

Sygn. akt: KIO 1988/20

KIO 1990/20

WYROK

z dnia 9 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Anna Chudzik
Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1988/20),
- B. w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1990/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

- A. **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Lublinie** (sygn. akt KIO 1988/20),
- B. **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Białymstoku** (sygn. akt KIO 1990/20)

przy udziale:

- A. wykonawcy **KOLİN İNŞAAT TURİZM SANAYİ VE TİCARET A.S.** z siedzibą w **Ankarze (Turcja)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1988/20 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w **Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1988/20 i KIO 1990/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 1988/20 i nakazuje zamawiającemu - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Lublinie wprowadzenie w Sekcji III.1.3 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a SIWZ zmian, polegających na wykreśleniu wymagań dotyczących przejść dla zwierząt oraz wymogu w zakresie wykazania się powyższymi obiektami na nie więcej niż dwóch inwestycjach, nadając temu warunkowi brzmienie sprzed zmiany dokonanej 7 sierpnia 2020 r., tj. formułując go następująco:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a) *1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 PLN netto;*
- b) *1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;*
- c) *1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.*

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020, poz. 470,471).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia 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.).

2. Nakazuje zamawiającemu - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Lublinie doprowadzenie do spójności postanowień SIWZ w zakresie odnoszącym się do nakazanych zmian wskazanych w punkcie 1.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Lublinie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Lublinie na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **24 306 zł 47 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta sześć złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 581,97 zł oraz kosztu noclegu w kwocie 124,50 zł.
4. Uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 1990/20 i nakazuje zamawiającemu - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Białymstoku wprowadzenie w Sekcji III.1.3 pkt 1 lit. a-e Ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a lit. a-e SIWZ zmian, polegających na wykreśleniu wymagań dotyczących przejść dla zwierząt i płazów oraz wymogu w zakresie wykazania się powyższymi obiektami na nie więcej niż dwóch inwestycjach, nadając temu warunkowi brzmienie następujące:

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu)

w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 144 000 000,00 PLN netto;*
- b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.*

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie obu powyższych warunków.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020, poz. 470, 471).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia 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.).

- 5. Nakazuje zamawiającemu - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Białymstoku doprowadzenie do spójności postanowień SIWZ w zakresie odnoszącym się do nakazanych zmian wskazanych w punkcie 4.
- 6. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Białymstoku i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 6.2. zasądza od zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Białymstoku na rzecz wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **24 306 zł 47 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta sześć złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 581,97 zł oraz kosztu noclegu w kwocie 124,50 zł.

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

do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1988/20

KIO 1990/20

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

- Projekt i budowa drogi S19 Lublin - Lubartów od węzła „Lubartów Północ” (wraz z węzłem) do węzła „Lublin Rudnik” (bez węzła) – Oddział w Lublinie (sygn. akt KIO 1988/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 121-293833;
- Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem) – Oddział w Białymstoku (syn. akt KIO 1990/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 150-366800;

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

I. Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1988/20

Odwołujący Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w warunku wiedzy i doświadczenia - w wyniku dokonanej przez Zamawiającego zmiany w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ (i odpowiednio w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia) obejmującej dodanie wymagań zawartych w lit. d i lit. e oraz ograniczenia możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty określone w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż na dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, minimalnych poziomów zdolności/wymagań dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób wykraczający poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp;
2. art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w warunku wiedzy i doświadczenia - w wyniku dokonanej przez Zamawiającego zmiany w pkt 7.2 ppkt 3a/

SIWZ (i odpowiednio w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia) obejmującej dodanie wymagań zawartych w lit. d i lit. e oraz ograniczenia możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty wskazane w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż na dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, minimalnych warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób naruszający cel, któremu mają te warunki służyć, tj. zweryfikowanie możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;

3. art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oraz w § 3 pkt 1-3 rozporządzenia 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 r. nr 63, poz. 735) poprzez sformułowanie w ramach warunku wiedzy i doświadczenia określonego w Sekcji III.1.3 ppkt 1 lit. d-e Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ minimalnych poziomów zdolności/wymagań dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób zawężony do funkcji obiektów inżynierskich, a nie rodzajów obiektów inżynierskich określonych w przepisach rozporządzenia, a przez to sformułowanych w sposób wykraczający poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a także w sposób naruszający cel, któremu mają te warunki służyć, tj. zweryfikowanie możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1-3 rozporządzenia, w oparciu o całokształt okoliczności podniesionych w zarzutach poprzedzających - poprzez sformułowanie w ramach warunku wiedzy i doświadczenia określonego w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności;
5. innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: wprowadzenia w Sekcji III.1.3 pkt 1 Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ zmian, polegających na wykreśleniu wymagań dotyczących przejść dla zwierząt oraz wymogu w zakresie wykazania się powyższymi obiektami na nie więcej niż dwóch inwestycjach, nadając temu warunkowi brzmienie sprzed zmiany dokonanej 7 sierpnia 2020 r., tj. formułując go następująco:

Wykonawca musi wykazać się wiedzę i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 PLN netto;*
- b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;*
- c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.*

