykonawcom zdolnym prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie nadmiernie wygórowanego i dyskryminacyjnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej w sekcji III.2.3.) pkt. 1.1.a) ogłoszenia o zamówieniu średnicy zewnętrznej tunelu wynoszącej co najmniej 10,0 m, wobec czego naruszono zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, zawężając w sposób nieuprawniony krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie odwołujący SALINI wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści pkt 1.1) lit. a) w sekcji III.2.3.) ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie mu brzmienia: „1 zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążoną TBM o długości co najmniej 700,0 m”,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu).
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego SALINI kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący SALINI wskazał m.in., iż że sposób oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, określony w sekcji III.2.3) pkt. 1.1.a) ogłoszenia, odnoszący się do zrealizowania co najmniej jednego zadania polegającego na wybudowaniu tunelu metodą TBM o średnicy minimum 10 m nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w charakterze przedmiotu zamówienia i jest w stosunku do niego nieproporcjonalny i nieadekwatny, natomiast narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców. Zamawiający decydując się na ocenę posiadanego doświadczenia przez pryzmat podobnych zrealizowanych zadań, błędnie wziął pod uwagę kryterium odnoszące się wyłącznie do średnicy wydrążonego tunelu, zwłaszcza, że nie odnosi go do uwarunkowań geologicznych, w których dane zadanie zostało zrealizowane. Prawdopodobnym zamiarem zamawiającego mogła być pewnego rodzaju „obiektywizacja” oceny posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Niestety w osiągnął cel zupełnie

przeciwny do zakładanego - zamiast przyjąć opis oceny spełniania warunków o charakterze jednoznacznym, proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i nienaruszającym uczciwej konkurencji, w konsekwencji wprowadził zero-jedynkowe kryterium, którego związek z zamówieniem może sprowadzać się jedynie do średnicy tunelu, który ma zostać w ramach zamówienia wykonany (przy czym w treści ogłoszenia nie podano tego parametru, a wskazano jedynie długość tunelu). W ten sposób wyeliminowano podmioty posiadające bogate doświadczenie w budowie tuneli o mniejszej średnicy, czy też w trudnych warunkach geologicznych, a tym samym niewątpliwie zdolnych wykonać udzielane zamówienie.

Niemniej jednak jeżeli zamawiający chciał zapewnić wybór wykonawców dających odpowiednią rękojmię należytego wykonania zamówienia, mógł wymagać od wykonawców wykonania większej niż jedno liczby zadań obejmujących budowę tunelu metodą drążoną TBM. Mógł on wreszcie wymagać np. posiadania odpowiedniego sprzętu pozwalającego na wydrążenie tunelu o pożądanej średnicy, co z jednej strony zapewniłoby dobór wykonawców odpowiednio przygotowanych do realizacji zamówienia, a z drugiej zaś zapewniłoby odpowiedni poziom konkurencji z Postępowaniu, pozwalając ubiegać się o zamówienie wykonawcom zdolnym do należytej jego realizacji. Jak bowiem wskazano powyżej, przy tego typu zamówieniach kluczowe jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego sprzętu. Zamawiający jednak warunku takiego nie postawił, a mimo to zawęził stawiany wymóg dotyczący doświadczenia do wykonania tunelu o odpowiedniej średnicy, co powoduje istotne i nieuzasadnione zawężenie konkurencji w postępowaniu.

Obecny opis oceny spełniania warunku narusza art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż nie zapewnia prawidłowej weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania udzielanego zamówienia. Przyjęto bowiem nieadekwatne kryterium, nie mające na celu zweryfikowania faktycznej zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, eliminując tym samym wiarygodnych i kompetentnych wykonawców. Z drugiej strony nie wzięto pod uwagę innych czynników, mających zdecydowanie istotniejsze znaczenie dla oceny tego, czy dany wykonawca rzeczywiście posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

W dniu 26 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez odwołującego SALINI, zamieszczając na swej stronie internetowej wezwanie do przystąpienia do przedmiotowego postępowania oraz kopię odwołania.

