

Sygn. akt: KIO 1991/11

WYROK

z dnia 26 września 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2011 roku przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego oraz

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego się **Korporację Budowlaną DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** na rzecz Odwołującego się wykonawcy **Korporacji Budowlaną DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę 23 600,00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 15 września 2011 roku (pismem z dnia 12 września 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Urząd Morski w Gdyni**.

Odwołanie wniesiono wobec czynności modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;

2) art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez postawienie warunku doświadczenia i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie, który nie jest niezbędny dla wykazania możliwości wykonania zamówienia, a w związku z tym nieuzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji.

Interes prawny Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą, który zajmuje się działalnością objętą przedmiotem zamówienia, a czynności Zamawiającego, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oraz wykonywanie przyszłej umowy. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia ze względu na dyskryminujące i niemożliwe do przyjęcia, ze względu na niezgodność z prawem, zmodyfikowane postanowienia SIWZ.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ w punktach wskazywanych w odwołaniu poprzez usunięcie lub zmianę jej niektórych postanowień.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 5 września 2011 r., tj. w dniu zamieszczenia modyfikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie na „Wykonanie umocnienia brzegu w rejonie Cypla Helu wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą”.

Zgodnie z pkt 9.1.1) SIWZ sprzed modyfikacji z dnia 5.09.2011 r. Zamawiający żądał, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron, nabrzeże, pirs, umocnienie brzegu morskiego o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 zł brutto (sześć milionów złotych).

Zgodnie z pkt 9.1.2) SIWZ Zamawiający żądał, aby wykonawcy dysponowali 1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcje Kierownika budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub specjalizacji budowlę hydrotechniczne w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2010 Nr 243 poz. 1623 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 Nr 83 poz. 578 ze zm.) i co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy oraz doświadczenie w kierowaniu 2 (dwoma) robotami polegającymi na budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej o wartości (wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych) nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto (pięć milionów złotych) każda.

Po modyfikacji SIWZ z dnia 5 września 2011 r. Zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem 3 (trzech) robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych (budowli morskich), w tym 2 (dwóch) robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł brutto.

Zamawiający żądał także, aby wykonawcy dysponowali 1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcje Kierownika budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub specjalizacji budowlę hydrotechniczne w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2006 Nr 156 poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 Nr 83 poz. 578 ze zm.) i co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy oraz doświadczenie w kierowaniu 2 (dwoma) robotami polegającymi na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego o wartości (wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych) nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto (pięć milionów złotych) każda.

Zarzuty wobec SIWZ:

I. Pkt 9.1.1) SIWZ - sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się doświadczeniem przez wykonawcę wykonaniem 3 (trzech) robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych (budowli morskich), w tym 2 (dwóch) robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł brutto. Wykazanie się trzema robotami budowlanymi, w tym dwiema, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego ma charakter nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dyskryminujący wykonawców, którzy wykonali podobny do wymaganego zakres rzeczowy, ale w mniejszej ilości.

Taki warunek jest nadmierny - doświadczenie wykonawcy, który wykonał 2 roboty budowlane, nie różni się od doświadczenia wykonawcy, który wykonał 3 roboty budowlane.

Omawiany warunek udziału w postępowaniu należy interpretować również przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Przykładowo wskazano orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych

w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję.

Dlatego postawienie warunku wykazania się trzema robotami budowlanymi, w tym dwiema, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu tych wykonawców, zwłaszcza krajowych, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienia.

Odwolujący powołał się także na opracowanie „Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”, gdzie wielokrotnie jako uchybienia wskazywano stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców („Wyniki kontroli” dostępne są na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl. - pkt IV.4.8. „Wyników kontroli”).

W niniejszym postępowaniu - wykonawca mający doświadczenie w robotach budowlanych mniejszej ilości byłby w stanie wykonać zamówienie, gdyż ma techniczną wiedzę

i umiejętności do wykonania umocnienia brzegu, jak będące przedmiotem zamówień w ramach przedstawianego postępowania.

II. Pkt 9.1.1) SIWZ - sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się doświadczeniem przez wykonawcę wykonaniem 3 robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych (budowli morskich), w tym dwóch robót, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł brutto.

Wykazanie się trzema robotami budowlanymi, w tym dwiema, których przedmiotem była budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego ma charakter nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dyskryminujący wykonawców, którzy wykonali podobny do wymaganego zakres rzeczowy, ale nie tożsamy.

Odwołujący wykonał w ciągu ostatnich lat roboty budowlane, które pozwoliłyby mu spełniać warunek odpowiadający charakterem i funkcjonalnością rzeczowemu zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego, jednakże zrealizowane przez niego roboty budowlane obejmowały m.in. budowę lub przebudowę morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak nabrzeże. Tymczasem Zamawiający zażądał w modyfikacji SIWZ, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w budowie lub przebudowie umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego. Przez umocnienie brzegowe sztuczne Zamawiający zdefiniował budowlę chroniącą brzeg morski przed abrazją w postaci opaski brzegowej, okładziny brzegowej, wału brzegowego, wału przeciwsztormowego, falochronu brzegowego. Przez falochron zewnętrzny Zamawiający zdefiniował budowlę osłaniającą częściowo lub całkowicie akwen portowy lub tor podejściowy od morza.

Roboty budowlane, którymi może wykazać się Odwołujący zarówno pod względem technicznym, jak i funkcjonalnym nie różnią się od tych wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w SIWZ. W ocenie Odwołującego, wskazane powyżej ograniczenie robót budowlanych, nie ma nic wspólnego z faktyczną umiejętnością wykonywania żądanych przez Zamawiającego czynności tj. nabytym doświadczeniem.

Niezrozumiałym dla Odwołującego jest fakt zawężenia przez Zamawiającego wymaganego zakresu rzeczowego do budowy lub przebudowy umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego. Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, iż zakres prac obejmuje prace przewidziane dla budowli hydrotechnicznej, takiej jak nabrzeże. Ponadto, prace wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia wskazują na prace, które wykonuje się z lądu. Natomiast żądany przez Zamawiającego zakres robót w zakresie doświadczenia dotyczy prac wykonywanych co do zasady na wodzie. Skoro przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie oczepów żelbetonowych, wykonanie narzutu kamiennego, wykonanie deptaka oraz remont dwóch ścieżek gruntowych to wystarczającym

jest wykazanie się doświadczeniem w zakresie odbudowy lub przebudowy nabrzeża bez konieczności wykazywania się robotami wykonywanymi na wodzie.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1656/10 w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.

III. Pkt 9.1.2) SIWZ - sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu 1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcje Kierownika budowy, posiadająca wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub specjalizacji budowie hydrotechniczne w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2006 Nr 156 poz. 1118 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 Nr 83 poz. 578 ze zm.) i co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy oraz doświadczenie w kierowaniu 2 (dwoma) robotami polegającymi na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego o wartości (wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych) nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto (pięć milionów złotych) każda.

Taki warunek jest nadmierny - doświadczenie osoby w kierowaniu robotami polegającymi na budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej w postaci przykładowo nabrzeża nie różni się od doświadczenia w kierowaniu robotami polegającymi na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego. Ponadto, skoro przedmiotem zamówienia jest m.in. remont dwóch ścieżek gruntowych, to wystarczającym jest wykazanie się doświadczeniem w zakresie odbudowy lub przebudowy nabrzeża bez konieczności wykazywania się robotami wykonywanymi na wodzie, takimi jak: umocnienie brzegowe sztuczne czy falochron zewnętrzny.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum warunków udziału w postępowaniu uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia - tak w wyroku z dnia 9 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1379/09.

Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 916/09.

W myśli art. 7 ust. 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ (przywrócenia treści SIWZ sprzed modyfikacji):

1. poprzez modyfikację postanowienia zawartego w **pkt 9.1.1) SIWZ**, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i umożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia tj., przez nadanie opisowi sposobu oceny spełniania warunku odnośnie doświadczenia następującej treści:

„wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron, nabrzeże, pirs, umocnienie brzegu morskiego o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 zł brutto (sześć milionów złotych)”

2. poprzez modyfikację postanowienia zawartego w **pkt 9.1.2) SIWZ**, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i umożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia tj., przez nadanie opisowi sposobu oceny spełniania warunku odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia następującej treści:

„1 (jedna) osoba, która będzie pełniła funkcje Kierownika budowy, posiadająca wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane do kierowania robotami

w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub specjalizacji budowe hydrotechniczne w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2010 Nr 243 poz. 1623 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 Nr 83 poz. 578 ze zm.) i co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy oraz doświadczenie w kierowaniu 2 (dwoma) robotami polegającymi na budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej o wartości (wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych) nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto (pięć milionów złotych) każda.”

W dniu 16 września 2011 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** wnosząc o jego oddalenie.

Przystępujący wskazał, iż jego interes w zgłoszeniu przystąpienia polega na tym, że jest on zainteresowany złożeniem prawidłowej, rzetelnej, zgodnej z wymogami Zamawiającego oferty w przetargu, w którym oferty złożą wykonawcy posiadający doświadczenie wymagane dla należytej wyceny i realizacji zamówienia. Brak wiedzy i doświadczenia może spowodować wniesienie ofert nieporównywalnych do opisu przedmiotu zamówienia.

Zgłaszający przystępujący, jako podmiot posiadający duże doświadczenie w zakresie realizacji szeroko rozumianych robót hydrotechnicznych, a także wobec ugruntowanej linii orzeczniczej KIO stwierdza, iż warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego, bez wątpliwości nie godzą w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie budzi też wątpliwości, iż udział w przedmiotowym postępowaniu, nawet wobec rzekomo wygórowanych warunków w nim udziału, może brać wielu wykonawców nie tylko z Polski, ale również z całej Europy.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie podkreśla, że opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia pozostają adekwatne do opisu przedmiotu zamówienia, a ich brzmienie może upewnić Zamawiającego w tym, że do przedmiotowego postępowania przetargowego przystąpią wyłącznie wykonawcy dający rękojmię jego należytego wykonania (za wyrokiem Izby z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 246/10).

Podkreślono, że przedmiotowa inwestycja jest zadaniem o wysokim stopniu skomplikowania technicznego. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby do udziału w postępowaniu dopuścić tylko takich wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia (KIO/UZP 702/08; KIO/UZP 1422/07).

Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane i wniesione w imieniu wykonawcy przez upoważnionego pracownika spółki, umocowanego przez Zarząd spółki. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 19 września 2011 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** wnosząc o jego uwzględnienie.

Uczestnik wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu są zasadne, Zamawiający naruszył przepisy wskazane w odwołaniu. Oddalenie odwołania może uniemożliwić uczestnikowi złożenie oferty w postępowaniu.

Zamawiający i Odwołujący otrzymali kopie przystąpienia.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób dokonany przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oraz wykonywanie przyszłej umowy. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie umocnienia brzegu w rejonie Cypla Helu wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 151 - 250746 w dniu 9 sierpnia 2011 r.

W dniu 5 września 2011 roku Zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w brzmieniu przytoczonym przez Odwołującego w odwołaniu.

W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i podnosił, że ustalone warunki udziału są nadmierne, a ich opis nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 20 września 2011 roku (po wniesieniu odwołania) Zamawiający dokonał ponownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Dokonana zmiana SIWZ zadośćuczyniła jednemu z zarzutów i żądań Odwołującego w zakresie skarżonego pkt 9.1.2. SIWZ (dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) oraz ilości wymaganych robót w zakresie wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem. Zdaniem Zamawiającego, nie stanowiło to jednak podstawy do uwzględnienia odwołania w całości.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do

realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Artykuł 22 ustawy Pzp określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym przepisem wykonawca musi wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Oprócz ustawowo i tak ogólnie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu, które będą doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikać mają ze specyfiki danego zamówienia, jak również jego wartości. Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, formułując warunki Zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze jej cel - wybór odpowiedniego wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówienia. W myśl bowiem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 art. 22, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wtedy właśnie opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, tak dokonany zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostanie zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, niezmiennie pozostaje

uprawnieniem Zamawiającego, którego to jednak uprawnienia Zamawiający nie może nadużywać.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinni one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjmując jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, Izba wskazuje, że warunek określony w pkt 9.1.1. SIWZ kwestionowany był zarówno pod względem wymaganej ilości robót podobnych oraz w zakresie przedmiotowym odnoszącym się do charakteru robót.

Jak wynika z ustaleń Izby, w dniu 20 września 2011 roku Zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie odnoszącym się do ilości robót podobnych, zaznaczając, iż ilość i wartość robót ma znaczenie drugorzędne dla prowadzonego postępowania. W ten sposób Zamawiający uczynił zadość żądaniom Odwołującego do tej kwestionowanej części warunku udziału w postępowaniu. Powyższego Odwołujący nie kwestionował i zarzutów tych nie rozwijał na rozprawie.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego i co jest bezsporne pomiędzy stronami, inwestycja, którą realizował będzie wykonawca wyłoniony w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia dotyczy budowy umocnienia brzegu morskiego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą na terenie miasta Hel.

W tym kontekście żądanie wykazania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych, w tym robót, których przedmiotem jest budowa lub przebudowa umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego niewątpliwie uznać można za związane z przedmiotem zamówienia, a więc żądanie wykazania się doświadczeniem w realizacji robót o takim charakterze dotyczy przedmiotu zamówienia. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że taki opis sposobu

dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia narzucony przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w kontekście przedmiotu zamówienia, a więc nie jest do niego adekwatny. Jednakże skład orzekający podzielił stanowisko Odwołującego, że dokonany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie jest doń proporcjonalny. Za nieuprawnione w świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać żądanie potwierdzenia posiadania doświadczenia wykonawcy przy wykazaniu się robotami o takim charakterze, jakim wymagał Zamawiający. W ocenie Izby za wystarczające i za zabezpieczające interesy Zamawiającego należy uznać żądanie wykazania się posiadaniem doświadczenia w sposób pierwotnie określony przez Zamawiającego, a więc w sposób szerszy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia ale z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, różnica podkreślana przez Zamawiającego nie odnosi się do zakresu, czy też charakteru wykonywania prac, tylko do warunków, w których będą dane prace wykonywane, natomiast powyższe nie wpływa na doświadczenie jakie posiada wykonawca, związane jest zaś z etapem faktycznej realizacji kontraktu. Czym innym jest nabyte doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia, czym innym zaś środowisko, w którym dane zamówienie, dane roboty będą realizowane. Fakt posiadania doświadczenia zdobytego przy robotach prowadzonych w porcie nie oznacza, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać robót prowadzonych na morzu. Każdy bowiem z wykonawców pretendujących do złożenia oferty w postępowaniu musi w ten sam sposób oszacować ryzyko związane ze specyficznym środowiskiem naturalnym, w którym obywać będą się prace. Zatem Zamawiający w sposób precyzyjny określił poszczególne obowiązki i uprawnienia wykonawców w trakcie realizacji kontraktu. To jednak nie wpływa na posiadane doświadczenie w wykonywaniu robót dotyczących różnego rodzaju morskich budowli hydrotechnicznych.

Ponadto Zamawiający nie wykazał, iż kształt rynku zamówień tego typu, przy których wykonaniu możliwe było nabycie określonego doświadczenia, faktycznie nie ogranicza konkurencji w stopniu znacznie wykraczającym poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego związane z określeniem/ograniczeniem kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, którego maksymalne ramy wyznacza dyspozycja art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Nie wykazano, że prowadzenie robót polegających na budowie lub przebudowie umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego w tak znaczący sposób odbiega od prowadzenia robót polegających na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron, nabrzeże, pirs, umocnienie brzegu morskiego, że konieczne jest tak sztywne ukształtowanie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie tych konkretnych robót budowlanych.

Dostrzeżenia z drugiej strony wymaga, że zarzut podnoszony na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego po jego stronie, iż w kraju jest tylko jeden wykonawca który

obecnie jest w stanie udowodnić spełnianie warunku postawionego przez Zamawiającego należy uznać za nietrafiony, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W związku z powyższym Izba prezentuje pogląd, iż przy ocenie możliwości zrealizowania danego warunku należy mieć na względzie przedsięwzięcia realizowane co najmniej na rynku europejskim. Ponadto, podnieść należy, że jeżeli dany podmiot nie posiada doświadczenia w danym zakresie nie uniemożliwia mu uczestnictwa w postępowaniu, bowiem zgodnie z art. 23 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia lub możliwe jest skorzystanie z dobrodziejstwa, które daje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W odniesieniu do rodzaju referowanych robót Izba doszła do przekonania, iż nie pozostają one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a więc brzmienie warunku uleg musi zmianie w sposób proponowany przez Odwołującego, to znaczy wykonawcy powinni wykazać się doświadczeniem, że *„wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej takiej jak: opaska brzegowa, falochron, nabrzeże, pirs, umocnienie brzegu morskiego o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 zł brutto (sześć milionów złotych)”*, z możliwością zachowania dokonanej przez Zamawiającego w dniu 20 września 2011 roku zmiany co do możliwości sumowania wartości robót.

Za argumentacją Zamawiającego nie świadczyły także złożone przez niego materiały w postaci map, zdjęć oraz wyciągu z Encyklopedii Inżynierii Morskiej bowiem, po pierwsze materiałom tym nie można nadać waloru dokumentu (zdjęcia i mapy), a jedynie informacji poglądowych. Po drugie natomiast, wszystkie materiały odnosiły się do etapu realizacji zamówienia. To zaś nie jest w ocenie składu tożsame z udowodnieniem, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem jest proporcjonalnie do wymogów przepisów określony.

Odnośnie warunku wskazanego w **pkt 9.1.2. SIWZ** Izba wskazuje, iż jak słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu, bez znaczenia pozostaje w przypadku osoby kierownika budowy rodzaj robót wykonywanych w ramach kontraktu, przy których kierowaniu osoba taka nabyła swoje doświadczenie, w zakresie w jakim wymagania określił Zamawiający. Kierowanie robotami polegającymi na budowie lub przebudowie budowli hydrotechnicznej w postaci przykładowo nabrzeża nie różni się od doświadczenia w kierowaniu robotami

polegającymi na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci umocnienia brzegowego sztucznego lub falochronu zewnętrznego. Do kierowania takimi robotami wymagane jest tożsamy wykształcenie, doświadczenie, i tożsamy zakres uprawnień budowlanych, w więc zawężenie charakteru robót dokonane przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 5 września 2011 roku było nadmierne co do przedmiotu posiadanych uprawnień i nieuprawnione. Powyższe odnosi się także do ilości robót, którymi miała wykazać się osoba wskazywana na stanowisko kierownika robót.

Jak wynika z ustaleń Izby, w dniu 20 września 2011 roku Zamawiający dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie odnoszącym się do ilości robót, jaką wykazać miał się kierownik robót oraz co do rodzaju robót, zaznaczając, iż ilość ma znaczenie drugorzędne dla prowadzonego postępowania. W ten sposób Zamawiający uczynił zadość żądaniom Odwołującego do tej kwestionowanej części warunku udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można jednak zakładać, że modyfikacja w zakresie tego warunku z góry wskazuje, że Zamawiający nieprawidłowo określił warunek odnośnie wiedzy i doświadczenia. Posiadanie doświadczenia w kierowaniu robotami o określonym charakterze nie musi być tożsame z doświadczenie, jakie posiada wykonawca biorący udział w postępowaniu.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się w części. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zaznaczono jednocześnie, że słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że w związku z dokonaną zmianą SIWZ z dnia 20 września 2011 roku na dzień orzekania, w zakresie zarzutów uwzględnionych, gdzie dokonano modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego, nie można by mówić o wpływie naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania. Powyższe nie wpłynęło na sentencję odwołania z uwagi na potwierdzenie się co najmniej jednego z zarzutów.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r.,

Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Odwołującego, w tym koszty tytułem opłaty za wpis oraz wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczalnej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł.

Przewodniczący:

.....