

WYROK
z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Zakład Instalacji Budowlanych II Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **A.** umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1 - 8 oraz 10 wobec cofnięcia zarzutów przez odwołującego.
B. w pozostałym zakresie odwołanie oddala.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakład Instalacji Budowlanych II Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00** gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pod nazwą Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023 — 2025, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.Urz.UE: 2023/S 080-240945 dnia 24.04.2023 r.

Odwołujący: Zakład Instalacji Budowlanych II Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach wniósł dnia 28 kwietnia 2023 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjęte w postępowaniu wobec treści ogłoszenia oraz wobec treści dokumentów prowadzonego zamówienia, polegających na dokonaniu takich zapisów, które utrudniają lub uniemożliwiają uczciwą konkurencję, naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, a także zasadę proporcjonalności, co jest niezgodne z przepisami pzp, tj.:

1. Sformułowanie ogłoszenia w części 11.2.4) Opis zamówienia pkt 4) oraz podpunkt 4a), 4b) i 4c) zapisów o treści naruszającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez ograniczenie kosztów tylko jednemu potencjalnemu wykonawcy poprzez wymóg przewożenia materiału zgromadzonego na dotychczasowym placu składowym na plac składowy Wykonawcy i nie podlegającego odrębnej zapłacie, a jedynie ujęcia wskazanych kosztów w cenach jednostkowych TER (koszty ogólne), przy jednoczesnym przyjęciu kryterium udzielenia zamówienia cena — waga: 60, podczas gdy obecny właściciel placu, gdyby chciał stanąć do przetargu, nie poniesie wskazanych kosztów przewozu, gdyż materiał może pozostać na obecnym placu składowym.

2. Sformułowanie treści ogłoszenia w części 11.2.4) Opis zamówienia pkt 3) zapisów wskazujących na to, że roboty należy prowadzić zgodnie z warunkami STWiORB, które to stanowią załącznik nr 7 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), a zawierający w pkt 24.2 OST zapis, iż Niezwłocznie (tj. do 30 dni) po podpisaniu umowy, Wykonawca będzie zobowiązany przewieźć już zgromadzone materiały z placu składowego dotychczasowego Wykonawcy, zlokalizowanego w Gliwicach przy ul. Nad Bytomką 1 na swój plac składowy.

3. Sformułowanie treści ogłoszenia w części III.1.3) Warunki udziału Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji, warunku konieczności dysponowania przez Wykonawcę na placu składowym utwardzonym, zainstalowaną wagą o zakresie ważenia 60 ton, podczas gdy nie ma możliwości poruszania się po drogach publicznych samochodami o takiej masie (pojazd

nienormatywny), co powoduje przyjęcie warunków niepoporcjonowanych do przedmiotu zamówienia.

4. Sformułowania treści ogłoszenia i SWZ, w których brakuje wyznaczenia przez Zamawiającego wizji lokalnej na terenie placu składowego w Gliwicach przy ul. Nad Bytomką 1 celem umożliwienia Wykonawcom oszacowania ilości ewentualnego załadunku i kosztów transportu zgromadzonego materiału podczas gdy ze względu na specyfikację przedmiotu zamówienia SWZ winien taka wizję przewidywać/umożliwiać.

5. Sformułowanie treści SWZ w części 3 Opis przedmiotu zamówienia pkt 7) i 7) c) o treści naruszającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając koszty tylko jednemu potencjalnemu wykonawcy, poprzez wymóg przewożenia materiału zgromadzonego na dotychczasowym placu składowym, na plac składowy Wykonawcy i nie podlegającego odrębnej zapłacie, a jedynie ujęcia wskazanych kosztów w cenach jednostkowych TER (koszty ogólne), przy jednoczesnym przyjęciu kryterium udzielenia zamówienia cena — waga: 60, podczas gdy obecny właściciel placu, gdyby chciał stanąć do przetargu, nie poniesie kosztów przewozu, gdyż materiał może pozostać na obecnym placu składowym.