W dniu 28 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 29 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 10 maja 2016 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

sygn. akt KIO 721/16

W dniu 29 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Energopol – Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „odwołującym Energopol”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2016 r.) od następujących czynności zamawiającego:

1. opisanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia,
 2. opisanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
 3. określenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni o składanie ofert,
- dokonane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu i zarzucając zamawiającemu obrazę:

- I. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie sformułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 3. Ppkt 1.1) lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu (str. 10 Ogłoszenia o zamówieniu, w następujący sposób:

„1.1) Posiadania wiedzy i doświadczenia: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (.zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążoną TBM o długości co najmniej 700,0 m i średnicy zewnętrznej tunelu co najmniej 10,0 m", poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie ustanowienia obowiązku wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym przy realizacji robót polegających na wykonaniu tunelu metodą drążoną TBM, ale o określonej średnicy zewnętrznej tunelu, a zatem w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności, oraz zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w

sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji;

II. art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

i. w zakresie sformułowania sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w Sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit. b) ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy” - „osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy”, w następujący sposób:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego) o długości co najmniej 700,0 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub

Kierownika Robót Mostowych dla wykazanych powyżej tuneli lub

Inżyniera Kontraktu (...)

poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następnym:

- braku możliwości wykazania przez wykonawców, że dysponują oni osobami posiadającymi doświadczenie zdobyte również jako Inspektor Nadzoru Inwestorskiego dla wykazanego powyżej tunelu,

- sformułowania wymogu wykazania dla osób zaproponowanych do pełnienia tej funkcji doświadczenia przy realizacji tunelu o ściśle określonej długości,

- sformułowania wymogu wykazania dla osób zaproponowanych do pełnienia tej funkcji doświadczenia przy realizacji tunelu określonego rodzaju [komunikacyjnego];

a zatem w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności, oraz zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

ii. W zakresie sformułowania sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w Sekcji 111.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit b) ppkt 3) ogłoszenia o zamówieniu [str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy” -

„osoba proponowana do pełnienie funkcji Kierownika Robót Drogowych", w następujący sposób:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic od rozpoczęcia robót do zakończenia funkcji na stanowisku:

Kierownika Robót Drogowych (...)"

poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie braku możliwości wykazania przez wykonawców, że dysponują oni osobami posiadającymi doświadczenie zdobyte również jako Kierownik Budowy, lub Inspektor Nadzoru Inwestorskiego, a zatem w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności, oraz zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji,

- iii. w zakresie sformułowania sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w Sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit. b) ppkt 4) ogłoszenia o zamówieniu (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy" - „osoba proponowana do pełnienie funkcji Kierownika Robót Mostowych", w następujący sposób:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego] o długości co najmniej 700,0 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku:

Kierownika Robót Mostowych

poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie:

- braku możliwości wykazania przez wykonawców, że dysponują osobami posiadającymi doświadczenie zdobyte również jako Kierownik Budowy, lub Inspektor Nadzoru Inwestorskiego dla wykonanych powyżej tunelu;
- sformułowania wymogu wykazania dla osób zaproponowanych do pełnienia tej funkcji doświadczenia przy realizacji tunelu o ściśle określonej długości;
- sformułowania wymogu wykazania dla osób zaproponowanych do pełnienia tej funkcji doświadczenia przy realizacji tunelu określonego rodzaju [komunikacyjnego);

a zatem w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności, oraz zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe

traktowanie wykonawców, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji,

- III. art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu, iż do składania ofert zostanie zaproszonych jedynie 10 wykonawców, tzn. liczbie nie zapewniającej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. sformułował sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot posiadania wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji IIT.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 3. Ppkt 1.1) lit a) Ogłoszenia o zamówieniu (str. 10 Ogłoszenia o zamówieniu), w następujący sposób:

„1.1) Posiadania wiedzy i doświadczenia: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie tunelu rozumieniu wykonanego metodą drążoną TBM o długości co najmniej 700,0 m"

ewentualnie:

„1.1) Posiadania wiedzy i doświadczenia: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążoną TBM o długości co najmniej 700,0 m i średnicy zewnętrznej nie mniejszej niż 6 m.”