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020, poz. 470,471).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia 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.).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że wprowadzone przez Zamawiającego zmianą treści SIWZ z dnia 7 sierpnia 2020 r. postanowienia w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, w sposób zawężony do funkcji obiektów inżynierskich, a nie rodzajów obiektów inżynierskich określonych w przepisach rozporządzenia (lit. d-e), przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty wskazane w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż na dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, stanowią wymóg nadmierny, eliminujący wykonawców nieposiadających tak specyficznego doświadczenia z ubiegania się o zamówienie, który wykracza poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia i jest on nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważał, że swoboda Zamawiającego w zakresie kreowania warunków udziału w postępowaniu jest ograniczona jednoznacznie sformułowaną dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą na bezwzględnym obowiązku przestrzegania zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Dodatkowo swoboda Zamawiającego w tym zakresie

doznaje ograniczeń także ze względu na zobowiązanie w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, aby Zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także ze względu na określenie w art. 22d ust. 1 ustawy Pzp minimalnych warunków, jakie może postawić Zamawiający jako umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwołujący wskazywał, iż przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa drogi S19 Lublin - Lubartów od węzła „Lubartów Północ” (wraz z węzłem) do węzła „Lublin Rudnik” (bez węzła) polegające na wykonaniu prac projektowych oraz wykonaniu robót budowlanych. Odcinek drogi S19 obejmuje ponad 23 km drogi ekspresowej wraz z 32 drogowymi obiektami inżynierskimi. W celu zweryfikowania zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie obiektów inżynierskich o innych funkcjach niż przejścia dla zwierząt Zamawiający wymaga wykazania się przez wykonawców wykonaniem 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A, z tym że jeden obiekt o długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, a drugi obiekt o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. Natomiast w zakresie przejść dla zwierząt Zamawiający wymaga łącznie wykonania 2 obiektów pełniących tę funkcję (1 przejścia dla zwierząt średnich/dużych górą i 1 przejścia dla zwierząt średnich/dużych dołem), gdy w ramach zamówienia realizowanych ma być 8 tego rodzaju obiektów. Brak proporcjonalności jest jeszcze bardziej widoczny przy uwzględnieniu tego, że każde z tych 8 przejść dla zwierząt objętych przedmiotem zamówienia jest drogowym obiektem inżynierskim wskazanym w rozporządzeniu. Tak więc Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w realizacji 2 drogowych obiektów inżynierskich w celu zweryfikowania zdolności wykonania przedmiotu zamówienia obejmującego budowę drogi ekspresowej wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, z których tylko niewielką część stanowią przejścia dla zwierząt.

Wskazać bowiem należy, że w ramach warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. a SIWZ Zamawiający wymaga doświadczenia obejmującego wykonanie budowy lub przebudowy dróg/ulic o klasie drogi/ulicy min. GP, gdzie przy przebudowie dróg/ulic w klasie GP nie jest wymagane stosowanie bezkolizyjnych rozwiązań służących migracji zwierząt, a z drugiej strony wymaga tak szczegółowych realizacji jak przejścia dla zwierząt stosowane przy drogach/ulicach wyższych klas. Zamawiający nie może przy tym ustalać minimalnych poziomów zdolności poprzez doprecyzowanie opisu wymagań wobec obiektów mostowych i innych obiektów inżynierskich w sposób tak szczegółowo określających wymagania funkcjonalne tych obiektów jak ma to miejsce w przypadku wymagania doświadczenia w zakresie przejść dla zwierząt, których cechy w istocie nie

stanowią odzwierciedlenia rzeczywistych zdolności wykonawczych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją tego, że wymagane przez Zamawiającego w warunku wiedzy i doświadczenia przejścia dla zwierząt są drogowymi obiektami inżynierskimi jest przede wszystkim to, że muszą one spełniać wymagania przewidziane w Rozporządzeniu dla każdego rodzaju drogowych obiektów inżynierskich, bez względu na to, jaką miałyby pełnić funkcję. Rozwiązania konstrukcyjne przęsła, filarów, przyczółków nie różnią się w technicznym aspekcie ich konstruowania i wykonania ze względu na pełnioną funkcję. Elementami rozróżniającymi przejścia dla zwierząt, zarówno górne jak też dolne, od drogowych obiektów inżynierskich pełniących inne funkcje, jest wyposażenie tych obiektów, które ma podrzędną rolę wobec ich konstrukcji. Przeważająca część przepisów rozporządzenia ustanawia te same wymogi techniczne dla drogowych obiektów inżynierskich, bez względu na to, jaką funkcję mają one pełnić. Każdy bowiem wykonawca, który wykonał drogowe obiekty inżynierskie o parametrach technicznych nie gorszych niż te wymagane dla przejść dla zwierząt posiada doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, jednakże ze względu na tak sformułowane przez Zamawiającego warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, jest pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Co więcej, należy stwierdzić, iż wykonawca, który spełnia warunek określony w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. b - c SIWZ, daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy w zakresie wszystkich 32 drogowych obiektów inżynierskich objętych przedmiotem zamówienia, w tym także tych ośmiu mających pełnić funkcję przejść dla zwierząt. Skoro wykonawca wykaże się doświadczeniem w zakresie wykonania obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonych skrajnymi dylatacjami obiektu oraz obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że wykonawca ten tym bardziej predystynowany jest do wykonania przejść dla zwierząt o parametrach wymaganych pod lit. d/ - e/. Wynika to przede wszystkim z tego, że powierzchnia takiego obiektu mostowego będzie większa aniżeli powierzchnia obiektu mostowego mającego pełnić funkcję przejścia dla zwierząt o szerokości przejścia 35 m. Niewątpliwie szerokość przejścia 50 m jest większa od szerokości przejścia 35 m. Dodatkowo warunki techniczne wykonania wskazanych w SIWZ przejść dla zwierząt są zdecydowanie niższe aniżeli warunki techniczne wykonania obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A, ponieważ sam Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga, aby przejścia dla zwierząt zostały wykonane w klasie C obciążenia taborem samochodowym wg nieobowiązującego aktualnie Załącznika nr 2 do Rozporządzenia. Klasa obciążenia

pojazdami A wymagana była dla dróg klasy A, S, GP, oraz G, natomiast klasa obciążenia pojazdami C wymagana była wyłącznie dla dróg klasy D. Tak więc obiekty inżynierskie w klasie obciążenia A spełniają wyższe wymagania techniczne niż obiekty inżynierskie w klasie obciążenia C, bez względu na funkcję, jakie te obiekty pełnią.

Należy podkreślić, że poprzez opisanie wymagań wobec drogowych obiektów inżynierskich w tak nieracjonalny sposób, tj. poprzez ich funkcje a nie rodzaj obiektu zgodnie z nomenklaturą wynikającą z rozporządzenia, Zamawiający uwzględnił specyfikę wyłącznie polskiej infrastruktury, uniemożliwiając tym samym wykazanie się doświadczeniem przez wykonawców zagranicznych. W różnych krajach możliwe jest obowiązywanie odmiennych rozwiązań inżynierskich mających na celu zapewnienie migracji zwierząt niezależnie wielkości i rodzajów, niekoniecznie poprzez budowę obiektów inżynierskich, które pełnią wyłącznie funkcje przejść dla dzikich zwierząt. Ponadto, nawet w przypadku realizacji obiektów pełniących funkcję przejść dla zwierząt, obiekty te mogą posiadać inne parametry techniczne aniżeli te wskazane przez Zamawiającego. Stąd też takie określenie warunku jak w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ, jest nie tylko nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz wykracza poza umożliwienie weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale także ogranicza konkurencję wykluczając z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia nie tylko wykonawców krajowych, ale także wykonawców z innych państw, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający dodatkowo zastrzegł, że wykonawca musi wykazać wszystkie zadania wskazane w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. a - e SIWZ na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie. Wymaganie to jeszcze zawęża krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w nieuprawniony sposób. Brak jest bowiem racjonalnego uzasadnienia dla uznania, że wykonawca, który nie nabył doświadczenie przy realizacjach określonych w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, nie miałby posiadać zdolności do należytego wykonania zamówienia, gdy posiada wymagane doświadczenie przy takich realizacjach zdobyte na więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach. Wymaganie to dodatkowo jeszcze ogranicza konkurencję wykraczając poza niezbędne minimum wymagań gwarantujących należyte wykonanie zamówienia. Tak więc to, że konfigurację tych wymagań Zamawiający ograniczył do maksymalnie dwóch inwestycji/zadań uznać należy za dyskryminujące i ograniczające możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez podmioty, które mają doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie zamówienia przewyższające minimalny poziom zdolności, a wynikające z realizacji większej liczby kontraktów obejmujących poszczególne elementy.

To jednak, że sam przedmiot zamówienia może obejmować wykonanie obiektów o powołanych parametrach służących funkcjonalnie migracji zwierząt, nie uzasadnia tworzenia takiego wymogu w ramach warunku udziału w postępowaniu, a dodatkowo jeszcze z zastrzeżeniem wykazania się tymi obiektami na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach. Tak sformułowany przez Zamawiającego warunek jest wymogiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, i jako taki wykracza poza minimalne poziomy zdolności, których spełnienie da rękojmię należytego wykonania zamówienia. Mając na względzie prawo Zamawiającego do weryfikacji zdolności należytego wykonania zamówienia, trzeba mieć przede wszystkim na względzie to, że określenie przez Zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia nie powinno ograniczać konkurencyjności.

Warunek w obecnym brzmieniu jest nadmierny i ogranicza konkurencję nie tylko ze względu na wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji przejść dla zwierząt, ale także ze względu na ograniczenie możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty określone w lit a) - lit. e) muszą zostać wykazane na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie.

II. Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1990/20

Odwołujący Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w warunku wiedzy i doświadczenia w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ (i odpowiednio w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia) wymagań zawartych w lit. c - e oraz ograniczenia możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty określone w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż na dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, jako minimalnych poziomów zdolności/wymagań dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób wykraczający poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1d ustawy Pzp,

2. art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w warunku wiedzy i doświadczenia w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ (i odpowiednio w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia) wymagań zawartych w lit. c - e oraz ograniczenia możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty określone w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie, jako minimalnych warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób naruszający cel, któremu mają te warunki służyć, tj. zweryfikowanie możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości,

3. art 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oraz w § 3 pkt 1-3 rozporządzenia 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 r. nr 63, poz. 735) poprzez sformułowanie w ramach warunku wiedzy i doświadczenia określonego w Sekcji III.1.3 ppkt 1 lit. c-e Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. c - e SIWZ minimalnych poziomów zdolności/wymagań dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób zawężony do funkcji obiektów inżynierskich, a nie rodzajów obiektów inżynierskich określonych w przepisach Rozporządzenia, a przez to sformułowanych w sposób wykraczający poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a także w sposób naruszający cel, któremu mają te warunki służyć, tj. zweryfikowanie możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 pkt. 1-3 rozporządzenia, w oparciu o całokształt okoliczności podniesionych w zarzutach poprzedzających, poprzez sformułowanie w ramach warunku wiedzy i doświadczenia określonego w Sekcji III.1.3 ppkt 1 Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności,

5. innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w Sekcji III.1.3 pkt 1 lit. a-e Ogłoszenia oraz odpowiednio w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. a-e SIWZ zmian, polegających na wykreśleniu wymagań dotyczących przejść dla zwierząt i płazów oraz wymogu w zakresie wykazania się powyższymi obiektami na nie więcej niż dwóch inwestycjach, nadając temu warunkowi brzmienie następujące:

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, co najmniej:

- a) *1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 144 000 000,00 PLN netto;*
- b) *1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.*

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie obu powyższych warunków.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020, poz. 470, 471).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia 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.)

Odwołujący powielił swoje stanowisko prezentowane w odwołaniu o sygn. akt KIO 1988/20. Podnosił, że przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski (bez węzła) - węzła Boćki (z węzłem) polegające na wykonaniu prac projektowych oraz wykonaniu robót budowlanych. Odcinek drogi S19 obejmuje około 12 km drogi ekspresowej wraz z 11 drogowymi obiektami inżynierskimi, w tym 6 przejściami dla zwierząt (3 dużymi/średnimi przejściami dla zwierząt górą oraz 3 dużymi/średnimi przejściami dla zwierząt dołem). Już chociażby to zestawienie jednoznacznie wskazuje, iż w zakresie określenia warunku wiedzy i doświadczenia wymogi są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W celu zweryfikowania bowiem zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie obiektów inżynierskich o innych funkcjach niż przejścia dla zwierząt Zamawiający wymaga wykazania się przez wykonawców wykonaniem 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, natomiast w zakresie przejść dla zwierząt Zamawiający wymaga łącznie wykonania 5 obiektów pełniących tę funkcję (2 przejść dla zwierząt średnich, 1 przejścia dla małych zwierząt oraz 2 przejść dla płazów), podczas gdy w ramach zamówienia realizowanych ma być 6 tego rodzaju obiektów. Brak proporcjonalności jest jeszcze bardziej uzasadniony przy uwzględnieniu tego, że każde z tych 6 przejść dla zwierząt objętych przedmiotem zamówienia jest drogowym obiektem inżynierskim wskazanym w rozporządzeniu.

Skoro zatem każde z określonych przejść dla zwierząt jest jednym ze wskazanych w rozporządzeniu drogowych obiektów inżynierskich oznacza to przede wszystkim, że dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu umowy obejmującego 11 drogowych obiektów inżynierskich Zamawiający wymaga wykazania się realizacją 6 drogowych obiektów inżynierskich, z czego aż 5 obiektów ma być przejściami dla zwierząt. Można na tej podstawie odnieść wrażenie, że istotą i głównym celem realizacji przedmiotu zamówienia jest wykonanie przejść dla zwierząt, a niejako przy okazji realizacji tego celu ma powstać droga ekspresowa wraz z pozostałą infrastrukturą. Zamawiający nie stawia bowiem tak szczegółowych warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy dla realizacji głównego przedmiotu świadczenia objętego zamówieniem, tj.: budowy drogi ekspresowej oraz przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, jak czyni

to w odniesieniu do przejść dla zwierząt. Zamawiający nie może ustalać minimalnych poziomów zdolności poprzez doprecyzowanie opisu wymagań wobec obiektów mostowych i innych obiektów inżynierskich w sposób tak szczegółowo określających wymagania funkcjonalne tych obiektów jak ma to miejsce w przypadku wymagania doświadczenia w zakresie przejść dla zwierząt, których cechy w istocie nie stanowią odzwierciedlenia rzeczywistych zdolnościach wykonawczych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

III. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 1988/20

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności wskazał, że to Zamawiający, z perspektywy własnego doświadczenia oraz mając na uwadze zakres, wagę oferowanego zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu, które winni spełnić wszyscy zainteresowani zamówieniem wykonawcy. To Zamawiający, kontroluje w procesie realizacji przebieg umowy i to czy umowa wykonywana jest należycie i w ostateczności użytkuje jako odbiorca pośredni wybudowane w ramach zamówienia obiekty. Zamawiający jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest przepisami prawa, aby z jednej strony nie dopuścić do realizacji umowy podmiotów, które nie są w stanie w należyty sposób wykonać umowy, z drugiej zrobić to tak, aby nie naruszyć uczciwej konkurencji, ograniczając dostęp wykonawców do zamówienia.

Mając na uwadze dążenie do zapewnienia realizacji zamówienia przez podmioty doświadczone oraz dające rękojmię sprawnego i profesjonalnego wykonania zamówienia, postanowiono o dokonaniu przeglądu stawianych wykonawcom warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Jedną z przyczyn ewaluacji stosowanych warunków było współfinansowanie większości projektów GDDKiA ze środków unijnych z programu operacyjnego POIiŚ ze szczególnym uwzględnieniem aspektów związanych z ochroną środowiska naturalnego, w tym przede wszystkim zapewnienie możliwości migracji zwierząt różnych gatunków w obszarze wybudowanych dróg szybkiego ruchu co ma na celu zapewnienie różnorodności biologicznej gatunków. W przypadku tego rodzaju projektów, ochrona środowiska jest jednym z najważniejszych elementów.

Zamawiający ustalił, że pierwotnie stosowany zakres wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest niewystarczający i winien ulec zmianie, tj. zostać poszerzony o badanie doświadczenia wykonawcy w realizacji obiektów środowiskowych. Dotychczasowe warunki nie przewidywały badania wiedzy i doświadczenia wykonawcy w obszarze środowiskowym. Ustalono także że aspekt środowiskowy powinien być dodany do warunków we wszczynanych i toczących się postępowaniach, przy czym kształt każdego warunku w

tym zakresie ustalany indywidualnie dla każdego postępowania w taki sposób, aby był proporcjonalny dla danego zakresu przedmiotu zamówienia.

Powoływanie się przez Odwołującego w odniesieniu do przejść dla zwierząt na Rozporządzenie 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 r. nr 63, poz. 735) oznacza, że Odwołujący w przejściu dla zwierząt widzi jedynie konstrukcję obiektu. Jednak w wymaganiach opisanych w pkt d, e, Zamawiającemu nie chodzi o wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem związanym z konstrukcją obiektów mostowych, lecz w tym przypadku chodzi o aspekty Środowiskowe związane z realizacją obiektów ekologicznych. Sama konstrukcja jaka by nie była nie ma żadnego znaczenia dla funkcjonalności obiektu ekologicznego. Natomiast znaczenie ma cały szereg wymagań określonych w decyzji środowiskowej, która to decyzja, a nie ww. rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej, określa każdorazowo konieczne do spełnienia warunki w odniesieniu do wymienionych tam z nazwy i lokalizacji wszystkich obiektów ekologicznych. Co istotne decyzja środowiskowa nie odnosi się do konkretnej konstrukcji obiektów inżynierskich, które mają pełnić funkcje ekologiczne. Decyzja środowiskowa za to określa parametry „środowiskowe” przejść dla zwierząt. Ww. rozporządzenie kwalifikuje przejścia dla zwierząt jedynie do określonych rodzajów obiektów z punktu widzenia Prawa budowlanego, natomiast decyzja środowiskowa przejściami dla zwierząt zajmuje się z punktu widzenia przepisów związanych z ochroną środowiska. W takim też kontekście należy rozumieć wymagania Zamawiającego dotyczące wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przejść dla zwierząt.

Pogodzenie warunków technicznych wynikających z przepisów (a także stosowanych praktyk i doświadczeń) z wymogami ekologicznymi wymaga szerokiej wiedzy, praktyk i doświadczeń w tym zakresie. Skuteczność funkcjonalna obiektów jakimi, są przejścia dla zwierząt zależy od wielu czynników, które koniecznie trzeba uwzględnić już na etapie projektowania i budowy. Najważniejsze z nich to: dobranie właściwego typu i paramentów przejścia do sytuacji krajobrazowej, ekologicznej oraz gatunków zwierząt jakim ma służyć przejście; unikanie-niewłaściwych rozwiązań projektowych obniżających skuteczność przejść; odpowiednie zagospodarowanie terenu na najściach i dojsiach do przejść oraz na ich powierzchni w celu zapewnienia odpowiednich warunków do wykorzystania przez możliwie największą liczbę gatunków.

Posiadanie więc odpowiedniej wiedzy i doświadczenia z zakresu ochrony środowiska jest w przedmiotowym postępowaniu szczególnie istotne, ponieważ do zadań wykonawcy należeć będzie zarówno zaprojektowanie, jak i realizacja urządzeń służących ochronie środowiska, a w szczególności przejść dla zwierząt: dużych, średnich i małych. Dodatkowo z

dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, iż opracowanie poprawnych rozwiązań często nastęrcza wykonawcom wielu problemów, które nie tylko utrudniają, ale i znacznie opóźniają procedury toczące się w ramach oceny oddziaływania na środowisko przed organami administracyjnymi w ramach złożonego procesu uzyskiwania decyzji ZRID.

Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania, należy mieć na względzie, że elementy ochrony środowiska stanowią w tym zadaniu inwestycyjnym około 14% wartości całego zadania, co jest współczynnikiem bardzo wysokim. Tym samym doświadczenie w realizacji obiektów jakimi są przejścia dla zwierząt ma istotne znaczenie dla powodzenia realizacji całości zadania. Dodatkowo, obiekty typu górne przejścia dla zwierząt, stanowią największe obiekty, o większych parametrach (szerokość) aniżeli budowane na tym kontrakcie inne obiekty mostowe. To szczególne, indywidualne uzasadnienie dla użycia takiego warunku w niniejszym postępowaniu. Obiekty górnych przejść dla zwierząt są znacznie szersze od szerokości innych obiektów mostowych, co bezpośrednio rzutuje na większy stopień skomplikowania i złożoności budowy tego typu obiektów, a tym samym uzasadnia wprowadzenie warunku w tym zakresie.

Ważnym aspektem w projektowaniu przejść dolnych zespolonych z drogą jest kwestia doboru takiego światła obiektu aby zapewnić prawidłową funkcję komunikacyjną z zachowaniem takich szerokości miejsc migracji, aby projektowany obiekt nie został przewymiarowany, a spełniał swoją funkcję ekologiczną przy doborze odpowiednich elementów konstrukcyjnych (podpory, filary przyczółki). W przypadku przejścia zespolonego z ciekim wodnym, wymóg zapewnienia miejsc migracji zwierząt przy wysokich stanach wód, ewentualnym występowaniem obszarów zalewowych, wymaga doświadczenia w kwestii doboru zarówno światła obiektu, jego konstrukcji jak i sposobu zabezpieczenia koryta ciek przy zachowaniu uwarunkowań środowiskowych i bezpieczeństwa konstrukcyjnego obiektu.

Określenie przez Zamawiającego warunku środowiskowego w żadnej mierze nie stanowi ograniczenia konkurencji, bowiem istnieje wiele podmiotów posiadających odpowiednie doświadczenie. Powszechnie wiadomym jest, że większość robót na zadaniach drogowych realizowana jest przez podwykonawców, a nie samych głównych wykonawców, a przepisy Prawa zamówień publicznych przewidują zarówno możliwość tworzenia konsorcjów jak i korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Tym samym przy dobrej organizacji procesu budowlanego po stronie wykonawcy, korzystania przez niego z dostępnych w tym zakresie mechanizmów prawnych związanych z organizacją procesu budowlanego, możliwym jest bez żadnych przeszkód pogodzenie zarówno wymagania określonego przez Zamawiającego, zabezpieczającego jego interes oraz dbałość o wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia.

IV. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 1990/20

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i podtrzymał dotychczasowe stanowisko (wyrażone m.in. w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1980/20) dodając, że urządzenia ochrony środowiska w zakresie obiektów inżynierskich stanowią w tym zadaniu inwestycyjnym ponad 50 % ich ilości. Na 11 szt. obiektów inżynierskich 6 szt. to przejścia dla zwierząt średnich. Jest to stosunkowo wysoki udział obiektów pełniących funkcje ekologiczne w stosunku do całkowitej liczby obiektów inżynierskich. Tym samym doświadczenie w realizacji obiektów jakimi są przejścia dla zwierząt ma istotne znaczenie dla powodzenia realizacji całości zadania.

Dodatkowo biorąc pod uwagę fakt, że GDDKiA dąży do zapewnienia szerokiej konkurencyjności swoich postępowań przeprowadzono analizę, z której wynika, że warunek dotyczący wykazania się doświadczeniem w wykonaniu przejść dla zwierząt spełnia co najmniej 14 podmiotów, które w ostatnich 7 latach (samodzielnie lub jako konsorcja) realizowały tego typu obiekty na zlecenie samej tylko GDDKiA. Dodatkowo analiza ta dotyczy tylko zamówień udzielonych/zakończonych przez Zamawiającego, a potencjalni wykonawcy mogą wykazać się doświadczeniem w budowie takich obiektów również na zlecenie innych zarządców dróg w Polsce i na całym świecie. Zamawiający przed wprowadzeniem warunku środowiskowego dokonał wnikliwej analizy w zakresie doświadczenia wykonawców w budowie tego typu obiektów i ustalił, że w okresie 7 lat (tylko na zlecenie GDDKiA) zrealizowano 44 górne przejścia dla zwierząt, 116 przejść dolnych dla zwierząt średnich, oraz setki przejść dla zwierząt małych i płazów.

Doświadczenie wykonawcy w projektowaniu urządzeń ochrony środowiska ma istotne znaczenie ponieważ wpływa na „sprawne” przeprowadzenie procedury oceny oddziaływania na środowisko. Dopracowany projekt w zakresie elementów ochrony środowiska nie generuje uwag ze strony osób weryfikujących go w urzędzie, co może istotnie wpłynąć na skrócenie czasu przeprowadzenia procedury ocen oddziaływania na środowisko i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach określa wariant, w którym realizowane jest przedsięwzięcie środowiskowe, uwarunkowania jego realizacji oraz projektowane środki minimalizujące i kompensujące negatywne oddziaływanie inwestycji na środowisko. Brak doświadczenia wykonawcy w tym zakresie może skutkować wykonaniem „skrajnych” optymalizacji w zakresie środków ochrony środowiska, co na etapie ubiegania się o dofinansowanie ze środków UE jest kwestionowane.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszeń o zamówieniu, modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania, dowodach przedłożonych do ww. pism, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 września 2020 r.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego i drogowych obiektów inżynierskich na okoliczność, iż obiekty wskazane przez Zamawiającego są porównywalne z punktu widzenia warunków ich wykonania do innych obiektów mostowych w rozumieniu rozporządzenia 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 r. nr 63, poz. 735 z późn. zm.). Niedopuszczalne jest powoływanie biegłego jedynie w celu działania na zwłokę w zakończeniu postępowania odwoławczego.

Co do przedłożonej przez Odwołującego opinii prywatnej autorstwa prof. dr hab. inż. W. R. z dnia 2 września 2020 r. Izba potraktowała ją jako stanowisko własne strony wyrażone w dokumencie prywatnym.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w sprawie o sygn. akt 1988/20 prowadzi postępowanie pn. Projekt i budowa drogi S19 Lublin - Lubartów od węzła „Lubartów Północ” (wraz z węzłem) do węzła „Lublin Rudnik” (bez węzła). Zamówienie polega na wykonaniu prac projektowych, wykonaniu robót budowlanych w zakresie: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowa dodatkowych jezdni, miejsc do ważenia pojazdów, wykonanie pasów utwardzeń terenu na potrzeby utrzymania drogi ekspresowej, obiektów inżynierskich, przepustów, chodników, ścieżek rowerowych, systemu odwodnienia korpusu drogowego, sieci melioracyjnej, drenażu melioracyjnego, istniejących cieków, istniejących rzek i rowów, urządzeń ochrony środowiska, ekranów akustycznych, ekranów przeciwośnieńniowych, infrastruktury związanej i niezwiązanej z drogą, urządzeń bezpieczeństwa ruchu, systemu zarządzania ruchem, oświetlenia drogowego, ogrodzenia drogi, robót rozbiórkowych, wycinki drzew, nasadzeń zieleni oraz przygotowaniu

dokumentacji i uzyskaniu wymaganych decyzji pozwalających na prawidłowe użytkowanie drogi.

Zamawiający w wyniku zmiany treści SIWZ (oraz Ogłoszenia o zamówieniu) w dniu 7 sierpnia 2020 r. określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:*

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 PLN netto;*
- b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;*
- c) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m;*
- d) 1 górnego przejścia dla zwierząt dużych o szerokości przejścia co najmniej 35 m,*
- e) 1 dolnego przejścia dla zwierząt średnich (samodzielnego lub zintegrowanego) o parametrach stref dostępnych dla zwierząt wynoszących minimum 3,5 m - wysokość i minimum 10 m - szerokość.*

Wykonawca musi wykazać wszystkie powyższe (od lit. a) do lit e)) na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2020, poz. 470, 471).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia 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.).

Zamawiający w sprawie o sygn. akt 1990/20 prowadzi postępowanie pn. Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem). Zamówienie polega na wykonaniu prac projektowych oraz wykonaniu robót budowlanych w zakresie: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowie dodatkowych jezdni, wykonaniu utwardzenia terenu na potrzeby utrzymania, wzmocnienia podłoża gruntowego, obiektów inżynierskich, przepustów, chodników, systemu odwodnienia korpusu drogowego, sieci melioracyjnej, drenażu melioracyjnego, istniejących cieków, urządzeń ochrony środowiska, infrastruktury związanej i

niezwiązanej z drogą, nasadzeń zieleni oraz przygotowaniu dokumentacji i uzyskaniu wymaganych decyzji, pozwalających na prawidłowe użytkownie drogi.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz publikacja SIWZ zostały dokonane 5 sierpnia 2020 r. Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, co najmniej:*

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 144 000 000,00 PLN netto;

b) 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;

c) 2 przejść dla zwierząt średnich - rozumiane jako: przejście dolne (samodzielne lub zespolone) o parametrach stref dostępnych dla zwierząt wynoszących minimum 3,0 m - wysokość i 6 m (łącznie) - szerokość lub przejście górne o szerokości w największym miejscu wynoszącej minimum 25 m;

d) 1 przejścia dla małych zwierząt - rozumiane jako przejście suche o parametrach obiektu wynoszących minimum 1,5 m wysokość i 2 m- szerokość oraz współczynnika ciasnoty $\geq 0,07$ ($c = \text{szerokość} \times \text{wysokość} / \text{długość}$ przejścia dla zwierząt, gdzie szerokość przejścia jest długością obiektu, a długość przejścia szerokością obiektu);

e) 2 przejść dla płazów - rozumiane jako przepust zintegrowany z ciekim/rowem wyposażony w obustronne suche półki o szerokości minimum 0,5 m.

Wykonawca musi wykazać wszystkie powyższe zadania (od lit a) do e)) na nie więcej niż dwóch Inwestycjach/zadaniach łącznie.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, których wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowych zamówień, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołań.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1988/20 skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca KOLİN İNŞAAT TURİZM SANAYİ VE TİCARET A.S. z siedzibą w Ankarze (Turcja).

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1988/20 po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Metrostav Polska S.A. oraz Metrostav a.s. Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia przesłanek formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Ze zgłoszonego przystąpienia nie można ustalić, czy zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji zgłaszającego, gdyż nie przedstawiono dowodu potwierdzającego, że osoby udzielające pełnomocnictwa spółce Metrostav Polska S.A. były umocowane do reprezentowania spółki Metrostav a.s. (brak dokumentu rejestrowego spółki Metrostav a.s.). W ocenie Izby nie została zatem wypełniona przesłanka z art. 185 ust. 2 ustawy pochodzenia zgłoszenia od wykonawcy. W tym stanie rzeczy nie można było uznać zgłoszenia za skuteczne.

Do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1988/20 i KIO 1990/20 skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania oddaliła zgłoszoną w tym względzie przez Odwołującego opozycję, uznając, iż interes w zgłoszeniu przystąpienia ma szeroki charakter. Przystępującym może być każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie, który wykaże interes w zgłoszeniu przystąpienia na korzyść jednej ze stron, do której przystępuje. Zdaniem Izby zgłaszający przystąpienie wykonawca wskazał ten interes. Interes w zgłoszeniu przystąpienia jest interesem szerszym, niż interes we wniesieniu odwołania, który ustawodawca wyraźnie zawęził do ochrony dość skonkretyzowanej możliwości uzyskania zamówienia. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego, przystępujący będzie konkurował z mniejszą liczbą podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba uwzględniła odwołania, bowiem Zamawiający wymaga doświadczenia, powodując zawężenie grona potencjalnych wykonawców, a określenie warunku udziału w postępowaniu nie zostało wyrażone jako minimalny poziom zdolności i stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, która jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień wyrażonych także w dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE, na co wskazuje już motyw pierwszy dyrektywy 2014/24/UE stwierdzający, że *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.*

W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to w uproszczeniu założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie np. jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, za pomocą których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

W art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wskazano sposób określenia proporcjonalności, tj. że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia, a warunek ma być tak postawiony, by umożliwił ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub sposobem realizacji. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Niemniej 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.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uwzględniła żądanie Odwołującego dotyczące modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w obu odwołaniach. Ze względu na zbieżność argumentacji i prawie tożsamą treść warunków Izba odniesie się zbiorczo do obu postępowań odwoławczych, aby nie powielać argumentacji.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do żądania rozszerzenia warunku udziału w postępowaniu do możliwości wykazania doświadczenia odnoszącego się do rodzajów obiektów inżynierskich a nie pełnionych przez nie funkcji. Zamawiający zarówno w toku rozprawy, jak i w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy, pomijał fakt, że przejście dla zwierząt stanowi drogowy obiekt inżynierski, a skupił się jedynie na aspektach środowiskowych.

Izba zdaje sobie sprawę, że Zamawiającemu zależy na aspektach środowiskowych, niemniej nie wynika to z warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedziach na odwołanie oraz na rozprawie nie koreluje w żaden sposób z wymaganiami określonymi w SIWZ, które stanowią, że Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu określonych obiektów. Nadto, SIWZ nie formułuje przy tym żadnych wymagań wykonawstwa obiektów związanych z aspektami środowiskowymi. W treści warunku Zamawiający opisał obiekty, a nie wynikające z przepisów ochrony środowiska lub też z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach szczególne sposoby ich realizacji. Jeżeli intencją Zamawiającego było zobowiązanie wykonawców do wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu obiektów w szczególnym reżimie związanym z ochroną środowiska

określonym w decyzji środowiskowej to powinien w taki sposób opisać warunek udziału w postępowaniu.

Co istotne, Zamawiający nie wymaga w treści warunków udziału w postępowaniu doświadczenia w projektowaniu przejść dla zwierząt, a jedynie doświadczenia w wykonywaniu takich przejść. Zatem nawet, gdyby intencją Zamawiającego była chęć weryfikacji umiejętności projektowania przez wykonawców przejść dla zwierząt to nie wyraził tego w treści warunku udziału w postępowaniu. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że umiejętność doboru odpowiednich parametrów geometrycznych przejść dla zwierząt może mieć znaczenie dla oceny doświadczenia usługodawcy, który ma np. reprezentować inwestora (zamawiającego) w postępowaniu w przedmiocie uzyskania decyzji środowiskowej. Niemniej, wykonawca robót realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” jedynie projektuje obiekt o wymiarach określonych już w decyzji środowiskowej, a następnie go wznosi.

Zresztą, jak słusznie zauważył Odwołujący, brak jest w przepisach powszechnie obowiązujących definicji przejścia dla zwierząt. Użyte przez Zamawiającego określenie „przejście dla zwierząt” wskazuje pewną funkcję, jaką ma pełnić na drodze publicznej drogowej obiekt inżynierski. Zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia 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.) obiektem mostowym jest budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. Stosownie do § 3 pkt 2 rozporządzenia tunel to budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne. Zgodnie z § 3 pkt 3 rozporządzenia jako przepust rozumie się budowlę o przekroju poprzecznym zamkniętym, przeznaczoną do przeprowadzenia cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi.

Z powyższego wynika, że górne przejścia dla zwierząt będą zawsze obiektem mostowym, natomiast dolne przejścia dla zwierząt mogą być tunelem bądź przepustem. Następnie, zgodnie z § 167 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 124 z późn. zm.) niezbędne szlaki migracji zwierząt, przecięte w wyniku budowy lub eksploatacji drogi klasy A lub S, powinny być odtworzone przez budowę nadziemnych lub podziemnych przejść dla zwierząt,

a obiekty przeznaczone dla zwierząt, w szczególności wiadukty i przepusty, powinny spełniać wymagania określone w przepisach dotyczących warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Dalej, w § 188 ust. 1 ww. rozporządzenia przewidziano, iż podstawowymi środkami ograniczającymi zagrożenia wynikające z negatywnego wpływu drogi na przyrodę, krajobraz, grunty rolne i leśne są: 1) przejazdy gospodarcze pod drogą celem zapewnienia połączeń lokalnych, przemieszczania się zwierząt gospodarskich oraz przepusty dla zwierząt dziko żyjących; 2) wiadukty nad drogą dla celów określonych w pkt 1; 3) ogrodzenia chroniące zwierzęta gospodarskie i zwierzynę leśną przed wtargnięciem na drogę oraz uczestników ruchu przed skutkami takiego wtargnięcia; 4) pasy zieleni izolacyjnej; 5) rekonstrukcje terenów leśnych naruszonych budową drogi.

Ww. przepis nie dzieli obiektów ze względu na rozmiar zwierząt czy też ze względu na ich klasyfikację w systematyce, a posługuje się nazewnictwem z rozporządzenia dla określenia kategorii drogowych obiektów inżynierskich mających służyć określonym w tym przepisie celom, tj. przepusty i wiadukty dla dzikich zwierząt. Ustawodawca kwalifikuje powyższe drogowe obiekty inżynierskie do jednej kategorii obiektów zgodnie z załącznikiem do ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 1333), tj. kategorii XXVIII - drogowe i kolejowe obiekty mostowe, jak: mosty, estakady, kładki, przejścia podziemne, wiadukty, przepusty, tunele.

Niezrozumiałe jest więc czemu Zamawiający nie określa szczegółowych warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy dla realizacji głównego przedmiotu zamówienia, tj. budowy drogi ekspresowej, tylko skupia się na przejściach dla zwierząt. Tym bardziej, że przepisy rozporządzenia dopuszczają łączenie funkcji, jakie ma pełnić dany obiekt inżynierski. W myśl §63 ust. 1 rozporządzenia dopuszczono, by tunele przeznaczone do komunikacji gospodarczej były wykorzystane jako przejścia dla dziko żyjących zwierząt, jeśli zostaną usytuowane na szlakach przemieszczania się zwierząt i spełnią wymagania określone w §67 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Zatem, przejścia dla zwierząt są drogowymi obiektami inżynierskimi, co oznacza, że wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonaniu obiektów inżynierskich o parametrach wyższych niż te wymagane dla obiektów pełniących funkcję przejść dla zwierząt są zdolni wykonać drogowe obiekty inżynierskie służące migracji zwierząt.

Na aprobatę zasługuje także żądanie usunięcia z treści warunku udziału w postępowaniu wymagania dotyczącego agregacji obiektów w maksymalnie dwóch zadaniach. O ile postawienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania obiektu danego typu lub określonej liczby obiektów danego typu służy weryfikacji zdolności

technicznych do ich wykonania, to postawienie warunku kumulującego liczbę obiektów w ramach zadania służy weryfikacji zdolności organizacyjnych wykonawcy do realizacji zadań wieloobektowych. Rację należy przyznać Odwołującemu, że sprawdzenie rozumianego doświadczenia nie powinno się ograniczać do weryfikacji kilku przejść dla zwierząt z pominięciem innych obiektów inżynierskich. Z punktu widzenia organizacji pracy na zadaniach wieloobektowych nie ma żadnego uzasadnienia, aby zdolności organizacyjne wykonawcy weryfikować tylko poprzez budowania przez niego wyłącznie przejść dla zwierząt.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....