

Budimex SA
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
tel (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 61 57

Warszawa, dnia 21 kwietnia 2016

budimex

ADHW/273 /2016



**Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich
w Poznaniu
ul. Wilczak 51
61- 623 Poznań
Tel. 61 225 81 01, faks: 61 826 49 49
e-mail: przetargi@wzdw.pl**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego
w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą:

**Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 160 odc. Sowia Góra – Międzychód –
budowa mostu w m. Międzychód rz. Warta.**

Zgodnie z art. 180 ust.5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w załączniku
przesyłamy kopię **ODWOŁANIA** wnoszonego w dniu dzisiejszym do Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej.

Prosimy o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego dokumentu
faksem na następujący nr: **+48 22 62 36 157** lub email: joanna.banasik@budimex.pl.

Z poważaniem,

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezary Soja

Warszawa, dnia 21 kwietnia 2016r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu
ul. Wilczak 51
61- 623 Poznań
Tel. 61 225 81 01, faks: 61 826 49 49
e-mail: przetargi@wzdw.pl

Odwołujący:

BUDIMEX S.A.
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
Tel: 22 623 63 85, faks: 22 623 61 57
e-mail: cezary.soja@budimex.pl

Dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 160 odc. Sowią Góra – Międzychód – budowa mostu w m. Międzychód rz. Warta”, Numer ogłoszenia o zamówieniu 127109-2016-PL opublikowane w dniu 14.04.2016r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zmianami - dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- postawieniu w przedmiotowym postępowaniu – w drodze zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję,
- zobowiązaniu w przedmiotowym postępowaniu – w drodze zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – do niezwłocznego, po otrzymaniu informacji o wyborze oferty, dostarczenia

DYREKTOR
BIURA HANDELOWEGO

Cezary Soja

do siedziby zamawiającego, Planu Bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (dalej jako „Plan BIOZ”) pod rygorem zatrzymania wadium.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 i ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby zadania przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmowały wykonanie m. in. „co najmniej jednego zadania związanego z rozbiórką obiektu mostowego nad rzeką żeglowną o rozpiętości przęsła min. 20 m” – pkt 6.2.2 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pkt III 2.3.) Ogłoszenia o zamówieniu.

- art. 46 ust. 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 5 Kc i art. 58 § 2 Kc oraz art. 21a Prawa budowlanego i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zawarcie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania niezwłocznego dostarczenia do siedziby zamawiającego Planu BIOZ i Harmonogramu celem zatwierdzenia po otrzymaniu informacji o wyborze oferty pod rygorem przepadku wadium – pkt 16.4 oraz 16.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wymagania te nie mogą bowiem stanowić formalności w celu zawarcia umowy z Zamawiającym.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

- zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jak następuje:

1) co najmniej trzech zadań związanych z budową lub przebudową obiektów mostowych o konstrukcji stalowej, zespolonej (stal – beton) o rozpiętości teoretycznej przęsła min. 40, 0 m

2) co najmniej jednego zadania związanego z budową mostu nad śródlądową drogą wodną

3) co najmniej jednego zadania związanego z rozbiórką obiektu mostowego o rozpiętości teoretycznej przęsła min. 20 m.

- usunięcie z punktu 16.4 oraz 16.5 SIWZ obowiązku złożenia przez wykonawcę Planu BIOZ i Harmonogramu przed zawarciem umowy pod rygorem przepadku wadium i nałożenie tego obowiązku na wykonawcę po zawarciu umowy.

Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z poglądem powszechnie wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO” lub „Izba”): „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz, przyjmując należy, iż

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
2
Cezary Soja

każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz” (zob. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014r., sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecznictwem).

Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu utrudnia mu dostęp do zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania

Przedmiotem niniejszego odwołania jest treść ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowanego **w dniu 14 kwietnia 2016r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej**. Termin na wniesienie niniejszego odwołania od treści ogłoszenia na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 powinien być liczony jako 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 14 kwietnia 2016r. Niniejsze odwołanie jest więc wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Uzasadnienie

Zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu prowadzi postępowanie powyżej progów unijnych, którego przedmiotem jest Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 160 odc. Sowa Góra – Międzychód – budowa mostu w m. Międzychód rz. Warta.

Wśród wymogów udziału w postępowaniu, **w punkcie 6.2.2. SIWZ** zamawiający postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,

1) co najmniej trzech zadań związanych z budową lub przebudową obiektów mostowych o konstrukcji stalowej, zespolonej (stal – beton) o rozpiętości teoretycznej przęsła min. 40, 0 m,

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezary Soja³

2) co najmniej jednego zadania związanego z rozbiórką obiektu mostowego **nad rzeką żeglowną** o rozpiętości teoretycznej przęsła min. 20 m.

Warunek ten jest **nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia**.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – Tom IV Branża Mostowa – opis techniczny - wykonawca na podstawie zawartej umowy ma za zadanie wybudowanie mostu oraz rozbiórkę istniejącego mostu na rzece Warcie w miejscowości Międzychód.

Parametry techniczno – geometryczne obiektu istniejącego wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w opisie technicznym – Tom IV IDW (punkt 6.3) wskazują, że istniejący obiekt, który ma zostać rozebrany, posiada rozpiętość przęsła: 36, 35 oraz 36 metrów.

Podsumowując, obiekt, który ma zostać poddany rozbiórce, posiada rozpiętość przęsła około 35 metrów. Postawiony warunek zakłada doświadczenie w rozbiórce obiektów, których rozpiętość przęsła wynosi 20 metrów.

Wskazywanie tak konkretnych i wysokich parametrów odnoszących się do rozpiętości przęsła oraz dodatkowo i jednocześnie stawianie wymogu, aby roboty rozbiórkowe odbywała się nad rzeką żeglowną, pozwala na przyjęcie, że warunek ten został niejako „uszyty na miarę” pod konkretnego wykonawcę. Praktyka taka jest zakazana. Ogranicza ona dostęp do zamówienia. Oznacza, że zamawiający nie traktuje równo wykonawców.

Proporcjonalność do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu zakłada takie wskazanie warunku udziału w postępowaniu, które zagwarantuje, że zamówienie będą realizowały podmioty o posiadanym doświadczeniu przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z obiektami mostowymi o odpowiedniej konstrukcji. Wymaganie to podkreślił ustawodawca w art. 22 ust. 5 Pzp, stanowiąc, że warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Z tego powodu należało uznać opis sposobu dokonania oceny warunku postawionego przez zamawiającego za nieproporcjonalny.

Zamawiający postawił potencjalnym uczestnikom postępowania **warunki udziału nie mające uzasadnienia w potrzebach zamawiającego** i - w związku z tym – niezgodne z celem prowadzonego postępowania.

Opis przedmiotu zamówienia określa to, czego potrzebuje zamawiający. Potrzeby zamawiającego powinny mieć swoje odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia. Z tego powodu określanie warunków udziału w postępowaniu powinno odbywać się adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Żądanie warunków zbyt wygórowanych, nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia jest tożsame z **żądaniem warunków nie mających uzasadnienia w potrzebach zamawiającego**. Zamawiający, wskazując warunek odnoszący się do doświadczenia w rozbiórce mostu **nad rzeką żeglowną**, wskazał warunek sprzeczny ze swoimi potrzebami.

W obowiązujących przepisach prawa nie występuje definicja „rzeki żeglownej”. Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz.U. 2001 nr 115 poz. 1229) definiuje „śródlądowe wody

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
4
Cezary Soja

powierzchniowe uznane za żeglowne” „śródlądowe drogi wodne”. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie śródlądowych dróg wodnych (Dz.U. 2002 nr 210 poz. 1786) zawiera wykaz śródlądowych dróg wodnych (rzeki, kanały i jeziora czy systemy jezior), a Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie klasyfikacji śródlądowych dróg wodnych (Dz.U. 2002 nr 77 poz. 695) określa klasyfikację i podział na klasy dla śródlądowych dróg wodnych.

Istotą zamówienia jest realizacja robót budowlanych nad **śródlądową wodą powierzchniową** ze względu na szczególne warunki realizacji przedsięwzięcia (bez względu na zakres prowadzonych prac):

- Specyficzne zasady i procedury, konieczność spełnienia określonych wymagań bez względu na parametry obiektu mostowego czy zakres prowadzonych robót budowlanych (rozbiórka /budowa),
- Uzgodnienia (np. harmonogramu robót) oraz kontakt podczas realizacji prac z właściwym RZGW czy właściwym Urzędem Żeglugi Śródlądowej,
- Konieczność zabezpieczenia prac niebezpiecznych (np. podczas rozbiórki, ale również podczas budowy należy stosować podwieszane siatki zapobiegające zagrożeniu od spadających elementów),
- Doświadczenie przy prowadzeniu prac z wody /z pontonów,
- Zapewnienie bezpieczeństwa na szlaku żeglownym,
- Zachowanie odpowiednich warunków żeglugowych,
- Stosowanie odpowiedniego oznakowania żeglugowego,
- Znajomość procedur odnośnie zamknięcia ruchu na szlaku żeglownym,
- Zapewnienie ratowniczej łodzi motorowej.

Posiadanie doświadczenia w wykonywaniu obiektów mostowych nad rzekami czy też innymi wodami jest wystarczające **do realizacji budowy mostu nad rzeką Wartą objętego OPZ**. Zamawiający nie powinien oczekiwać, aby robota była wykonywana nad tak precyzyjnie określonymi wodami jak rzeka żeglowna. Stawiając taki warunek, stawia warunek nie mający uzasadnienia w potrzebach zamawiającego.

Wymóg doświadczenia związanego z rozbiórką obiektu mostowego powinien wiązać się doświadczeniem wykonawcy w technologii robót rozbiórkowych oraz postępowaniem z materiałami z rozbiórki, **a nie miejscem realizacji robót**. Miejsce realizacji robót zamawiający winien w istocie ocenić przy weryfikacji warunku związanego z budową obiektu – co jest wystarczające dla oceny, czy wybrany wykonawca posiada doświadczenie w realizacji robót w takich warunkach, czyli nad **śródlądową wodą powierzchniową**.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w wyroku z dnia 28 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 58/14 do tej kwestii w następujący sposób:

Z powyższego wynika, że zamawiający określił doświadczenie w zakresie jednej wymaganej przez niego roboty budowlanej przez funkcję akwenu, którego przebudowa dotyczy, nie zaś przez funkcje czy wymagania związane z przedmiotem zamówienia, czyli przebudową pomostu. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, w jaki sposób różni się doświadczenie w budowie pomostu na akwenu morskim przeznaczonym do cumowania okrętów wojskowych, czy akwenu będącym przystanią przeznaczoną do cumowania statków rybackich, jak również nie wskazał, dlaczego robota budowlana

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
Cezary Soja
5

w porcie jachtowym niezależnie od tego, czy znajduje się na akwenu morskim czy w wodach lądowych jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, to jest budowli hydrotechnicznej, jaką jest przebudowa pomostu wraz z ostrogami na akwenu morskim. Izba zwraca bowiem uwagę, że parametry techniczne jednostki pływającej mają znaczenie dla projektowania budowli hydrotechnicznych, jednakże z cyt. wyżej rozporządzenia nie wynika, w jaki sposób przekłada się to na wykonywanie robót budowlanych w oparciu o zatwierdzony pozwoleniem projekt budowlany. Zamawiający nie wykazał również, że nie zaburzył uczciwej konkurencji, z jednej strony ograniczając udział wykonawców, którzy wykonywali pomosty z ostrogami w akwenach morskich nie będących portami jachtowymi, a z drugiej uważał za wystarczające doświadczenie w jakiegokolwiek budowie czy przebudowie portu jachtowego niezależnie od rodzaju wód, na których port jest usytuowany. W ocenie Izby, zamawiający określił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z jednej strony w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, z drugiej zaś nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, na wiarę zasługuje twierdzenie odwołującego, że doświadczeniem w budowie, przebudowie lub remoncie portu jachtowego o wartości 5 mln. zł. może wykazać się jeden wykonawca Hydrobudowa Gdańska. Okoliczności tej zamawiający nie zaprzeczył. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy, a z uwagi na fakt, iż zamawiający do dnia rozprawy nie zmienił terminu składania ofert i termin ten upłynął w dniu 27 stycznia 2014r., a postępowania dotknięte jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy z uwagi na ograniczenie konkurencji w postępowaniu w sposób naruszający 7 ust. 1 ustawy przez wadliwe zastosowanie art. 22 ust. 4 ustawy, konieczne stało się uwzględnienie zmodyfikowanego na rozprawie żądania odwołującego, tj. żądania nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Wobec potwierdzenia się zarzutu art. 22 ust. 4 ustawy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 okazał się uzasadniony. Wykonawcy bowiem, zapoznając się z treścią opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, podejmując decyzję o swoim udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nadmiarowe lub nieproporcjonalne wymagania zamawiającego powodują rezygnację części wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i mogących rzetelnie zrealizować przedmiotowe zamówienie, tym samym wady opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wpływają na naruszenie zasady uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt: KIO/KU 18/14.

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. 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

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
6
Cezary Soja

spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Przykładowo wskazać można orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH, gdzie zostało potwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby również z powodzeniem wykonać to zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu z reguły skutkuje udaremnieniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, potencjalnie zdolnymi do jego wykonania.

Proporcjonalność warunku do opisu sposobu dokonania jego oceny powinna zakładać taki stosunek opisu do warunku, aby nie powodowała wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Rozbiórka obiektu mostowego nad śródlądowymi wodami powierzchniowymi to nietypowa robota budowlana. Zarówno w Polsce jak i w Europie wykonywana jest sporadycznie, biorąc pod uwagę chociażby ilość obiektów mostowych na rzekach Europy. Rzadkość realizacji tego typu robót budowlanych w konsekwencji powoduje, że można przyjąć, że liczba wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji tego rodzaju rozbiórek jest mocno ograniczona.

Wykonywanie obiektów budowlanych nad wodami, bez względu na rodzaj wykonywanych robót budowlanych, wymaga umiejętności oraz doświadczenia. **Rodzaj umiejętności wymaganych przy tego typu robotach**, zarówno przy budowie, rozbudowie, nadbudowie obiektu budowlanego, jest **podobny**. W efekcie, posiadane **umiejętności zdobyte przy wykonywaniu roboty polegającej na budowie**, będą niezbędne, również przy wykonywaniu roboty polegającej na rozbiórce obiektu mostowego nad wodami powierzchniowymi.

Stawianie zatem warunku odnoszącego się do rozbiórki obiektu mostowego nad rzeką żeglowną jest działaniem zawężającym dostęp do zamówienia, skoro samo wykonywanie robót polegających na budowie obiektów mostowych (w szczególności nad śródlądową drogą wodną), pozwala uznać, że wykonawca taki posiada niezbędne doświadczenie do rozbiórki takiego obiektu.

Warto przytoczyć argumentację odwołującego w sprawie o sygnaturze akt KIO/KD 23/15 (uchwała z dnia 23 kwietnia 2015r.):

„Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Pojęcie "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający, formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezary Soja

zamówienie. Innymi słowy: opis warunków udziału w postępowaniu nie powinien być wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie powinien powodować, że nie będą w stanie złożyć ofert wykonawcy zdolni do wykonania tego zamówienia. Nieprawidłowe jest zatem na tyle rygorystyczne opisanie warunków udziału w postępowaniu, że nie można ich uzasadnić potrzebami zamawiającego."

Skład orzekający, odnosząc się do tejże argumentacji, zgodził się z twierdzeniami Odwołującego:

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących opisu warunku wiedzy i doświadczenia, w pierwszej kolejności należy ponownie wskazać, iż Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia dostępu do realizacji zamówienia na zasadach niedyskryminacyjnych. Jednocześnie zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Pojęcie "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym opis warunku powinien być dokonany z uwzględnieniem takich elementów wiedzy i doświadczenia wykonawcy, których posiadanie jest niezbędne do wykonania przez niego należycie przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe uwagi na względzie, należy zauważyć, że stawianie warunku dotyczącego doświadczenia przy rozbiórce obiektu mostowego nad rzekami żeglownymi jest stawianiem wymagania nadmiernego oraz nieproporcjonalnego, które zawęży krąg potencjalnych wykonawców, łamiąc zasadę równego traktowania wykonawców. Posiadane doświadczenie oraz umiejętności przy budowie obiektów mostowych nad śródlądową drogą wodną pozwala na przyjęcie założenia o posiadanych wystarczających umiejętnościach, aby wykonać robotę polegającą na rozbiórce obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną (czy, jak pisze Zamawiający, nad rzeką żeglowną). Z tego powodu postawienie warunku doświadczenia przy rozbiórce obiektu mostowego nad rzeką żeglowną powoduje wykluczenie wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę.

*

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, warto wskazać, że zamawiający w punkcie 16.4 oraz 16.5 postawił następujące wymaganie:

16.4. *Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany będzie nie później niż w dniu zawarcia umowy przedłożyć:*

- *zabezpieczenie należytego wykonania umowy (w przypadku gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej ich treść musi być wcześniej zaakceptowana przez Zamawiającego);*
- *Plan BIOZ podpisany przez Kierownika Budowy i zatwierdzony przez Zamawiającego.*

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezały Soja⁸

Plan BIOZ i Harmonogram należy dostarczyć do siedziby WZDW celem zatwierdzenia niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyborze oferty.

16.5 *W przypadku nie przedłożenia przez Wykonawcę któregoś z wymaganych dokumentów w terminie, o którym mowa w pkt. 16.4. Umowa nie zostanie zawarta z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a wniesione wadium ulegnie przypadkowi.*

Stawianie takiego wymogu jest niezgodne z Pzp i zasadami współżycia społecznego.

Plan BIOZ zgodnie z art. 21a Prawa budowlanego jest obowiązany, w oparciu o informację, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b, **sporządzić kierownik budowy** lub zapewnić sporządzenie, **przed rozpoczęciem budowy**, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, uwzględniając specyfikę obiektu budowlanego i warunki prowadzenia robót budowlanych. Informacje te, w szczególności warunki prowadzenia robót, **będą wynikać ostatecznie z podpisanej umowy z Zamawiającym**.

W tym miejscu można nadmienić, że funkcja kierownika budowy, na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty, czy nawet w momencie podpisania umowy (jako funkcja/ uczestnik procesu budowlanego) nie istnieje. W ofercie wskazujemy, że będziemy dysponować osobą spełniającą wymogi Zamawiającego, ale ta osoba nie jest jeszcze kierownikiem budowy w momencie składania oferty / wyboru najkorzystniejszej oferty czy podpisania umowy lecz osobą, którą Wykonawca dysponuje.

Dodatkowo Plan BIOZ zostaje sporządzony w oparciu o informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony **sporządzoną przez projektanta**.

Przepisy te zakładają zatem współpracę wielu podmiotów (projektant, kierownik budowy – wykonawcy, zamawiający) przy sporządzaniu Planu BIOZ. Konieczność sporządzenia Planu przed rozpoczęciem budowy jest oczywista, jednakże z uwagi na wielopodmiotowość uczestników procesu budowlanego, których współdziałanie jest wymagane, **przerzucanie konsekwencji niesporządzenia Planu, jedynie na wykonawcę, nie może korzystać z ochrony prawnej**. Dodatkowo sankcją jest przepadek wadium, którego wysokość wynosi 800.000 zł.

Działania wykonawcy przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie mają umocowania, dlatego praca nad sporządzeniem Planu może okazać się utrudniona.

Zgodnie z Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 23 czerwca 2003 r. w sprawie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz. U. Nr 120, poz. 1126) część opisowa planu zawiera między innymi wykaz istniejących obiektów budowlanych podlegających adaptacji lub rozbiórce, co w wymiarze praktycznym oznacza, że wykonawca, aby sporządzić Plan, musi mieć uprawnienie do wejścia na teren przyszłego placu budowy. Natomiast plac budowy jest przekazywany wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Warto zaznaczyć, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, korzysta z szeregu innych dopuszczalnych prawnie środków, którymi może zmobilizować wykonawcę do sporządzenia Planu BIOZ przez rozpoczęciem realizacji budowy. Sięganie do tak rygorystycznych środków, jak

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
Cezary Soja

przypadek wadium, należy uznać za niezgodny z zasadami współżycia społecznego i w związku z tym nie korzystający z ochrony prawnej. Tym bardziej, że proces sporządzania Planu nie leży tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy.

Sankcja przypadku wadium jest nieproporcjonalna do naruszenia również z uwagi na to, że zamawiający może zawrzeć umowę z wykonawcą w przypadku niesporządzenia Planu BIOZ, bez szkody dla siebie.

Powyższe uwagi dotyczą także Harmonogramu.

Przed wszystkim Harmonogram ten jest zdeterminowany momentem zawarcia umowy. Sam Zamawiający w umowie wskazał, iż Harmonogram ten winien być przekazany Zamawiającemu do czasu przekazania placu budowy (§ 11 ust. 2 pkt 12). Brak więc jakichkolwiek przesłanek, aby żądać sporządzenia tego Harmonogramu niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (tj. przed zawarciem umowy) i to pod rygorem zatrzymania wadium. Po stronie zamawiającego jest kreowane, na mocy tego zapisu SIWZ, uprawnienie do jednostronnej, arbitralnej oceny niesporządzenia harmonogramu w terminie oraz do przedstawienia przez zamawiającego gwarancji wadialnej do płatności. **Rygor przypadku wadium jest zbyt rygorystyczny wobec uchybienia polegającego na opóźnieniu w doręczeniu harmonogramu do siedziby Zamawiającego.** W tym przypadku wykonawcy, w razie zaistnienia tejże sytuacji, pozostaje jedynie droga powództwa cywilnego o zwrot wadium.

Dla etapu postępowania, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a po wyborze oferty najkorzystniejszej, możliwe jest, z wysokim prawdopodobieństwem, że zostaną wniesione odwołania. Okoliczność ta powoduje kolejne utrudnienia dla wykonawcy przy sporządzaniu Planu BIOZ i Harmonogramu.

Przedmiotowe żądanie Zamawiającego narusza także przepis art. 36 ust.1 pkt 14 Pzp, który stanowi, że w SIWZ Zamawiający określa informacje o **formalnościach**, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie sposób Planu BIOZ i Harmonogramu uznać za formalność w celu zawarcia umowy.

Za wyrokiem KIO z dnia z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 113/13:

„Izba zwraca uwagę, że, zgodnie z procedurą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocena przez zamawiającego poprawności przygotowanych przez wykonawców kosztorysów należy do czynności dokonywanych na etapie badania ofert - zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych i nie powinna być przenoszona na etap "przed zawarciem umowy", nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie "formalności" ("formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy"). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, "czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia", jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp. (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 384/12).

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezary Soja
19

W ocenie Izby dokumenty, których złożenia żądał zamawiający, po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy, nie są dokumentami rozumianymi w trybie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że zamawiający nie mógł żądać od wykonawców złożenia:

- dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, opisującego stan zagrożenia powodzią obszaru, na którym zlokalizowany jest ww. obiekt, w szczególności zagrożenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. 6b) i 6c) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 145),

- kopii dokumentów poświadczających uprawnienia i kwalifikacje osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności dokumentów wskazanych w części VII ust. 2 pkt 4 lit b) SIWZ.

- planu ochrony obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy.”

Jeżeli zatem Izba za owe formalności nie uznała wyżej wymienione dokumenty, to tym bardziej dyspozycją tych przepisów i w konsekwencji uprawnienia Zamawiającego nie mogą być objęte dokumenty specjalnie wytworzone przez Wykonawcę dla potrzeb prowadzenia robót budowlanych jak Plan BIOZ i Harmonogram. Zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów do przeprowadzenia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, które potencjalnie mogą uniemożliwić mu zawarcie umowy z zamawiającym i jednocześnie mogą narazić go na utratę wadium.

Nadto, zgodnie z art. 46 ust. 5 Pzp Zamawiający **zatrzymuje wadium** wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego **stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.**

Nieprzedłożenie Planu BIOZ, skoro nie jest okolicznością leżącą tylko po stronie wykonawcy, nie wypełnia przesłanki niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Na tej zasadzie pkt 16.4 SIWZ w zakresie, w jakim odnosi się do Planu BIOZ i Harmonogramu, stanowi nadużycie prawa ze strony Zamawiającego (sprzeczność ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego).

Zamawiający z mocy przepisów Pzp jest uprawniony do określenia w SIWZ formalności koniecznych do spełnienia przez wykonawcę przed zawarciem umowy. Niedostarczenie Planu BIOZ i Harmonogramu nie może jednak stanowić przesłanki do zatrzymania wadium w rozumieniu art. 46 ust. 5 Pzp, w takim bowiem wypadku wypaczona zostaje instytucja wadium. Wszelkie przepisy sankcyjne należy interpretować ściśle, nie sposób tym samym uznać za zgodne z prawem rozszerzania w istocie przesłanek do zatrzymania wadium, w szczególności gdy żądane przez Zamawiającego

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO
Cezary Soja

dokumenty (Plan BIOZ i Harmonogram) nie są w ogóle niezbędne do zawarcia umowy, a do wykonania zawartej już umowy, i ich sporządzenie wymaga współdziałania z Zamawiającym.

Możliwość naruszenia art. 5 Kc każe przywołać uchwałę SN z dnia 22.03.2007 r., sygn. akt: III CZP 8/07) mówiącą, iż wykładnia danego przepisu prawa: "(...) nie może bowiem prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczzące ratio legis interpretowanego przepisu. (...)".

Za wyrokiem KIO dnia 4 czerwca 2013r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13:

„Zatem ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. **Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać.** Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

W przywołanym wyroku Izba stwierdziła dalej, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego, określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Nieodpowiednie do natury instytucji zatrzymania wadium w związku z niespełnieniem formalności określonych przez zamawiającego w SIWZ jest także zaskarżone postanowienie.

Mając na względzie całokształt przedstawionych wyżej rozważań, niniejsze odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 2) pełnomocnictwo wraz z dokumentami rejestrowymi Odwołującego, opłata skarbową od pełnomocnictwa,
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

DYREKTOR
BIURA HANDLOWEGO

Cezary Soja 12