2. sformułował sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia., opisany w Sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit. b) ppkt 2] ogłoszenia o zamówieniu (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy” - „osoba proponowana do pełnienie funkcji Kierownika Budowy”, w następujący sposób:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub

Kierownika Robót Mostowych dla wykazanych powyżej tuneli lub

Inżyniera Kontraktu lub

Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla wykazanego powyżej tunelu

3. sformułował sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w Sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit. b) pplt 3) ogłoszenia o zamówieniu (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy - „osoba proponowana do pełnienie funkcji Kierownika Robót Drogowych”, w następujący sposób:
„Doświadczenie zawodowe:
Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic od rozpoczęcia robót do zakończenia funkcji na stanowisku:
Kierownika Robót Drogowych lub
Kierownika Budowy lub
Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w zakresie robót drogowych (...)”
4. nakazanie zamawiającemu, aby sformułował sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w Sekcji II 1.2,3. Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit b) ppkt 4) ogłoszenia o zamówieniu (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy” - „osoba proponowana do pełnienie funkcji Kierownika Robót Mostowych”, w następujący sposób:
„Doświadczenie zawodowe:
Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku:
Kierownika Robót Mostowych
lub
Kierownika Budowy
lub
Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla wykazanego powyżej tunelu (...)”
5. dokonał zmiany Sekcji V1.3 Ogłoszenia poprzez dopuszczenie do składania ofert 20 wykonawców,
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie przed składem orzekającym Krajowej Izby Odwoławczej,
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa (obiekty inżynierskie) na okoliczność ustalenia, że doświadczenie polegające na wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie tunelu wykonanego metodą drążoną TBM o długości co najmniej 700,0 m, ale o średnicy mniejszej aniżeli 10,0 m (np. 6,0 m) jest porównywalne tzn. pozwala na wykonanie zamówienia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu dla postępowania, oraz że jest ono porównywalne z

- doświadczeniem opisanym przez Zamawiającego w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 3. Ppkt 1.1) lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu (str. 10 Ogłoszenia o zamówieniu), a zatem że dla oceny doświadczenia wykonawcy, który wykonywał tunele metodą drażoną TBM nie ma znaczenia średnica drażonego tunelu tą metodą,
8. zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Energopol podniósł m.in., iż:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący Energopol podniósł m.in., iż opis sposobu oceny spełnienia warunku nie przewiduje możliwości wykazania się przez wykonawców tym, że dysponują oni osobami posiadającymi doświadczenie zdobyte przy wymagany zadaniu inwestycyjnym również jako Inspektor Nadzoru Inwestorskiego, a zatem w sposób, który niewątpliwie narusza zasadę proporcjonalności, oraz zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Dyskryminacyjny charakter tego wymogu widać zwłaszcza wówczas, jeżeli weźmie się pod uwagę, że w świetle treści zaskarżanego warunku wykonawca jest uprawniony wykazywać się kadrą, która pełniła funkcję Inżyniera Kontraktu. Osoba taka nie ma jednak żadnych uprawnień w świetle Prawa budowlanego i pełni tylko funkcję kontraktową w umowach o roboty budowlane zawieranych w oparciu o warunki Kontraktowe FIDIC. Nie jest też uczestnikiem procesu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego, ani też nie ponosi żadnej odpowiedzialności, którą można przyrównać z odpowiedzialnością kierownika budowy, a warunek udziału w postępowaniu dotyczy tej właśnie kandydata do pełnienie takiej funkcji. Tymczasem funkcja inspektora nadzoru inwestorskiego to podobnie, jak i funkcja kierownika budowy czy kierownika robót, jest samodzielną funkcją techniczną w budownictwie.

Co istotne do pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego, jak również kierownika robót mostowych w tym konkretnym przypadku w zakresie budowy tunelu, wymagane jest posiadanie identycznych uprawnień budowlanych tj. w specjalności inżynierskiej mostowej. Stwierdzenie właściwego przygotowania takiej osoby poprzez przyznanie jej odpowiednich uprawnień budowlanych, oznacza że osoba ta może pełnić tak funkcję kierownika budowy, kierownika robót, lub inspektora nadzoru inwestorskiego w danym zakresie. A ponadto charakter czynności osoby, która kieruje określonymi pracami, jak i osoby, która nadzoruje te prace w imieniu inwestora, sprowadza się do tych samych czynności zdefiniowanych w art. 12 ust 1 ustawy Prawo budowlanego tj. działalności związanej z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. Tym samym doświadczenie zdobyte jako

kierownik budowy/robót przy danej inwestycji, jest tożsame z doświadczeniem zdobyтым jako inspektor nadzoru inwestorskiego. W celu zatem zachowania zasady prowadzenia postępowania przy przestrzeganiu zasady uczciwej konkurencji, zasadnym jest dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców również osobą posiadającą doświadczenie jako inspektor nadzoru inwestorskiego przy budowie tunelu.