6. Sformułowanie treści SWZ w części 9 pkt 4 1) Warunki udziału Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji, w zakresie warunku konieczności dysponowania przez Wykonawcę na placu składowym utwardzonym zainstalowaną wagą o zakresie ważenia 60 ton, podczas gdy nie ma możliwości poruszania się po drogach publicznych samochodami o takiej masie (pojazd nienormatywny), co powoduje przyjęcie warunków niepoporcjonowanych do przedmiotu zamówienia.

7. Sformułowanie treści Wzoru umowy w § 1 ust. 4 pkt 5, S 3 ust. 2 pkt 15b) oraz § 3 ust. 2 pkt 1) w sposób wiążący dla obowiązywania zapisów z SWZ i jego załączników w treści, na którą odwołujący wskazuje w pkt 1-5 nin. odwołania.

8. Sformułowanie treści wymogów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy (warunki udziału w postępowaniu) poprzez konieczność wykazania wykonania wszystkich określonych przez Zamawiającego robót (SWZ pkt 9 ust. 4, Ogłoszenie 111.1.3) część pierwsza, co wykonawca musi wykazać a)-g) w podanym okresie) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. zbyt duże wymogi w stosunku do realnych i istniejących w przetargach prowadzonych przez miasta ościenne, o porównywalnej wielkości, co finalnie prowadzi do nieuzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.

9. Sformułowanie treści SWZ w części 9 pkt 4 Warunki udziału Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji oraz ogłoszenia w części III 1.3), w zakresie warunku konieczności wykazania przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat wykonania wszystkich wymienionych robót w ciągu 1 roku co nie znajduje uzasadnienia ponieważ zamówienia obejmujące taką ilość robót zwykle nie są zawierane na rok, a na okres dłuższy co oznacza, że jest znikoma

szansa żeby w ciągu roku wystąpiły wszystkie te roboty, a jeżeli tak to wymóg ten spełnia tylko jeden Wykonawca, co powoduje finalnie nieuzasadnione zawężenie kręgu Wykonawców i postawienie wymogów nieadekwatnych dla zamówienia.

10. Sformułowanie treści SWZ w części 9 pkt 4 Warunki udziału Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji oraz ogłoszenia w części III 1.3), w zakresie warunku konieczności w przypadku podmiotów występujących wspólnie posiadania wiedzy i doświadczenia w całości przynajmniej przez jeden z podmiotów występujących wspólnie, co zawęża krąg potencjalnych Wykonawców (w tym chcący ubiegać się o zamówienie jako konsorcjum) co nie znajduje uzasadnienia ani prawnego ani faktycznego, bowiem taki wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co finalnie powoduje nieuzasadnione zawężenie kręgu Wykonawców i postawienie wymogów nieadekwatnych do zamówienia.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, poprzez uprzywilejowanie w procedurze przetargowej dotychczasowego Wykonawcy.

2. art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny, poprzez postawienie przez Zamawiającego warunku konieczności dysponowania przez Wykonawcę na placu składowym utwardzonym zainstalowaną wagą o zakresie ważenia 60 ton, podczas gdy nie ma możliwości poruszania się po drogach publicznych samochodami o takiej masie (pojazd nienormatywny), a także poprzez postawienie zbyt dużych wymogów w stosunku do realnych i istniejących w przetargach prowadzonych przez miasta ościenne, o porównywalnej wielkości, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.

