

Warszawa, dnia 17 sierpnia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

**Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg
Krajowych i Autostrad**

ul. Wronia 53
00 – 874 Warszawa

**Prowadzący postępowanie: Krajowa
Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Lublinie**

ul. Ogrodowa 21
20 – 075 Lublin

e-mail: zam_publ_lublin@gddkia.gov.pl
zwany dalej „Zamawiającym”

Odwołujący:

Mostostal Warszawa S.A.

ul. Konstruktorska 12 A
02-673 Warszawa

e-mail: przetargi@mostostal.waw.pl

reprezentowana przez:

**radcę prawnego Magdalenę Kupraszewicz
Jerzykowski i Wspólnicy Sp. k.**

ul. Sławomira 4/13
71-606 Szczecin

e-mail: kancelaria@jerzykowski.pl

**zwana dalej „Odwołującym” lub
„Mostostalem”**

Data, numer oraz miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

25.06.2020 r., Dz.U. 2020/S 121 – 293833



BUDUJEMY PRZYSZŁOŚĆ.

mostostal.waw.pl

Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, tel.: +48 22 250 70 00, fax: +48 22 250 70 01
Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
Nr KRS 000008820, NIP: 526-020-49-95, Regon: 012059053, Kap. zakładowy 20 000 000 PLN, Kap. wpłacony 20 000 000 PLN

nr pisma: LP/117/TN/08/2020

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym 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)”; nr referencyjny: O.LU.D-3.2410.1.2020.af

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, z późn. zm. - dalej: „ustawa Pzp”), Mostostal Warszawa S.A, **niniejszym wnosi odwołanie** wobec dokonanej przez Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2020 zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), we wskazanym na wstępie Postępowaniu, zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego (Oddział w Lublinie) pod adresem www.gddkia.gov.pl oraz zmiany Ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na ukształtowaniu treści warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz przekraczający minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki powinien być przez Zamawiającego przyjęty dla potrzeb należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez ograniczenie liczby podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzuca 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) – dalej „Rozporządzenie”**, 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.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty Odwołujący wnosi o:

- (1) uwzględnienie odwołania w całości;
- (2) 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 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.).”

- (3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Termin na wniesienie odwołania i wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ do warunków udziału w postępowaniu wprowadzono wymagania, które są niezgodne z wyżej powołanymi przepisami ustawy Pzp oraz innymi przywołanymi w treści odwołania, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty

w postępowaniu, a w konsekwencji – uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia i jego pozyskanie. Mając na uwadze, że modyfikacja treści SIWZ nastąpiła w dniu 7 sierpnia 2020 r., o czym tego samego dnia Zamawiający powiadomił wykonawców udostępniając ją na stronie internetowej, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 17 sierpnia 2020 r.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2020 r. dokonał zmiany SIWZ, w wyniku której doprowadził do powstania w zakresie warunków udziału postępowania dotyczących wiedzy i doświadczenia istotnych naruszeń ustawy Pzp oraz innych powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów poprzez określenie wygórowanych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących przejść dla zwierząt oraz ograniczenie możliwości wykazania posiadanego doświadczenia poprzez wskazanie, iż obiekty określone w lit a - e muszą zostać wykazane na nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach łącznie.

Mostostal jako podmiot zainteresowany wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu, mając na uwadze wyżej podniesione zarzuty, niniejszym wskazuje, co następuje.

Odwołujący podnosi, że wprowadzone przez Zamawiającego zmianą treści SIWZ z dnia 7 sierpnia 2020 r. postanowienia w Sekcji III.1.3 pkt 1 lit. a-e Ogłoszenia oraz pkt 7.2 ppkt 3a/lit. a - e SIWZ wymagania 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 stanowczo nadmierny, bezprawnie 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.

Zamawiający w wyniku zmiany treści SIWZ (oraz Ogłoszenia) 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.). (...)"