Naruszające przepisy ustawy Pzp jest również to, że zamawiający wymaga wykazanie się doświadczeniem przy budowie tunelu o określonej długości. Jest to parametr, który nie ma żadnego przełożenia na to, czy bardziej doświadczona jest osoba, który uczestniczyła przy budowie tunelu o długości 700,0 m, 1.500,0 m, czy też 50,0 m. Tunel jako drogowy obiekt inżynierski jest na tyle skomplikowanym obiektem, że ten parametr nie może absolutnie wpływać na ocenę doświadczenia danej osoby. Po drugie jest powszechnie wiadome, że w Polsce tunele o takiej długości w ostatnich latach w zasadzie nie powstawały, w związku z tym tego typu ograniczenie nie sprzyja konkurencji, albowiem osób na rynku budowlanym, którzy legitymują się takim doświadczeniem jest niewielu.

A ponadto zamawiający ograniczył konkurencję poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się przez kandydata doświadczeniem zdobyтым przy realizacji jedynie tuneli komunikacyjnych. Przepisy nie definiują takiej kategorii tuneli. W rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie [Dz. U. z 2000, nr 63, poz. 735 ze zm.) czy też w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie (Dz. U. z 2011, nr 144, poz. 859], czy też wreszcie w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. (Dz. U. z 1998, nr 151, poz. 987) nie ma pojęcia tunelu komunikacyjnego. Wymóg związku doświadczenia z realizacją tunelu komunikacyjnego nie występuje w przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania wiedzą i doświadczeniem. W tym przypadku zamawiający ustanowił jedynie wymóg związany z tunelem, a nie z tunelem komunikacyjnym. Ograniczenie doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia tylko i wyłącznie do tuneli komunikacyjnych nie ma uzasadnienia merytorycznego, skoro warunek zasadniczy (czy warunek dotyczący dysponowania wiedzą i doświadczeniem Wykonawcy) odwołuje się generalnie do doświadczenia zdobytego przy realizacji tuneli jako takich, a nie tylko tuneli komunikacyjnych.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący Energopol podniósł m.in., iż zamawiający ograniczył liczbę wykonawców zaproszonych do złożenia ofert do 10. Jest to liczba dopuszczalna w przepisach ustawy Pzp (art. 51 ust. 1).

Ustawodawca zastrzegł jednak, iż zamawiający winien zaprosić do składania ofert wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję. Konstrukcja jurydyczna art. 51 ust 1 ustawy Pzp wymaga zatem, aby w pierwszej kolejności zamawiający zweryfikował, czy liczba wykonawców, którą zamierza zaprosić do składania ofert ową konkurencję zapewnia, a dopiero następnie określił liczbę z przedziału wskazanego w ustawie (5 – 20). Nie każda liczba przewidziana w przepisie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp spełnia bowiem zasadniczy z prawnego punktu widzenia wymóg zapewnienia uczciwej konkurencji. Rynek wykonawców takich prac jest rynkiem w pełni otwartym i poddanym konkurencji. Nie istnieją żadne formalne bariery wejścia na ten rynek, co oznacza, iż istnieje znaczna ilość podmiotów zainteresowanych udziałem w tym zamówieniu, nieograniczających się tylko do wykonawców z Polski.

W dniu 29 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez odwołującego Energopol, zamieszczając na swej stronie internetowej wezwanie do przystąpienia do przedmiotowego postępowania oraz kopię odwołania.

W dniu 29 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SALINI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 10 maja 2016 r. (pismem z tej samej daty) odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

Odwołujący Energopol oświadczył na rozprawie, iż cofa zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ustanowienia obowiązku wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym przy realizacji robót polegających na wykonaniu tunelu metoda drążoną TBM o określonej średnicy zewnętrznej tunelu, tj. co najmniej 10,00 metrów oraz związany z tym wniosek o powołanie biegłego.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2016 r. odwołania o sygn. akt: KIO 647/16 i KIO 721/16 zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 647/16

Zarzut dotyczący nieproporcjonalności i nieadekwatności warunku udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest „zaprojektowanie i budowa połączenia komunikacyjnego drogowego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu o długości ok. 3 km. (...) W ramach inwestycji przewiduje się wykonanie w szczególności następujących robót budowlanych:

- wykonanie robot przygotowawczych,

- budowę tunelu:

*metodą drążoną TBM (...) o długości około 1,44 km,

*metodą odkrywkową od strony wyspy Uznam (o długości około 460 metrów) i od strony wyspy Wolin (około 400 metrów)(...)”.

O udzielenie zamówienia – zgodnie sekcją III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu punkt 1.1.a) - mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.1) Posiadania wiedzy i doświadczenia: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążeniową TBM o długości co najmniej 700,0 m i średnicy zewnętrznej tunelu co najmniej 10,0 m”.

Odwołujący SALINI podniósł m.in., że sposób oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, określony w sekcji III.2.3) pkt. 1.1.a) ogłoszenia, odnoszący się do zrealizowania co najmniej jednego zadania polegającego na wybudowaniu tunelu metodą TBM o średnicy minimum 10 m nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w charakterze

przedmiotu zamówienia i jest w stosunku do niego nieproporcjonalny i nieadekwatny, natomiast narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Opis ten powinien być więc związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu punkt 1.1.a) jest niewątpliwie związany z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizacji robót podobnych do tych, które są objęte jego przedmiotem. Nie budzi przy tym wątpliwości odwołującego SALINI postawione przez zamawiającego żądanie wykazania się przez wykonawców realizacją zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążeniową TBM o określonej długości (co najmniej 700,0 m). Kwestionuje natomiast żądanie wykazania się przez wykonawców realizacją zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążeniową TBM o średnicy zewnętrznej tunelu co najmniej 10,0 m, podnosząc iż wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwym jest, iż opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy dokonać w sposób proporcjonalny, a więc z uwzględnieniem charakteru zamówienia, ilości lub jego znaczenia oraz przeznaczenia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Niemniej jednak celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, ale tylko tych wykonawców, którzy wykażą swą zdolność do należytego wykonania danego zamówienia. Dlatego też opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. powinien być niezbędny do realizacji jego celu, czyli ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi wówczas, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Przenosząc powyższe na ten konkretny stan faktyczny stwierdzić należy, że w kwestionowanym postanowieniu ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.3) punkt 1.1.a), dotyczącym opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunku wiedzy i doświadczenia – wymogu wykazania się realizacją zadania polegającego na budowie tunelu wykonanego metodą drążeniową TBM o średnicy zewnętrznej tunelu co najmniej 10,0 m), podnoszona przez odwołującego SALINI nieproporcjonalność nie występuje. Wymóg ten – jak podniósł zamawiający – podyktowany jest skalą trudności przedmiotowej inwestycji, której podstawowym elementem jest drogowy tunel drążony metodą TBM (średnica wewnętrzna tunelu – 10,5 m: średnica zewnętrzna – 11,5 m). Tunel będzie bowiem przebiegał w bardzo trudnych warunkach geologicznych i hydrologicznych. Jak wynika ze złożonej przez zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach tunel będzie drążony pod rzeką Świną, co determinuje wystąpienie określonych uwarunkowań technicznych i środowiskowych. Prace wykonywane podczas realizacji zamówienia będą oddziaływać przede wszystkim na środowisko przyrodnicze i gruntowo – wodne. Tunel leży bowiem w bezpośrednim sąsiedztwie obszarów chronionych „Natura 2000” i rezerwatu przyrody, w strefie bezpośredniego oddziaływania na punkt ujęcia wody miasta Świnoujście, w trudnym terenie urbanistyczno-przemysłowym (pod terminalem promowym). Warunki te mają więc wpływ na stopień trudności realizowanej inwestycji. Tunel będzie drążony, co jest niewątpliwe, w trudnej strefie hydrogeologicznej Niemniej jednak obok tych warunków, warunków determinowanych wydaną decyzją istotne znaczenie mają także warunki techniczne. Przejście pod Świną zaplanowano bowiem – jak wynika z wydanej decyzji - poprzez wykonanie tunelu drążonego, dwuprzestrzennego z rozdzielonymi kierunkami ruchu (dwukierunkowe jezdnie o parametrach klasy GP oraz korytarze ewakuacyjne). Średnica tunelu jest więc bezpośrednio związana z szerokością zaprojektowanej jezdni. Wydrążenie tunelu o takiej średnicy, jak w przedmiotowym postępowaniu, jest możliwe za pomocą urządzenia TBM o dużej średnicy tarczy. Ta z kolei, w powiązaniu z warunkami hydrologiczno-geotechnicznymi, decyduje o wielkości osiadań podłoża gruntowego. Wobec tego koniecznym jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w drążeniu tuneli o średnicy powyżej 10,0 m, a co za tym idzie, umiejętności działania w sytuacjach wystąpienia szeregu ryzyk, na które wskazano w wydanej decyzji. Inna będzie bowiem skala trudności przy drążeniu tunelu z zastosowaniem małej średnicy tarczy inna zaś przy dużej średnicy tarczy. To właśnie przy dużej średnicy tarczy większe jest prawdopodobieństwo napotkania nieprzewidzianych przeszkód i konieczność ich szybkiego i sprawnego usunięcia oraz zapobieżenie w ten sposób zatrzymaniu wiercenia. Realizacja zamówienia na terenie o tak wielu uwarunkowaniach wymaga odpowiedniego doświadczenia ze strony wykonawcy. Wobec tego nie może być tu mowy o