3. art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, poprzez postawienie przez Zamawiającego warunku konieczności wykazania wykonania robót w czasookresie o którym mowa w pkt III 1.3) ogłoszenia oraz w pkt 9 ust. 4 SWZ

4. art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, poprzez wskazanie konieczności w przypadku podmiotów występujących wspólnie posiadania wiedzy i doświadczenia w całości przynajmniej przez jeden z podmiotów występujących wspólnie co zawęża krąg potencjalnych Wykonawców (w tym chcący ubiegać się o zamówienie jako konsorcjum)

5. art. 21 ust. 1 pkt 4) pzp polegające na podjęciu przez Zamawiającego działań nie uwzględniających upowszechniania dobrych praktyk i narzędzi zakupowych, poprzez uprzywilejowanie w procedurze przetargowej dotychczasowego Wykonawcy.
6. art. 83 ust. 1 pzp polegające na nie dokonaniu przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, uwzględniających rodzaj i wartość zamówienia, a uwzględniających w głównej mierze interes dotychczasowego Wykonawcy, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.
7. art. 99 ust. 2 pzp polegające na określeniu przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cechy dostaw, usług oraz robót budowlanych, w szczególności w postaci warunków składowania materiałów w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów Zamówienia.
8. art. 99 ust. 4 pzp polegające na opisywaniu Przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wskazanie szczególnego procesu dotyczącego przechowywania materiałów rozbiórkowych, który charakteryzuje usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania dotychczasowego Wykonawcy i powoduje de facto wyeliminowanie pozostałych potencjalnych Wykonawców.
9. art. 112 ust. 1 pzp polegające na określeniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez określenie warunków przechowywania przez Wykonawcę materiałów rozbiórkowych.
10. art. 112 pzp w zw. z § 3 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (dalej jako: „Rozporządzenie”) oraz w zw. z Dyrektywą Rady 96/53/WE z dnia 25 lipca 1996 r. ustanawiającą dla niektórych pojazdów drogowych poruszających się na terytorium Wspólnoty maksymalne dopuszczalne wymiary w ruchu krajowym i międzynarodowym oraz maksymalne dopuszczalne obciążenie w ruchu międzynarodowym (dalej jako: „Dyrektywa”) polegające na postawieniu warunku konieczności dysponowania przez Wykonawcę na placu składowym utwardzonym zainstalowaną wagą o zakresie ważenia 60 ton, podczas gdy nie ma możliwości poruszania się po drogach publicznych wewnętrznych samochodami o takiej masie (pojazd nienormatywny).
11. art. 116 ust. 1 pzp polegające na określeniu warunków potencjału technicznego Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do odpowiedniego poziomu jakości dla tego rodzaju zamówienia.
12. art. 112 pzp w zw. z art. 134 ust. 2 pzp w zw. z art. 131 ust. 2 pkt 1) polegające na braku wyznaczenia wizji lokalnej co prowadzi do uprzywilejowania tylko jednego wykonawcy tj. dotychczasowego na placu którego składowany jest materiał poprzez ograniczenie możliwości zapoznania się z ilością i rodzajem materiałów przez innych Wykonawców

Wskazując na powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 c) nakazanie Zamawiającemu zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie jeżeli jest niezgodne z obowiązującymi przepisami w sposób zapewniający zachowanie zasad określonych w art. 99 pzp i innych.
2. Zgodnie z art. 554 ust. 1 i ust. 2 pzp uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na stwierdzenie naruszeń, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, stwierdzenia niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów pzp.

Uzasadnienie

Odwołujący zamierza złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę. Jest osobą prawną oferującą na rynku wykonywanie robót związanych z utrzymaniem dróg i ulic, chodników, obiektów inżynierskich oraz innych urządzeń i budowli związanych z siecią dróg.

Warunki kontraktowe w postaci kryteriów kwalifikacji są nieadekwatne, znaczenie zawyżone i rozszerzone w stosunku do realnych potrzeb Zamawiającego na co wskazują warunki przetargów z miast ościennych o podobnej wielkości, strukturze i zapotrzebowaniu. Jednocześnie takie kwalifikacje spełnia dotychczasowy Wykonawca.

Z uwagi na powyższe niniejszy przetarg jest przygotowany pod wybór oferty dotychczasowego Wykonawcy, który co istotne jedynym jego akcjonariuszem jest Gmina Gliwice.