Należy z całą mocą podkreślić, że tak określone wymagania, z uwagi na sposób ich sformułowania polegający na zawężeniu wyłącznie do funkcji, a nie rodzaju obiektów – stanowią wymóg nadmierny, ponieważ wykraczają poza minimalny poziom zdolności wykonawcy, jaki jest uzasadniony w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Powyższe w konsekwencji prowadzi do bezzasadnego ograniczenia konkurencyjności postępowania i dostępności zamówienia, a tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszając art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Budzi to tym bardziej zdziwienie Odwołującego, gdy zwrócimy uwagę, że pierwotne brzmienie warunku w tym postępowaniu, czyli sprzed zmiany, takiego ograniczenia konkurencyjności nie tworzyło, a brzmiał on 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.)."

Pragniemy zauważyć, 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 umożliwiający realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Należy stwierdzić, że warunki nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, wykraczające poza granicę minimalnych warunków wyznaczoną również przez przedmiot zamówienia ze względu na możliwość jego należytego wykonania, są niezgodne z powołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp, i jako takie stanowią niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania należy w pierwszej kolejności wskazać, 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, wykonaniu robót budowlanych w zakresie: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowy dodatkowych jezdni, miejsc do ważenia pojazdów, wykonania 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 przeciwoślnościowych, infrastruktury związanej i niezwiązanej z drogą, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, 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. Odcinek drogi S19 obejmuje ponad 23 km drogi ekspresowej wraz z 32 drogowymi obiektami inżynierskimi.

Już chociażby to zestawienie jednoznacznie wskazuje, iż w zakresie określenia warunku wiedzy i doświadczenia w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ 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 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 przedmioty zamówienia obejmującego budowę drogi ekspresowej wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, z których tylko niewielką część stanowią przejścia dla zwierząt. Zauważyć bowiem należy w pierwszej kolejności, iż brak jest w przepisach powszechnie obowiązujących definicji przejścia dla zwierząt. Użyte przez Zamawiającego określenie „przejście dla zwierząt” wskazuje pewną funkcję, jaka ma pełnić na drodze publicznej drogowy obiekt inżynierski. Zgodnie bowiem z § 3 pkt. 1 Rozporządzenia 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. Natomiast w § 3 pkt. 2 Rozporządzenia zdefiniowano tunel jako budowlę przeznaczoną 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. W § 3 pkt. 3 Rozporządzenia wskazano, iż jako przepust rozumie się budowlę o przekroju poprzecznym zamkniętym, przeznaczoną do przeprowadzenia cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi. Tak więc górne przejścia dla zwierząt będą zawsze obiektem mostowym, natomiast dolne przejścia dla zwierząt mogą być tunelem bądź przepustem, zgodnie z nomenklaturą wynikającą z Rozporządzenia. Dodatkowo należy wskazać na przepisy 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. – dalej „Warunki techniczne dróg”), w tym m. in. § 167, który stanowi w ust. 1, iż niezbędne szlaki migracji zwierząt, przecięte w wyniku budowy lub eksploatacji drogi klasy A lub S [*droga ekspresowa – przypis własny*], powinny być odtworzone przez budowę nadziemnych lub podziemnych przejść dla zwierząt, a w ust. 2 - 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. Ponadto w § 188 ust. 1 Warunków technicznych dróg, 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 zwierzyńę leśną przed wtargnięciem na drogę oraz uczestników ruchu przed skutkami takiego wtargnięcia;*
- 4) pasy zieleni izolacyjnej;*
- 5) rekonstrukcje terenów leśnych naruszonych budową drogi.”.*

W przepisie tym użyto nazewnictwa z Rozporządzenia dla określenia kategorii drogowych obiektów inżynierskich mających służyć określonym w tym przepisie celom, tj. przepusty i wiadukty dla dzikich zwierząt. Nie ma przy tym podziału tych obiektów ze względu na rozmiar zwierząt ani też ze względu na ich klasyfikację w systematyce. Ustawodawca kwalifikuje powyższe drogowe obiekty inżynierskie do jednej kategorii obiektów zgodnie z załącznikiem do ustawy z dnia 07 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.

Skoro zatem każde z określonych w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ 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 32 drogowe obiekty inżynierskie Zamawiający wymaga wykazaniem się realizacją 4 drogowych obiektów inżynierskich, z czego aż 2 obiekty mają 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. 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 różniącymi 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. Powyższe odnosi się m. in. do okresów użytkowania, które w § 153 Rozporządzenia określone są dla poszczególnych elementów konstrukcyjnych przy uwzględnieniu ich usytuowania bez względu na pełnioną przez obiekt inżynierski funkcję. To samo odnosi się do zabezpieczeń antykorozyjnych, które powinny być dostosowane do rodzaju materiału, z którego konstrukcja jest wykonana, i do środowiska, w którym się znajduje. Natomiast przewidziane przez przepisy Rozporządzenia wymagania techniczne obiektów inżynierskich ze względu na pełnioną przez nie funkcję przejścia dla zwierząt są nieliczne i nie wpływają w sposób istotny na odmienność wykonania takiego obiektu inżynierskiego. Owe szczególne wymagania dla obiektów inżynierskich pełniących funkcję przejść dla zwierząt przewidziano w § 26, w § 58, w § 67, a także w § 285a Rozporządzenia. Od strony technicznej zaś wymagania te odnoszą się do takich elementów jak m. in. pokrywy wegetacyjnej, szerokości użytkowej czy zasłaniających naprowadzenia w odniesieniu do wiaduktów, czy przekrojów w odniesieniu do tuneli, a także montażu osłon przeciwolśnieniowych. W praktyce przyjmuje się także rozwiązanie, w którym w przypadku tuneli/przepustów funkcję osłon przeciwolśnieniowych pełnią ekrany akustyczne wzdłuż drogi. Zakres powyższych odrębności dotyczących drogowych obiektów inżynierskich mających pełnić funkcję przejścia dla zwierząt nie wskazuje na tak znaczące różnice techniczne od obiektów inżynierskich pełniących inne funkcje, które przesądzałyby o tym, że tylko wykonawca, który zrealizował pełniące inne funkcje drogowe obiekty inżynierskie o wymaganiach technicznych nie mniejszych od tych wskazanych powyżej, daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. 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.

Ponadto przepisy Rozporządzenia dopuszczają łączenie funkcji, jakie ma pełnić dany obiekt inżynierski. I tak, w § 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. Zarówno wymagania wskazane w § 63 ust. 2, jak i w § 67 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 3 Rozporządzenia, na które wskazano już powyżej w uzasadnieniu, pozwalają stwierdzić, iż różnice techniczne drogowych obiektów inżynierskich mających pełnić

funkcję przejść dla zwierząt, nie są na tyle znaczące, aby wykonawca, który wykonał drogowe obiekty inżynierskie o parametrach technicznych co najmniej tych wskazanych w powyżej wskazanych przepisach Rozporządzenia, ale pełniących inne funkcje niż przejścia dla dzikich zwierząt, mógł zostać uznany za podmiot, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać na to, że w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. e SIWZ Zamawiający dopuszcza wykazanie się doświadczeniem obejmującym zintegrowane przejście dla zwierząt średnich, a więc tunelu przeznaczonego do komunikacji gospodarczej spełniającego określone w Rozporządzeniu wymagania dla funkcji przejścia dla zwierząt. Jak wskazano natomiast powyżej różnice w wymaganiach dla tunelu spełniającego funkcje techniczne a tunelu spełniającego funkcję przejścia dla zwierząt nie powodują, że tylko wykonawca, który wykonał zespolone przejście dla zwierząt będzie posiadał doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Przy projektowaniu oraz przy wykonaniu tunelu – jakiegokolwiek funkcji nie miałby pełnić – istotny jest szereg parametrów technicznych, w szczególności tych dotyczących konstrukcji tunelu, które są wspólne dla tego rodzaju obiektu inżynierskiego, niezależnie od pełnionej funkcji. Określenie zatem przez Zamawiającego w warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu zintegrowanego przejścia dla zwierząt również wykracza poza minimalne poziomy zdolności, których spełnienie da rękojmię należytego wykonania 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. Mostostal podnosi zatem, że skoro wykonawca wykaże się doświadczeniem w zakresie wykonania obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej 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. W tym przypadku bowiem szerokość przejścia to parametr odpowiadający długości obiektu mostowego o

obciążeniu dla klasy A, więc przekładając to na szerokość przejścia obiekt mostowy o obciążeniu dla klasy A będzie obiektem posiadającym szerokość przejścia 50 m. Niewątpliwie zaś szerokość przejścia 50 m jest większa od szerokości przejścia 35 m. Jednocześnie przy tym samym wymiarze obiektu nad drogą obiekt mostowy o długości co najmniej 50 m będzie miał większą powierzchnię od takiego obiektu o szerokości przejścia 35 m. To zaś czy zbrojenie w ramach realizacji tego elementu będzie przebiegało wzdłuż czy w poprzek nie wpływa na technologię wykonania. 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. Wymagania zaś związane z pełnioną funkcją przejść dla zwierząt nie powodują, że obiekt inżynierski w klasie obciążenia C będzie obiektem trudniejszym w realizacji aniżeli obiekt w klasie obciążenia A pełniący inną funkcję. Ponadto należy zwrócić także uwagę, że budowa obiektu inżynierskiego – czy to obiektu mostowego czy też tunelu/przepustu spełniającego inną funkcję – będzie zawsze bardziej wymagająca od wykonania obiektu mającego służyć przejściu zwierząt ze względu na nawierzchnię. W obiektach tych pełniących inną funkcję istnieje konieczność utwardzenia nawierzchni, gdy przy tych samych obiektach służących przejściu zwierząt wykonuje się nawierzchnię naturalną (obiekty mostowe) bądź nie wykonuje się w ogóle nawierzchni (tunele/przepusty). Tak więc wobec tego, że obiekt mostowy o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej skrajnymi dylatacjami obiektu oraz obiekt mostowy o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, są obiektami o większym stopniu skomplikowania zarówno przy projektowaniu, jak i wykonaniu, w stosunku do przejść dla zwierząt wymaganych przez Zamawiającego w lit. d - e dodanych do w pkt 7.2 ppkt 3a/, wykazanie się posiadaniem doświadczenia w realizacji takich właśnie skomplikowanych obiektów mostowych pozwala na uznanie, że wykonawca posiada odpowiednie kwalifikacje od wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie takie określenie warunku nie wykracza przy tym ponad minimalne poziomy zdolności, których spełnienie da rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że postępowanie przetargowe, choć prowadzone jest pod rygorami prawa polskiego, nie powinno określać wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób eliminujący wykonawców z innych państw, w tym europejskich, którzy pomimo posiadania bogatego doświadczenia w realizacji inwestycji drogowo – mostowych na całym świecie, w tym wykonujących obiekty służące ochronie przyrody, mogą nie być w stanie wykazać spełnienia warunków określonych w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ.

Należy z całą mocą 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. Zwłaszcza w państwach Unii Europejskiej obowiązują regulacje mające na celu zapewnienie ochrony przyrody przy budowie dróg, tak więc nie sposób przyjąć, że wykonawcy pochodzący z państw członkowskich Unii Europejskiej nie posiadają wiedzy i doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia ze względu na brak realizacji obiektów mających służyć przemieszczaniu się 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. Wymaganie zatem wykazania się doświadczeniem w realizacji obiektów o określonej funkcji i o określonych parametrach technicznych, jest drobiazgowo ponad dopuszczalną miarę tym bardziej w odniesieniu do wykonawców zagranicznych. 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. Tak jak wskazano bowiem powyżej, przejścia dla zwierząt są przede wszystkim drogowymi obiektami inżynierskimi, więc wykonawcy posiadający doświadczenie obejmujące wykonanie obiektów inżynierskich o parametrach wyższych aniżeli te wymagane dla obiektów pełniących funkcję przejść dla zwierząt, posiadają zdolności do

wykonania przedmiotu zamówienia obejmującego m. in. drogowe obiekty inżynierskie służące migracji zwierząt.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że zarówno wykonawcy krajowi jak i wykonawcy zagraniczni, mający ogromne doświadczenie w budowaniu dróg nawet wyższej klasy niż klasa GP, które obejmowały przy tym budowę dużych i skomplikowanych drogowych obiektów inżynierskich o parametrach wyższych niż określone przez Zamawiającego pod lit. b - c, z powodu niemożności wykazania się doświadczeniem opisanym pod lit. d - e, nie będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Poza takim określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jak uczynił to Zamawiający w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ, 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 wykonania zamówienia. Argumentacja wskazana powyżej co do wymogów wskazanych w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. d - e SIWZ zachowuje aktualność w odniesieniu do niniejszego zarzutu. To zaś czy wykonawca nabył doświadczenie w nie więcej niż dwóch inwestycjach/zadaniach nie determinuje jego zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia zwłaszcza, że w przypadku wymagań wskazanych w pkt 7.2 ppkt 3a/ lit. a - c SIWZ realizacja poszczególnych wymogów następuje z reguły w jednej inwestycji/zadaniu. Gdyby uwzględnić natomiast doświadczenie dotyczące przejść dla zwierząt, to ewentualnie ze względu na ten warunek wykonawca mógłby zdobyć takie doświadczenie na większej ilości inwestycji/zadań, niemniej jednak byłyby to inwestycje/zadania obejmujące nie tylko wykonanie tych elementów, stąd też ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem wyłącznie na jednej bądź dwóch inwestycjach/zadaniach eliminuje z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia tych wykonawców, którzy faktycznie realizowali więcej inwestycji/zadań o zakresie zbliżonym do przedmiotu niniejszego zamówienia, właśnie z tego względu, że elementy określone w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ realizowane są w ramach większych

inwestycji drogowych. 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 ilości 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 absolutnie nie powinno ograniczać konkurencyjności.

Również z tego powodu więc nadmierne doprecyzowywanie funkcjonalne wymogu w tym zakresie, należałoby uznać za całkowicie bezcelowe i niekonieczne, tym bardziej że wykazanie się realizacją obiektów mostowych opisanych pod lit. b/ daje rękojmię wykonania zamówienia w sposób należyty w stopniu całkowicie wystarczającym i co kluczowe – nie ogranicza dostępności zamówienia i nie narusza zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący rozumie potrzebę Zamawiającego, zmierzającą do zapewnienia realizacji jego zamówienia przez podmioty predystynowane do jego wykonania. W świetle jednak obowiązującej Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych oraz ram wyznaczonych przez zasady przygotowania i prowadzenia postępowania, a także definicji drogowych obiektów inżynierskich określonych w §3 pkt. 1 – 3 Rozporządzenia, Zamawiający nie powinien zawężyć możliwości wykazania się doświadczeniem obejmującym wykonanie tylko takich obiektów inżynierskich, które pełnią funkcję przejścia dla zwierząt. Mając na względzie powyższe zasady Zamawiający nie powinien także dodatkowo ograniczać 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. Tworzy bowiem w ten sposób wymagania nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, wykraczające poza minimalne poziomy zdolności wystarczające dla weryfikacji należytego wykonania zamówienia, a w tym

kontekście po prostu nieadekwatne do celu, jakim jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia.

A skoro istotą tworzenia warunków na poziomie minimalnym jest właśnie zagwarantowanie rękojmi należytego wykonania zamówienia, to Zamawiający nie może ustalać minimalnych poziomów zdolności poprzez doprecyzowanie opisu wymagań wobec obiektów inżynierskich, których cechy w istocie nie przesądzają o rzeczywistych zdolności wykonawcy należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji zaś powyższych naruszeń tak określone warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia istotnie ograniczają krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co stanowi o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Warunek w obecnym brzmieniu jest nadmierny i bezspornie 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.

W kontekście powyższego na uwagę zasługuje chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r. o sygn. akt KIO 1859/19, gdzie Izba stwierdziła:

*„Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p., **zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy). Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać.”***

Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 16 sierpnia 2019 r. o sygn. akt KIO 1500/19, gdzie orzekła jednoznacznie:

„Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. **Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.** Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia.”

Ponadto, w tym samym wyroku Izba stwierdziła:

„Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. **Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez minimalny poziom.**”

Powyższe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej bezspornie potwierdza, że ustalane przez Zamawiającego minimalne poziomy zdolności wykonawców wyrażone w warunku udziału w postępowaniu nie mogą eliminować wykonawców dających de facto rękojmię należytego wykonania zamówienia. W przeciwnym razie narusza to uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Orzecznictwo w zakresie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp jest, zresztą, całkowicie spójne z orzecznictwem odnoszącym się do normy wyrażonej w art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca określił, że „**oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.**”

Ujęte w powołanym przepisie „*minimalne warunki umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości*” – to przecież nic innego jak „*minimalne poziomy zdolności*” wyrażone w warunku, których spełnienia może domagać się Zamawiający w celu zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia. Regulacja w tym zakresie jest więc spójna, co uzasadnia słuszność zarzutu także w tym zakresie.

Należy tu zauważyć, że sposób określenia warunku, choć zindywidualizowany do potrzeb danego przedmiotu zamówienia, nigdy nie powinien prowadzić do zaburzenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ ma istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

W tym kontekście na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2193/16, gdzie Izba wskazała:

„Stwierzenie naruszenia art. 22 ust. 1a p.z.p. w zw. z art. 22d ust. 1 p.z.p. może mieć wpływ na wynik postępowania, poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia dla wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

Zdaniem Odwołującego zatem opisanie warunku rodzajowo precyzującego obiekt lub obiekty mostowe, których wykonaniem winien się wykazać wykonawca, będzie wymogiem całkowicie wystarczającym.

Nawiązując do ugruntowanego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego rozumienia pojęcia "*proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*", użytego w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, wskazuje się, że zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. W orzecznictwie wypracowano pogląd, iż pod pojęciem "*proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, **nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania** (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2358/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 938/14; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2014 r., sygn. akt KIO-KU-93-14).

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę **Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08)**, w którym wskazał,

że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

W kontekście powyższego na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2017 r. (sygn. KIO 697/17), gdzie Izba stwierdziła jednoznacznie:

*„zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. (...) **Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.**”*

Z kolei, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt 1030/17), **proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej – nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji.**

Intencją ustawodawcy, w świetle powołanych przepisów ustawy Pzp, z pewnością nie było utrudnianie wykonawcom ubiegania się o zamówienia ani tym bardziej tworzenie mechanizmów eliminacji niewygodnych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w pkt 7.2 ppkt 3a/ SIWZ, sprzed zmiany dokonanej w dniu 07 sierpnia 2020 r. będzie wystarczające do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, który to przedmiot obejmuje budowę drogi ekspresowej wraz z infrastrukturą, z którego tylko niewielka część to przejścia dla zwierząt.

Zdaniem Odwołującego więc za zupełnie wystarczające należałoby uznać sformułowanie wymogów wobec wykazania się wykonaniem obiektów mostowych w sposób wyżej opisany w żądaniu niniejszego odwołania, odpowiadający brzmieniu sprzed zmiany SIWZ oraz Ogłoszenia dokonanej przez Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2020 r.

W ocenie Odwołującego, to Zamawiającemu powinno zależeć na tym, by w postępowaniu uczestniczyło wielu wykonawców, spośród których będzie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro sformułowanie przez Zamawiającego warunku zgodnie z brzmieniem zaproponowanym przez Odwołującego jest wystarczające i gwarantujące wysoką jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, bezspornie można stwierdzić, że w takim przypadku zostanie zachowana równowaga pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, bo dostępność zamówienia czy też krąg potencjalnych wykonawców nie będą tu bezzasadnie ograniczone.

Obecne brzmienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, sformułowane sprzecznie z wymaganiami wynikającymi z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, narusza wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co istotnie ogranicza konkurencyjność postępowania, uniemożliwiając dostęp do zamówienia Wykonawcom, zarówno krajowym jak i zagranicznym, którzy zdolni są do jego należytej realizacji.

Mając powyższe na uwadze, wymóg w tym zakresie winien zostać skorygowany zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odwołanie zasługuje więc na uwzględnienie w całości.

W związku z powyższym, Mostostal wnosi jak na wstępie.

W imieniu Mostostal Warszawa S.A.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Informacja odpowiadająca aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS, dotycząca Mostostal Warszawa S.A.,
3. Odpis uchwały Rady Nadzorczej Mostostal Warszawa S.A. nr 23 z dnia 30 lipca 2020 r.,
4. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
5. Potwierdzenie przekazania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.