nieproporcjonalności. To dopiero usunięcie wymogu dotyczącego średnicy tarczy i pozostawienie jedynie wymogu co do głębokości tunelu doprowadziłoby do sytuacji, w której zamówienie realizowałby wykonawca niegwarantujący należytego wykonania zamówienia. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Sygn. akt KIO 721/16

Zarzut dotyczący doświadczenia wymaganego od osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja III.2.3 Kwalifikacje techniczne pkt 1.2) lit. b) ppkt 2),p pkt 3 i ppkt 4) (str. 12 ogłoszenia zamówienia) „Potencjał kadrowy”:

- ppkt 2) - „osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy” podał:

„Doświadczenie zawodowe;

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego) o długości co najmniej 700,0 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy

lub

Kierownika Robót Mostowych dla wykazanych powyżej tuneli lub

Inżyniera Kontraktu”

- ppkt 3) - „osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych” podał:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic od rozpoczęcia robót do zakończenia funkcji na stanowisku: Kierownika Robót Drogowych (...)

- ppkt 4) - „osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych” podał:

„Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego) o długości co najmniej 700,0 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: Kierownika Robót Mostowych (...).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Za nieuprawnione Izba uznała odnoszenie treści tego wymogu do wymogu postawionego przez zamawiającego realizującego inwestycję w Gdańsku (pod Martwą Wisłą). Było to bowiem inne postępowanie. Inne były warunki udziału w postępowaniu oraz

inny opis sposobu oceny spełniania tych warunków. Istotnie obecne wymogi, co przyznały strony na rozprawie, są bardziej rygorystyczne w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych oraz Kierownika Robót Mostowych, jednakże – jak podniósł zamawiający – w tamtym postępowaniu były one zbyt małe, co w konsekwencji doprowadziło do wielu trudności, jakie pojawiły się w trakcie jego realizacji.

Zamawiający, co jest niewątpliwe, ma prawo tak postawić warunki, aby zamówienie realizował podmiot profesjonalny i dający gwarancję jego należytego wykonania. Tak też te warunki zostały określone.

Istotnie funkcja Inspektora Nadzoru Inwestorskiego jest podobnie, jak i funkcja Kierownika Budowy samodzielną funkcją techniczną w budownictwie. Niemniej jednak dla każdej z tych funkcji wyodrębnia się inne rodzaje działalności charakterystyczne dla każdej z tych funkcji. I tak: dla funkcji Kierownika Budowy jest to kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, natomiast dla funkcji Inspektora Nadzoru jest to wykonywanie nadzoru inwestorskiego. Tak więc inne jest doświadczenie zdobyte w ramach pełnienia każdej z tych funkcji. Funkcje te mają bowiem inne obowiązki (obowiązki Kierownika Budowy są zdefiniowane w art. 22 ustawy Prawo budowlane, natomiast obowiązki Inspektora Nadzoru w art. 25 tejże ustawy). Wobec tego doświadczenie zdobyte w ramach pełnienia tych funkcji nie jest porównywalne.

Wiedza i doświadczenie Kierownika Budowy oraz Inspektora Nadzoru nie odpowiada także wiedzy i doświadczeniu Kierownika Robót Drogowych czy też Kierownika Robót Mostowych. Kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Niemniej jednak przy prowadzeniu robót budowlanych do kierowania, którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż ta, którą posiada kierownik budowy inwestor jest zobowiązany – zgodnie z art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane - zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. A co niewątpliwie oznacza, że kierowników robót może być na budowie wielu, w zależności od potrzeb danej inwestycji. Dlatego też nie można łączyć wiedzy i doświadczenia kierownika budowy z wiedzą i doświadczeniem kierownika robót branżowych, gdyż kierownik budowy nie zawsze będzie miał doświadczenie kierownika robót branżowych, w tym przypadku Kierownika Robót Drogowych czy też Kierownika Robót Mostowych. Takiego doświadczenia (w odniesieniu do tych funkcji - Kierownika Robót Drogowych czy też Kierownika Robót Mostowych) tym bardziej nie będzie posiadał Inspektor Nadzoru. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący wymogu doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót

Mostowych, tj. doświadczenia w realizacji „tunelu komunikacyjnego (drogowego, kolejowego, metra lub tramwajowego) o długości co najmniej 700,00 m”. Dla zamawiającego istotnym było, z uwagi na skalę i charakter planowanego przedsięwzięcia, posiadanie przez osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji doświadczenia w realizacji tunelu komunikacyjnego o określonej długości. Złożoność i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia uzasadnia, w ocenie Izby, wprowadzenie wymogu legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym przy budowie tunelu komunikacyjnego a nie jakiegokolwiek tunelu.

Zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówienie Sekcja IV: Procedura, pkt IV.1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału podał „przewidywana liczba wykonawców: 10”.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc, iż zamawiający powinien zaprosić do składania ofert wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, wobec czego zamawiający powinien najpierw ustalić czy liczba wykonawców, którą zamierza zaprosić do składania ofert ową konkurencję zapewnia, a dopiero następnie określić liczbę z przedziału wskazanego w ustawie, gdyż nie każda liczba przewidziana w ustawie spełnia wymóg zapewnienia uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 51 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Z treści powyższego przepisu niewątpliwie wynika, że zamawiający zaprasza do składania ofert tych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak nie wszystkich wykonawców, którzy te warunki spełniają, ale wykonawców w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu zapewniającej konkurencję. Zamawiający w tym postępowaniu, określając liczbę wykonawców, jak podniósł w złożonym piśmie procesowym, brał pod uwagę nie tylko własne doświadczenie, ale dokonał także sprawdzenia czy liczba 10 wykonawców (liczba wykonawców, których chce zaprosić do składania ofert) zapewni zachowanie uczciwej konkurencji. Oceniał to również przez pryzmat innych postępowań, których przedmiotem była budowa drogi wraz z tunelem. Zaproszeni do składania ofert mają być bowiem tylko ci wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w stopniu najwyższym, a co za tym idzie otrzymali największą ilość punktów, a nie wszyscy wykonawcy, którzy te warunki spełniają. Istota trybu przetargu ograniczonego przejawia się bowiem w prawie zamawiającego do ograniczenia złożenia oferty tylko do

wykonawców przez siebie uprzednio zaproszonych w liczbie wskazanej już w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. To zamawiający wykazał, że uczynił zadość przepisowi art. 51 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast odwołujący Energopol nie tylko, że nie wskazał jaka – w jego ocenie – liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert jest liczbą spełniającą wymogi tego przepisu, jak również nie przedstawił na tę okoliczność żadnych argumentów. Nie wykazał także, że doszło do ograniczenia konkurencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołujących w treści wniesionych odwołań.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego wysokości 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) oraz noclegu pełnomocników w wysokości 1 338 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: