

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Warszawa, 30 marca 2020 r.

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

Zamawiający:

**Państwowe Gospodarstwo Wodne
Wody Polskie**
ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa
jednostka prowadząca postępowanie:
**Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej
w Warszawie**
ul. Zarzecze 13B, 03-194 Warszawa
e-mail: przetargi_warszawa@wody.gov.pl
e-mail: warszawa@wody.gov.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez:
Jarosława Huziuka
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: oferty@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *1. Przebudowa i umocnienie Kanału Tałckiego w km 33+00 – 34+60 szlaku głównego Pisz – Węgorzewo, gmina Ryn, pow. giżycki oraz gmina Mikołajki, pow. mrągowski, woj. warmińsko – mazurskie. 2. Przebudowa i umocnienie Kanału Grunwaldzkiego w km 36+10 – 36+57 szlaku głównego Pisz – Węgorzewo, gmina Ryn, pow. giżycki, woj. warmińsko – mazurskie. 3. Przebudowa i umocnienie Kanału Mioduńskiego w km 37+05 – 38+97 szlaku głównego Pisz – Węgorzewo, gmina Ryn, pow. giżycki, woj. warmińsko – mazurskie realizowane w ramach projektu „Budowa i przebudowa infrastruktury związanej z rozwojem funkcji gospodarczych na szlakach wodnych Wielkich Jezior Mazurskich wraz z budową śluzy „Guzianka II” i remontem śluzy „Guzianka I”/ Etap II B – przebudowa i umocnienie 5 kanałów na*



szlaku od Mikołajek do Giżycka”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury na lata 2014-2020. – zamówienie podzielone na 3 części (znak postępowania: WA.ROZ.281.4.2020; dalej jako „Postępowanie”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2020 r. pod nr 2020/S 030-069008.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu dotyczących Postępowania (dalej odpowiednio jako: „**SIWZ**” lub „**Ogłoszenie**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy (warunek zdefiniowany w pkt 4.2.1. lit. a) SIWZ; Sekcja II.1.4 Ogłoszenia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym



pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów przez Zamawiającego. Szkada ta polega na ryzyku wyłączenia możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

W kontekście posiadania interesu prawnego we wnoszeniu odwołania na etapie kwestionowania elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2036/10), wskazujemy iż *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż 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”.*

Powyższe w połączeniu z faktem, iż czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp ale również ograniczają konkurencyjność w ramach postępowania i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, dowodzi wypełnienia przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania, zdefiniowanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Zamawiający w dniu 18 marca 2020 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, zawężając przedmiotowy zakres realizacji, za pośrednictwem których możliwe byłoby wykazanie jego spełnienia. We wskazanym dniu nastąpiła publikacja aktualizacji treści SIWZ i przesłana została do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej informacja o zmianie ogłoszenia w tym zakresie.



Tym samym, w dniu 18 marca 2020 r. Wykonawca powziął informację o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając dyspozycję art. 185 ust. 8 ustawy Pzp (wskazującą, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub na dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy), 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, upływa dnia następnego po dniu wolnym od pracy, tj. w poniedziałek 30 marca 2020 r. i został tym samym zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy, w ramach pierwotnej treści SIWZ w pkt 4.2.1. lit. a) wskazał, że:
*Wykonawca musi wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **przynajmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub odbudowie lub przebudowie lub remoncie ubezpieczenia brzegu (nie obwałowań) rzeki lub kanału (także żeglownego lub podejściowego) lub zbiornika wodnego lub potoku górskiego w postaci ścianki szczelnej z oczepem żelbetowym, w wymaganej ilości:***
 - łączna kubatura robót żelbetowych, wykonanych w ramach powyższych zamówień nie powinna być mniejsza niż 500 m³ (dotyczy części 1 i 3 zamówienia) i 100 m³ (dotyczy części 2 zamówienia)
 - łączna długość ścianki szczelnej w planie nie może być mniejsza niż 500 mb (dotyczy części 1 i 3 zamówienia) i 300 mb (dotyczy części 2 zamówienia) a jej głębokość nie może być mniejsza niż 6 m (dotyczy części 1 zamówienia) i 8 m (dotyczy części 2 i 3 zamówienia).
2. Następnie, w ramach dokonanej samodzielnie modyfikacji treści SIWZ, Zamawiający dokonał zmiany warunku zdefiniowanego w pkt 4.2.1. lit. a) SIWZ, wskazując, że:
*Wykonawca musi wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **przynajmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub odbudowie lub przebudowie lub remoncie dotyczącego jednego z niżej wymienionych obiektów na wodach śródlądowych:***
 - ubezpieczenia brzegu (nie obwałowań) rzeki
 - ubezpieczenie kanału (w tym żeglownego)
 - ubezpieczenie kanału podejściowego - ubezpieczenie zbiornika wodnego
 - ubezpieczenie potoku górskiego

- stopnia wodnego
- progu podpiętrżającego lub stabilizującego którego element konstrukcyjny stanowią ścianki szczelne stalowe z ocepem żelbetowym lub ścianki szczelne stalowe obudowane jednostronnie ścianą żelbetową

a1) Wymagana minimalna łączna kubatura robót żelbetowych, wykonana w ramach powyższych zamówień:

- min 200 m³ - jeśli oferta dotyczy jednej z części 1. lub 3.
- min 100 m³ - jeśli oferta dotyczy części 2.

Uwaga: W przypadku warunku, dotyczącego wykonania robót żelbetowych, będących w niniejszym postępowaniu kluczową częścią zamówienia i zastrzeżonych w trybie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (patrz pkt 1.16.1. SIWZ), wykonawca zobowiązany jest wykonać tę część zamówienia samodzielnie i przy wykazywaniu spełniania warunków udziału nie może powoływać się na zasoby innych podmiotów. Zamawiający wymaga, aby warunek określony powyżej był w całości spełniony przez Wykonawcę.

a2) Wymagana minimalna łączna długość ścianek szczelnych w planie wykonana w ramach powyższych zamówień:

- min 500mb przy głębokości ścianki min 6 m, jeśli oferta dotyczy części 1.
- min 300 mb przy głębokości ścianki min 8 m, jeśli oferta dotyczy części 2.
- min 500 mb przy głębokości ścianki min 8 m, jeśli oferta dotyczy części 3.

Uwaga: Zamawiający wymaga, aby warunek określony powyżej był spełniony w całości przez jeden podmiot (wykonawcę lub podmiot oddający do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby zamówienia).

Jeżeli Wykonawca będzie składał ofertę na więcej niż jedną część zamówienia warunek udziału będzie spełniony, gdy Wykonawca wykaże się wykonaniem robót wymaganych dla tej części zamówienia, dla której wymagania są wyższe.

3. Z zestawienia powyższych postanowień i dokonanych zmian wynika, że Zamawiający wprowadzając modyfikację SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, **wyłączył możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym na wodach morskich, wyłączając tym samym możliwość posłużenia się doświadczeniem w wykonaniu przykładowo umocnień morskich portowych budowli hydrotechnicznych typu nabrzeża czy pirsy. Takie działanie Zamawiającego jest o tyle nieuzasadnione, że eliminuje z Postępowania wykonawców bardziej doświadczonych, którzy posiadają doświadczenie w realizacjach o większym poziomie skomplikowania dotyczących przykładowo nabrzeży morskich. Eliminacja takich wykonawców nie ma jakiegokolwiek podstawy o tyle, że kwalifikacje techniczne zdobyte w ramach inwestycji dotyczących wód morskich można bez przeszkód przenieść na realizacje dotyczące wód śródlądowych – sposób realizacji tego typu przedsięwzięć nie różni się w sposób znaczący w zależności od rodzaju zbiornika wodnego.**

4. W kontekście porównywalności doświadczenia zdobytego na realizacjach dotyczących wód morskich i wód śródlądowych, podkreślenia wymaga, że budowle nabrzeży jak też budowle śródlądowe **należą do tej samej grupy robót hydrotechnicznych** (budowla hydrotechniczna to budowla służąca gospodarce wodnej i kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z wód). Dla budowli nabrzeży jak też jazów, zapór wodnych itp. **obowiązują te same uprawnienia hydrotechniczne** (nie rozdziela się ich ze względu na morskie i śródlądowe), co stanowi potwierdzenie, że w każdym z tych przypadków mamy do czynienia z **taką samą specyfiką prac**. Wykonując prace **czy na wodach śródlądowych czy na wodach morskich co do zasady każdorazowo wykonywane są tożsame elementy**, takie jak:
- ścianki szczelne,
 - beton,
 - narzuty kamienne (na końcach obiektu),
 - zabezpieczenie podwodne (materace),
 - prace refulacyjno-pogłębiarskie,
 - elementy wyposażenia (odbojnice, pachołki),
 - automatyka,
 - odwodnienie.
5. Co szczególnie istotne, w ramach zamówień dotyczących nabrzeża morskiego tak samo jak w przypadku umocnień na wodach śródlądowych **wykonywane się ścianki szczelne, które w ramach przedmiotowego postępowania stanowią element akcentowany w treści warunku udziału w postępowaniu**, będąc następnie elementem do wykonania w trakcie realizacji zamówienia. Co więcej, technologia wykonania ścianek szczelnych w każdym przypadku jest analogiczna i zakłada pogrążanie stalowych brusów za pomocą wibromłotów zawieszonych na samojezdnych dźwigach samochodowych; szczegółowe wytrasowania linii przebiegu wraz z bieżącą kontrolą pogłębiania.
6. Jak wynika z powyższego, prace związane ze wzmocnieniem zbiorników wodnych, wykonywane tak na wodach śródlądowych, jak i na wodach morskich charakteryzują się tożsamą specyfiką, pozwalającą na wykorzystanie doświadczenia zdobytego na wodach morskich również na realizacjach dotyczących wód śródlądowych. Z uwagi na rozmiar przedsięwzięć realizowanych na wodach morskich (większa ilość materiału, większe skomplikowanie rozwiązań), **budowa nabrzeży stanowi wręcz doświadczenie bardziej wymagające niż realizacja będąca przedmiotem niniejszego postępowania dotycząca wód śródlądowych**. Tym bardziej więc tego typu doświadczenie zdobyte podczas budowy nabrzeży na wodach morskich nie powinno być dyskwalifikowane przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego Postępowania. O większym poziomie zaawansowania i skomplikowania przedsięwzięć realizowanych na wodach morskich świadczą chociażby następujące uwarunkowania:



- niejednokrotnie budowa wymaga użycia pływających jednostek typu barki, pontony z których szereg prac jest wykonywane ze względu na brak dostępu do terenu prac od strony lądowej;
 - precyzja wykonania oraz jakość robót i staranność wykończenia stanowi bardzo ważny element, gdyż elementy te są zawsze użytkowane przez sprzęt oraz osoby obsługi (prace regulacyjne rzek i budowli śródlądowych natomiast często są elementami, które wpasowują się w element krajobrazu, nie będąc użytkowanymi w tożsamy sposób jak budowle morskie);
 - cała organizacja placu budowy jest bardziej skomplikowana, roboty prowadzone są również za pomocą żurawi dźwigowych, taśmociągów, podawanie materiałów jest elementem bardziej skomplikowanym przy pracach nabrzeży niż większości budowli śródlądowych;
 - roboty prowadzone na akwenach morskich są trudniejsze niż na akwenach lądowych ze względu na większe zakresy falowania wód (sztormy, przypływy, odpływy), które należy uwzględnić podczas prowadzonych prac;
 - zakres prac przy nabrzeżach zawsze zawiera elementy budowli śródlądowej natomiast nie każda budowla śródlądowa zawiera elementy nabrzeży.
7. Wszystkie powyższe elementy Zamawiający winien wziąć pod uwagę formułując treść warunku udziału w postępowaniu, mając również na względzie okoliczność, że **warunki w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny wymagać odzwierciedlenia identycznej realizacji w ramach przeszłych doświadczeń. Warunki udziału w postępowaniu powinny bowiem dopuszczać wszelkie realizacje, które pozwoliłyby na nabycie takich kompetencji, które byłyby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia (nie koniecznie nabyte na identycznym przedmiocie zamówienia).** Z okoliczności niniejszej sprawy wynika natomiast, że Zamawiający zmieniając kwestionowany warunek udziału w postępowaniu kierował się prostą argumentacją, iż z uwagi na fakt, że przedmiotowe postępowanie dotyczy wód śródlądowych, to tylko doświadczenie zdobyte na wodach śródlądowych będzie przez Zamawiającego zaakceptowane (por. odpowiedź na pytanie nr 3 do SIWZ). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał tym samym niezbędnej analizy dotyczącej tego czy kompetencje zdobyte na realizacjach dotyczących wód morskich (np. budowa nabrzeża) pozwalałyby na nabycie takich umiejętności, które mogą być bez przeszkód wykorzystane w toku przedmiotowego postępowania.
8. W kontekście powyżej przytoczonej argumentacji Odwołujący podkreśla, że jakkolwiek określenie warunków udziału w postępowaniu jest decyzją Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania ma uprawnienie do ustanawiania wymogów w tym zakresie w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie zamierzonego celu, o tyle swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego. **Po pierwsze, Zamawiający winien**

bowiem tak kształtować warunki udziału w postępowaniu aby pozwoliły mu one na wybór takiego wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający ma jednocześnie obowiązek dostosować warunki udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Po drugie, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wreszcie po trzecie, **nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.**

9. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, **czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.** Przekładając tę zasadę na formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu należałoby więc stwierdzić, że podjęte przez zamawiającego działania w tym zakresie służyć powinny zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Co więcej, podkreślenia wymaga również, że poza art. 22 ust. 1a ustawy Pzp (wprost nakazującym zachowanie zasady proporcjonalności w Postępowaniu), zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie **najszerzego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie.** Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu **nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów** z udziału w postępowaniu, co potwierdza, interpretowane w drodze analogii, wskazane poniżej orzecznictwo w tym zakresie:

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r., KIO 412/15:**

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez



sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. KIO 2358/14:**

Warunki udziału w postępowaniu służą wyborowi wykonawcy, który zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia to wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być sformułowane w taki sposób, aby do udziału w postępowaniu zostali dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie sprostać zamówieniu. Z drugiej strony, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ZamPublU, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

10. Reasumując, Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu każdorazowo winien wziąć pod uwagę adekwatność swoich wymagań, a także uwzględnić możliwości rynkowe ich spełnienia przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących (tak aby warunki mogłyby być spełnione przez konkurencyjną grupę potencjalnych wykonawców). Jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13): *obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest **nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.*** Analiza sytuacji rynkowej pokazuje natomiast, że znakomita część podmiotów mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie swoje kompetencje uzyskiwała podczas realizacji związanych z wodami morskimi (potwierdza to przykładowo pytanie nr 3 do SIWZ zadane przez jednego z wykonawców konkurencyjnych). Co więcej, analiza rynku unaocznia też, że w przypadku postępowań odnoszących się do realizacji związanych z umocnieniami i budowlami hydrotechnicznymi na wodach śródlądowych, warunki udziału w postępowaniu formułowane są w sposób zdecydowanie szerszy, dopuszczając również doświadczenie zdobyte na wodach morskich. Przykład w tym zakresie stanowią następujące postępowania realizowane przez tego samego Zamawiającego (tj. Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie):

- postępowanie pn. „*Budowa wrót sztormowych na rzece Tudze*” (nr postępowania GD.ROZ/281.2.2020ZP.MR), które dotyczyło budowli hydrotechnicznej na wodach śródlądowych, dopuszczając w ramach warunku udziału w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem zdobytym podczas budowli hydrotechnicznych na wodach morskich;

- postępowanie pn. „*Rewitalizacja ubezpieczeń betonowych brzegów rzeki Warty w km 246,00 do km 243,50 (m. Poznań)*” (nr postępowania ROZ/106/2019), które dotycząc wykonania umocnień na wodach śródlądowych, dopuszczało w ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem dotyczącym również realizacji na wodach morskich (warunek dopuszczał legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu wszelkich umocnień brzegowych bez rozróżnienia rodzaju zbiornika, na którym dane umocnienie było wykonane).

11. Wszystkie powyższe okoliczności determinują więc, że wymóg posiadania doświadczenia zdobytego wyłącznie podczas realizacji dotyczących wód śródlądowych (wyłączając realizacje zdobyte na wodach morskich) jest nieuzasadniony tak przez wzgląd na specyfikę zamówienia, jak i okoliczności rynkowe. **Zamawiający dokonując takiego ograniczenia w sposób niezasadny eliminuje z postępowania wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, ograniczając konkurencję w taki sposób, iż może odbić się to również na oferowanych cenach ofertowych, zakładających brak efektywnej konkurencji ze strony innych podmiotów.** Działania Zamawiającego są więc nie tylko nieadekwatne i nieproporcjonalne, ale też w sposób negatywny mogą wpłynąć na jego interesy, nie zapewniając racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dążenie Zamawiającego do omawianego ograniczenia warunku udziału w postępowaniu jest tym bardziej nieuzasadnione, że zmiana w omawianym zakresie nastąpiła na skutek działań samego Zamawiającego, który wszczynając przedmiotowe postępowanie (i formułując pierwotne warunki udziału w postępowaniu), musiał poprzedzić to stosowną analizą, która doprowadziła go do słusznej konstatacji o dopuszczalności legitymowania się również doświadczeniem na wodach morskich. Późniejsza autokorekta w tym zakresie ze strony Zamawiającego jest więc całkowicie niezrozumiała, zwłaszcza, że w sposób dalej idący ogranicza ona konkurencyjność postępowania, narażając dodatkowo na szkodę te podmioty, które od momentu wszczęcia postępowania (tj. od 12 lutego 2020 r.), działając w zaufaniu do racjonalności Zamawiającego i jego respektowania ustalonych zasad postępowania, przygotowywali się do złożenia oferty, nie przewidując tak drastycznego zawężenia treści warunku udziału w postępowaniu.

12. **W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ oraz Ogłoszenia (pkt 4.2.1. lit. a) SIWZ; Sekcja II.1.4 Ogłoszenia) poprzez dopuszczenie w ramach warunku udziału w postępowaniu legitymowania się doświadczeniem również na wodach morskich, tj. nadanie mu przykładowo następującego brzmienia:**

- *Wykonawca musi wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **przynajmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub odbudowie lub przebudowie lub remoncie dotyczącego jednego z niżej wymienionych obiektów na wodach śródlądowych lub wodach morskich:***

budimex

- **nabrzeża**,
- *ubezpieczenia brzegu (nie obwałowań) rzeki,*
- *ubezpieczenie kanału (w tym żeglownego),*
- *ubezpieczenie kanału podejściowego,*
- *ubezpieczenie zbiornika wodnego,*
- *ubezpieczenie potoku górskiego*
- *stopnia wodnego*
- *progu podpiętrzającego lub stabilizującego którego element konstrukcyjny stanowią ścianki szczelne stalowe z ocepem żelbetowym lub ścianki szczelne stalowe obudowane jednostronnie ścianą żelbetową,*

a1) Wymagana minimalna łączna kubatura robót żelbetowych, wykonana w ramach powyższych zamówień:

- *min 200 m³ - jeśli oferta dotyczy jednej z części 1. lub 3.*
- *min 100 m³ - jeśli oferta dotyczy części 2.*

Uwaga: W przypadku warunku, dotyczącego wykonania robót żelbetowych, będących w niniejszym postępowaniu kluczową częścią zamówienia i zastrzeżonych w trybie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (patrz pkt 1.16.1. SIWZ), wykonawca zobowiązany jest wykonać tę część zamówienia samodzielnie i przy wykazywaniu spełniania warunków udziału nie może powoływać się na zasoby innych podmiotów. Zamawiający wymaga, aby warunek określony powyżej był w całości spełniony przez Wykonawcę.

a2) Wymagana minimalna łączna długość ścianek szczelnych w planie wykonana w ramach powyższych zamówień:

- *min 500mb przy głębokości ścianki min 6 m, jeśli oferta dotyczy części 1.*
- *min 300 mb przy głębokości ścianki min 8 m, jeśli oferta dotyczy części 2.*
- *min 500 mb przy głębokości ścianki min 8 m, jeśli oferta dotyczy części 3.*

Uwaga: Zamawiający wymaga, aby warunek określony powyżej był spełniony w całości przez jeden podmiot (wykonawcę lub podmiot oddający do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby zamówienia).

Jeżeli Wykonawca będzie składał ofertę na więcej niż jedną część zamówienia warunek udziału będzie spełniony, gdy Wykonawca wykaże się wykonaniem robót wymaganych dla tej części zamówienia, dla której wymagania są wyższe.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.