W konsekwencji, wnosi jak w niniejszym odwołaniu.

Załączniki: Pozostałe Dowody: ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty cząstkowe nawierzchni dróg oraz ciągów pieszych na terenie miasta, Zamawiający Miasto Zabrze — Prezydent Miasta ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Bieżące utrzymywanie jezdni, chodników, pobocza i urządzeń odwadniających dróg powiatowych oraz dróg wojewódzkich na terenie Powiatu Częstochowskiego, Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remont cząstkowy drogi wewnętrznej na terenie miasta Bielsko -Białej w 2022 roku, z podziałem na dwie części; Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty nawierzchni bitumicznej dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2023; Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty i bieżące utrzymanie dróg, w zakresie robót polegających na utrzymaniu i remontach dróg na terenie miasta Opola; SWZ na roboty budowlane Remont nawierzchni asfaltowych dróg na terenie Miasta Rybnik; Zestawienie wymogów; Zestawienie ofert z postępowania ZDW.26.19.2020 JL Utrzymanie dróg publicznych na terenie miasta Gliwice; Oferta, SWZ, STWiORB, wzór umowy do postępowania ZDM-ZPU.26.14.2023 MZ Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025

Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w odpowiedzi z dnia 15 maja 2023 r. na wniesione odwołanie, wniósł o jego oddalenie.

W aktualnym stanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pod nazwą „Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025” odwołanie ocenić trzeba jako bezzasadne za czym przemawiają następujące argumenty.

1. Zamawiający otrzymał informację o odwołaniu 28 kwietnia 2023, a w owej chwili (art. 8 ust. 1 i 2 Pzp) odwołanie w zasadniczej części było już bezprzedmiotowe, jako że zamawiający, na skutek pytań do specyfikacji skierowanych przez odwołującego, jeszcze przed wniesieniem odwołania dokonał zmiany specyfikacji i wykreślił obowiązek przewiezienia materiałów z placu składowego. Stosowną zmianę wprowadzono także w projekcie umowy.

2. Po otrzymaniu odwołania, zamawiający dokonał modyfikacji swz generalnie w kierunku zmniejszenia wymogów udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Zakres dokonanych zmian obrazuje tabela stanowiąca załącznik do odpowiedzi. Zmodyfikowane ilości są adekwatne do rzeczywistych potrzeb zamawiającego i są możliwe do spełnienia dla szerokiego kręgu wykonawców, realizujących usługi tego typu jak te objęte przedmiotem zamówienia.

Godzi się wskazać, że odwołujący nie wskazuje w odwołaniu jakie wielkości (wyrażone w metrach kwadratowych bądź bieżących) byłyby właściwe, proporcjonalne i adekwatne jako wymogi udziału w postępowaniu. Posługuje się niedookreślonym sformułowaniem „zbyt duże” (pkt 8 na stronie 3 odwołania). Odwołujący odnosi to do innych wymogów w stosunku do realiów miast ościennych w stosunku do Gliwic, jednakże w tym zakresie, prócz odwołania się do danych z miast ościennych nie czyni z tych danych żadnego użytku i nie przeprowadza na ich podstawie żadnego wywodu (art. 534 ust. 1 Pzp). Tymczasem należy tu mieć na uwadze charakter miasta Gliwice - przeszło 700 letniego dużego przemysłowo-usługowego miasta, w ramach którego występuje zarówno stara zabudowa miejska (wąskie ulice z kamienicami) jak i zabudowa typu wiejskiego, a także duże nasycenie infrastrukturą podziemną. Prace drogowe na terenie miasta Gliwice można zakwalifikować jako roboty o dużym stopniu skomplikowania. Prac w takich warunkach nie można porównać do wielu pozornie podobnych zamówień w gminach ościennych jak sugeruje treść odwołania. Analogiczne wymogi obowiązywały we wcześniejszych postępowaniach i było co najmniej dwóch wykonawców je spełniających, tj. obecnie przystępujący oraz Eurotech sp. z o.o. do tej pory realizujący zamówienie.

Zamawiający wymaga by wszystkie wskazane w specyfikacji przeroby zaistniały w ciągu jednego roku, przy czym ów rok „przerobowy” winien być zaistnieć w ciągu ostatnich pięciu lat. Zakres prac, które wykonawca ubiegający się o zamówienie musiał wykonać w ciągu

jednego dobrowolnie wybranego roku w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert odpowiadają remontowi jednej drogi o długości 800 m o asfaltowej jezdni o szerokości 5,0 m, obustronnych chodnikach z kostki betonowej o szerokości 2,0 m każdy i 64 miejscach postojowych prostopadłych z kostki betonowej. Dla wykonawcy, którego głównym profilem działalności są roboty drogowe, spełnienie ww. warunku nie powinno być problemem szczególnie, że dopuszczono łączenie doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający nie wymaga przy tym, aby całość prac musiała zostać wykonana w ramach jednego zadania. Wykonawca może dobrowolnie łączyć umowy i zadania, które wykonał w ciągu dobrowolnie wybranego roku na spełnienie warunku. Odwołujący zwalcza wymóg, którego najpewniej nie spełnia, jednak nie wskazuje na czym miałby polegać brak uzasadnienia dla tego wymogu w odniesieniu do warunków niniejszego postępowania. Co więcej – zamawiający obniżył ilości metrów utrzymując konkretne typy przerobów, co jednak – jak się wydaje – nadal nie sprawa, że odwołujący spełnia wymogów postępowania.

3. Zamawiający obniżył też oczekiwania techniczne dotyczące wagi zmniejszając udźwig z 60 do 40 ton.

4. W zakresie ostatniego z zarzutów zamawiający podnosi, że wizja lokalna jest możliwa z własnej woli zamawiającego ew., gdy wizja jest konieczna ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia.

5. Zgodnie z art. 552 ust. 1 p.z.p., wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać samo przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. Mając powyższe na uwadze wniósł, jak w petitum.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosiło Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący w odpowiedzi na stanowisko zamawiającego cofnął odwołanie w części tj. w zakresie pkt 1-8 oraz pkt 10.

Niniejsze oznacza, że Odwołujący podtrzymał pkt 9, który to nie został uwzględniony przez Zamawiającego tj.:

9) Sformułowanie treści SWZ w części 9 pkt 4 Warunki udziału Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji oraz ogłoszenia w części III 1.3), w zakresie warunku konieczności wykazania

przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat wykonania wszystkich wymienionych robót w ciągu 1 roku co nie znajduje uzasadnienia ponieważ zamówienia obejmujące taką ilość robót zwykle nie są zawierane na rok a na okres dłuższy co oznacza że jest znikoma szansa żeby w ciągu roku wystąpiły wszystkie te roboty, a jeżeli tak to wymóg ten spełnia tylko jeden Wykonawca co powoduje finalnie nieuzasadnione zawężenie kręgu Wykonawców i postawienie wymogów nieadekwatnych dla zamówienia.

Zatem aktualne pozostają w tym zakresie zarzuty naruszenia:

1. art. 16 pkt 1 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;
2. art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, przez postawienie zbyt dużych wymogów w stosunku do realnych i istniejących w przetargach prowadzonych przez miasta ościenne, o porównywalnej wielkości, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.
3. art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, poprzez postawienie przez Zamawiającego warunku konieczności wykazania wykonania robót w czasookresie o którym mowa w pkt III 1.3) ogłoszenia oraz w pkt 9 ust. 4 SWZ
4. art. 21 ust. 1 pkt 4) pzp polegające na podjęciu przez Zamawiającego działań nie uwzględniających upowszechniania dobrych praktyk i narzędzi zakupowych, poprzez uprzywilejowanie w procedurze przetargowej dotychczasowego Wykonawcy.
5. art. 83 ust. 1 pzp polegające na nie dokonaniu przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, uwzględniających rodzaj i wartość zamówienia, a uwzględniających w głównej mierze interes dotychczasowego Wykonawcy, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.
6. art. 99 ust. 2 pzp polegające na określeniu w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cech dostaw, usług oraz robót budowlanych, w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów Zamówienia;
7. art. 116 ust. 1 pzp polegające na określeniu warunków potencjału technicznego Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do odpowiedniego poziomu jakości dla tego rodzaju zamówienia.

Zamawiający po otrzymaniu stanowiska pełnomocnika odwołującego o częściowym cofnięciu odwołania i podtrzymaniu odwołania w zakresie punktu 9 wniósł pismem z 16 maja 2023 r. o przeprowadzenie na dowodu z dokumentu tj. wydruku pytań do specyfikacji zadanych przez odwołującego, w których usiłuje on spowodować radykalne obniżenie wymogów udziału w

postępowaniu. Dowód ten potwierdza, że odwołujący kwestionuje wymogi udziału w postępowaniu w zakresie przerobu ilościowego (wyrażonego w metrach kwadratowych i bieżących) nie dlatego, że są one rzekomo zawyżone, ale li tylko dlatego, że nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w realizacji robót adekwatnych do przedmiotu zamówienia.

„Działając w trybie ust. 1 i ust 2 pzp zwracam się z wnioskiem o wyjaśnienie SWZ oraz wnoszę w tym zakresie na podstawie art. 137 pzp o zmianę SWZ i jego załączników:

1. Wyjaśnienie dlaczego w SWZ Rozdział 9 ust. 4 Określenie warunków zmieniono parametry (na oznaczone kolorem czerwonym), które są nadal znacznie zawyżone niż w miastach ościennych przy podobnych zamówieniach i czy Zamawiający planuje dokonanie kolejnej zmiany na parametry przy propozycji (oznaczonej kolorem zielonym) jn.:

- a) układanie nawierzchni z betonu asfaltowego min. 4 000 m²; zmiana na 1000
- b) wykonanie nawierzchni z kostki betonowej min. 4 000 m²; zmiana na 1000
- c) wykonanie podbudów z kruszywa łamanego min. 4 000 m²; zmiana na 1000

/.../ W przypadku podmiotów występujących wspólnie warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia będzie oceniany łącznie. Wykonawca musi dysponować niżej wymienionymi pełnosprawnymi narzędziami, urządzeniami i wyposażeniem:/.../”

Przypomniał, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Za niewystarczające należy uznać samo przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie.

W toku rozprawy odwołujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane uprzednio w złożonych pismach co do wymogu doświadczenia zawodowego określonego w pkt III 1.3) ogłoszenia oraz w pkt 9 ust. 4 SWZ. Stwierdził, że wymóg ten wskazujący na potrzeby legitymowania się określonym zestawem robót w znaczącym rozmiarze w okresie 1 roku narusza zasady wskazane w odwołaniu i jest znacząco nadmiarowy. Prawdopodobne jest, iż istnieją 2 podmioty spełniające ten warunek (wskazane w odpowiedzi na odwołanie), co można uznać za przyznanie tej okoliczności faktycznej. Oceniał, że wymóg dotyczący robót określonych w pkt. A do C obecnie ustalony na 4 000 m² w miastach ościennych wynosi 1500 m² lub takich parametrów w ogóle nie ma, z tego względu oczekuje nakazania przyjęcia takiej wielkości lub jej pominięcia wzorem innych zamawiających. Zauważył przy tym, że w pkt. G zamawiający wskazał wymóg zaświadczenia w zakresie remontu, budowy lub przebudowy obiektu mostowego, który w ogóle nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Nie jest to

zarzut odwołania, jednakże wskazuje na zawyżone i nieadekwatne wymagania zamawiającego w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpatrzeniu merytorycznemu w sprawie podlega zarzut oznaczony przez odwołującego jako zarzut nr 9, wobec cofnięcia pozostałych zarzutów odwołania.

Zarzut w istocie dotyczy wymogu doświadczenia zawodowego określonego w pkt III 1.3) ogłoszenia oraz w pkt 9 ust. 4 SWZ, który w ocenie odwołującego wskazuje na potrzeby legitymowania się określonym zestawem robót w znaczącym rozmiarze w okresie 1 roku naruszając zasady wskazane w odwołaniu i jest znacząco nadmiarowy w porównaniu także do analogicznych postępowań w miastach ościennych.

Skład orzekający zauważa, że przedmiotowe wymogi zostały w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złagodzone przez zamawiającego, jakkolwiek w zakresie nie satysfakcjonującym w pełni odwołującego.

Izba nie podziela jednocześnie stanowiska zamawiającego z dnia 16 maja 2023 r., iż dla rozstrzygnięcia sprawy znaczący jest fakt zadania pytania przez wykonawcę, który „usiłuje spowodować radykalne obniżenie wymogów udziału w postępowaniu”, co ma potwierdzić, że „odwołujący kwestionuje wymogi udziału w postępowaniu w zakresie przerobu ilościowego (wyrażonego w metrach kwadratowych i bieżących) nie dlatego, że są one rzekomo zawyżone, ale li tylko dlatego, że nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w realizacji robót adekwatnych do przedmiotu zamówienia.” Ta okoliczność faktyczna jest naturalna, każdy bowiem wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu, jest zainteresowany uzyskaniem możliwości złożenia przez siebie oferty spełniającej warunki udziału.

Istotna natomiast jest ocena, czy postawione wymogi specyfikacji opisują uzasadnione potrzeby zamawiającego nie naruszając przy tym zasad udzielania zamówień publicznych wskazanych także w odwołaniu. Pomimo to, że ustawodawca, w ustawie – Prawo zamówień publicznych, nie posługuje się pojęciem „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, to można je odnaleźć w szeregu orzeczeń zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. Pojęcie to ma swoją genezę w dorobku orzeczniczym i jest przywoływane wielokrotnie. Uzasadnione potrzeby zamawiającego to swoisty, niewyrażony normatywnie, pozaustawowy, ukształtowany przez praktykę orzeczniczą, weryfikator (miernik) legalności działań i zaniechań zamawiających. Jest to trwały element systemu zamówień publicznych, uniezależniony od skonkretyzowanych regulacji prawnych, kształtujących proces

przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień. W istocie bowiem przyczyną i początkiem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamiar i konieczność zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego wykonującego zadania stanowiące przedmiot jego, co do zasady, statutowej działalności. Uzasadnione potrzeby zamawiającego współlegzystują z wyraźnie wyróżnionymi w ustawie Pzp zasadami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego zamawiający wykazał zasadność sformułowanych w ogłoszeniu i specyfikacji warunków udziału opisując wielkość i charakter prac niezbędnych do wykonywania w mieście o specyficznych uwarunkowaniach w zakresie wielkości i przestrzeni wymaganych do obsługi pasów drogowych miejskich wraz z wymogiem legitymowania się możliwością wykonywania takich prac w określonym czasie. Fakt, iż także po złagodzeniu wymogów, wykonawca nie dysponuje samodzielnie opisanym doświadczeniem technicznym i zawodowym, nie oznacza, że w postępowaniu naruszona została zasada równego traktowania wykonawców.

W świetle dokonanych ustaleń skład orzekający stwierdza, iż nie dopatrył się w rozpatrywanej sprawie, w zakresie podtrzymanego zarzutu, naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołania w odniesieniu do zarzutu podlegającego rozpatrzeniu.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: