sygn. akt: **KIO 2140/18**

**WYROK**
**z dnia 30 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Emil Kuriata**
Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2018 r. przez wykonawcę **Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51a; 81-862 Sopot,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań,**

**orzeka:**

1 . **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, w następującym zakresie:**

**1) pkt 6.2.3.a. s.i.w.z. oraz sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu otrzymują brzmienie: „(…) zdolności technicznej lub zawodowej:**

**a)Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającymi na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zadań związanych z realizacją inwestycji drogowo-mostowych, każda o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł brutto,**
**oraz jednego zadania:**
**- zawierającego w swoim zakresie budowę nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną i co najmniej jednego zadania zawierającego w swoim zakresie budowę obiektu mostowego o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 25 m lub długości obiektu min. 100 m.,**
**lub**
**-zawierającego w swoim zakresie budowę nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 25 m lub długości obiektu min. 100 m.",**

**2) pkt. 6.2.3.b. s.i.w.z. i sekcja III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu otrzymują brzmienie:**

**„b) Wykonawca musi wykazać osoby, które zostaną skierowana do realizacji zamówienia posiadające kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia oraz Wykonawca musi wykazać że będzie dysponował tymi osobami podając podstawę do dysponowania nimi:**
**1. jedną osobą na stanowisko Kierownika Budowy:**
**a.z doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika robót mostowych, na co najmniej dwóch kontraktach budowlanych, które zostały zrealizowane i zakończone w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert w niniejszym postępowaniu, łącznie spełniające poniższe wymagania:**
**-na co najmniej jednym kontrakcie dotyczącym inwestycji drogowo - mostowej na drodze klasy minimum G o wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto,**
**-na co najmniej 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia.**
**b.z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót branży mostowej, na co najmniej dwóch kontraktach budowlanych dotyczących inwestycji drogowo - mostowych lub mostowych, które zostały zrealizowane i zakończone w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert w niniejszym postępowaniu, łącznie spełniające poniższe wymagania:**
**-co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia,**
**-co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy o konstrukcji zespolonej (stal-beton),**
**-co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy sprężony kablobetonowy,**
**-co najmniej jeden kontrakt, na którym był remontowany, przebudowywany, budowany obiekt mostowy nad śródlądową drogą wodną,**
**-co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 30m lub długości obiektu min. 150m.**
**Wykazana osoba musi spełnić wszystkie powyższe warunki, przy czym każde wskazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnienie kilku warunków.",**

**3) Nakazuje zamawiającemu wykreślenie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu opisanego przez zamawiającego w pkt 6.4 tiret pierwszy s.i.w.z., tj. „warunek określony w pkt 6.2.3. a) musi spełniać jeden z Wykonawców, który będzie miał obowiązek uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazywanego doświadczenia".**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51a; 81-862 Sopot,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** na rzecz wykonawcy **Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51a; 81-862 Sopot** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2017 r., poz. 1579 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 **Poznaniu.**

**Przewodniczący:**……

sygn. akt: **KIO 2140/18**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu,prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa mostu przez rzekę Wartę wraz z dojazdami w ciągu drogi wojewódzkiej nr 431 w m. Rogalinek”*.

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2018 r., pod numerem 2018/S 193-435556.

Dnia 16 października 2018 roku wykonawca Most sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejwobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści s.i.w.z. sformułowanych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu niezgodnie z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

1.art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie w pkt. 6.4.a. s.i.w.z. zastrzeżenia,
iż warunek określony w pkt 6.2.3. a) musi spełniać jeden z wykonawców, który będzie miał obowiązek uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazywanego doświadczenia pomimo, iż nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne;

2.art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku
w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 6.2.3. a s.i.w.z. oraz III.1.3. Ogłoszenia) tj. żądanie, aby wykonawca wykonał w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej trzech zadań związanych z realizacją inwestycji drogowo-mostowych, każda o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł brutto, w tym:
-co najmniej jedno zadanie zawierające w swoim zakresie budowę nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną i co najmniej jedno zadanie zawierające
w swoim zakresie budowę obiektu mostowego o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 25 m lub długości obiektu min. 100 m.
lub
-co najmniej jedno zadanie zawierające w swoim zakresie budowę nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 25 m lub długości obiektu min. 100 m;
tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

3.art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku
w zakresie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (pkt 6.2.3.b.1. s.i.w.z., III.1.3.b. Ogłoszenia), w ten sposób że wymagane jest aby wykonawca dysponował Kierownikiem Budowy:
a.z doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika robót mostowych, na co najmniej dwóch kontraktach budowlanych, które zostały zrealizowane i zakończone w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert w niniejszym postępowaniu, łącznie spełniające poniższe wymagania:
-na co najmniej jednym kontrakcie dotyczącym inwestycji drogowo - mostowej na drodze klasy minimum G o wartości nie mniejszej niż 20 min PLN brutto,
-na co najmniej 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia.
b.z doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót branży mostowej, na co najmniej dwóch kontraktach budowlanych dotyczących inwestycji drogowo - mostowych lub mostowych, które zostały zrealizowane i zakończone w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert w niniejszym postępowaniu, łącznie spełniające poniższe wymagania:
a.co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia,
b.co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy o konstrukcji zespolonej (stal - beton),
c.co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy minimum dwuprzęsłowy sprężony, kablobetonowy,
d.co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy nad śródlądową drogą wodną,
e.co najmniej jeden kontrakt, na którym był budowany obiekt mostowy o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła min. 30m lub długości obiektu min. 150m,
tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia

4.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się
o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienia odwołania;
2.nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób zgodny
z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
3.nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
i uzyskaniem tego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i posiadający odpowiednie kwalifikacje i zasoby do jego wykonania, nie jest w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty. Z powyższym wiąże się możliwość poniesienia przez odwołującego szkody, polegającej na braku możliwości osiągnięcia zysku związanego
z realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1.Warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem odwołującego, warunek postawiony przez zamawiającego jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i prowadzi wprost do ograniczenia konkurencji

w postępowaniu. Zgodnie bowiem z warunkiem opisanym w s.i.w.z., wykonawca powinien posiadać doświadczenie w realizacji aż trzech inwestycji drogowo-mostowych, wszystkich
o wartości minimum 20 mln zł i wśród nich powinny się znaleźć inwestycje dotyczące budowy nowego obiektu mostowego nad śródlądową drogą wodną i budowę obiektu mostowego o określonych parametrach (lub jedna inwestycja spełniająca oba te warunki). Tego rodzaju obiektów mostowych, stanowiących faktyczne przeprawy przez śródlądowe drogi wodne buduje się w Polsce niewiele w stosunku do obiektów mostowych budowanych w ogóle. Natomiast takie inwestycje o wymaganej przez zamawiającego wartości 20 mln zł, stanowią prawdziwą rzadkość. Nawet przedsiębiorstwa od wielu lat specjalizujące się
w realizacji inwestycji drogowo-mostowych nie mogą wykazać się tego rodzaju doświadczeniem. Natomiast, biorąc pod uwagę charakterystykę i rozmiar przedsięwzięcia budowalnego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, zupełnie wystarczające byłoby wykazanie się realizacją dwóch inwestycji drogowo - mostowych o wymaganej wartości i jedną inwestycją mostową o wymaganej przez zamawiającego specyfice,
o co odwołujący wnosi. Tak zmodyfikowany warunek pozwoli na weryfikację wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamierzenia budowlanego określonej kategorii, rozmiarów
i wartości czyli inwestycji drogowo-mostowej o dużej wartości, proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wymaganie realizacji jednej inwestycji mostowej o określonych parametrach pozwoli na weryfikację, czy wykonawca posiada specyficzne doświadczenie związane z obsługą śródlądowej drogi wodnej, w tym związanej z kierowaniem ruchem wodnym etc. Nie jest przy tym konieczne, dla sprawdzenia posiadania specyficznego doświadczenia związanego z obsługą śródlądowej drogi wodnej, aby inwestycja ta posiadała wartość aż 20 mln zł. Podobnie jeśli chodzi o długość przęseł lub długość obiektu - doświadczenie w budowie takiego obiektu jest niezależne od wartości.

2.Warunek dotyczący osób zdolnych do realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego, działającego na rynku budowy obiektów mostowych od wielu lat, spełnienie tak złożonego warunku doświadczenia przez jedną osobę, jest bardzo trudne, wręcz niemożliwe do spełnienia. Całkowicie unikalne będzie kierowanie przez jedną osobę
w okresie ostatnich 10 lat, budową tak licznych i różnorakich obiektów. Takie określenie warunku stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Ponadto nadzorowanie przez kierownika branży mostowej obiektu sprężonego kablobetonowego wylewanego na mokro jest tożsame z wykonaniem obiektu dwuprzęsłowego, z uwagi na fakt, że zarówno w jednym jak i drugim rozwiązaniu trajektorie kabli sprężających są prowadzone po paraboli, a głowice są kotwione w sposób analogiczny. Zatem wystarczające jest doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika w zakresie jednej z tych pozycji. Natomiast wykonanie przebudowy
i remontu obiektu nad śródlądową drogą wodną wymaga takich samych działań od kierownika, w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa dla ruchu żeglownego jak podczas prowadzenia budowy obiektu, nie ma więc uzasadnienia do ograniczenia tego warunku tylko do nadzorowania prac nad nowo budowanymi obiektami. Ewentualnie zamawiający powinien uwzględnić możliwość spełnienia warunków przy pomocy dwóch osób w tym kierownika robót w branży mostowej. Zauważyć należy, że przedmiotem zamówienia jest inwestycja drogowo-mostowa i zwyczajowo przy tego typu zadaniach ustanawiani są kierownicy branżowi, ponieważ zwykle na tak znacznym zadaniu kierownik budowy pełni jednocześnie funkcję koordynatora robót branżowych, na co zamawiający zwrócił uwagę powołując kierowników branżowych w innych specjalnościach.

3.Zarzut dotyczący spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W pkt, 6.4. tiret pierwszy s.i.w.z., zamawiający zastrzegł, że warunek określony w pkt 6.2.3. a) musi spełniać jeden z wykonawców, który będzie miał obowiązek uczestnictwa
w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazywanego doświadczenia. Takie zastrzeżenie jest niezgodne z przepisami prawa i nie spełnia wymagań określonych w art. 23 ust. 5 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, dokonanie takiego zastrzeżenia powinno być uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest budowa mostu wraz z dojazdami. Nie jest to zatem przedmiot zamówienia o specyficznej charakterystyce. Trudno też stwierdzić, aby zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego było proporcjonalne. Zasadą jest możliwość łączenia doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności, na co wskazuje samo brzmienie warunku przedmiot zamówienia jest podzielny. Zawiera bowiem zarówno roboty drogowe jak i mostowe, a zamawiający wymaga zarówno doświadczenia ogólnego
w realizacji tego typu inwestycji jak i szczegółowo sprecyzowanego w zakresie budowy mostu nad drogą śródlądową i o określonych parametrach. Odwołujący podniósł, że nie widzi żadnych powodów, dla których zagrożeniem dla realizacji zamówienia miałoby być spełnianie tych warunków doświadczenia łącznie np. przez dwóch członków konsorcjum. Fakt, że jeden z członków posiadałby np. doświadczenie w realizacji inwestycji mostowo-drogowych o dużej wartości, a drugi o określonych, szczegółowych parametrach, prowadziłby właśnie do tego, że wspólna realizacja inwestycji byłaby bardzo korzystna dla przedmiotu zamówienia, terminu jego realizacji, jakości wykonanych prac, a co za tym idzie osiągniecie celu zadania jakim jest budowa mostu wraz z dojazdami. Przedmiot zamówienia nie jest na tyle specyficzny, aby dla prawidłowej jego realizacji konieczne było posiadanie przez jednego wykonawcę całości doświadczenia.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE*„art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.”*. Powyższe odnosi się co prawda do korzystania z potencjału podmiotu trzeciego jednak dotyczy wprost również spełniania warunków udziału
w postępowaniu przez więcej niż jeden podmiot. W przedmiotowym przypadku nie sposób stwierdzić, że roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia są niepodzielne, skoro nawet nazwa zamówienia wyodrębnia budowę mostu i zjazdów, a podział zamówienia na mniejsze elementy, które mogą wykonać różni, współpracujący ze sobą wykonawcy może przebiegać na wiele sposobów.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy

- Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Sektor MŚP (mikro, małe i średnie firmy) stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce - 99,8%. Podmioty z sektora MŚP mają kluczowy wpływ na rozwój gospodarki, rynek pracy a także innowacyjność i konkurencyjność. Udział tych przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych gwarantuje realizację celu zrównoważonych zamówień, a także w dużym stopniu wpływa na zwiększenie konkurencyjności oraz innowacyjności zamówień publicznych. Zgodnie z danymi Komisji Europejskiej MŚP pozyskują 45% zamówień o wartości powyżej progów unijnych – i to występując w roli zarówno bezpośrednich wykonawców lub konsorcjantów, jak również podwykonawców. Wskazuje to, że udział MŚP w zamówieniach publicznych jest znacznie niższy niż ich znaczenie gospodarcze zarówno pod względem udziału w PKB jak i strukturze zatrudnienia. MŚP przypisuje się pierwszoplanową rolę w tworzeniu lokalnych miejsc pracy, rozwoju rynków lokalnych oraz kreowaniu i wdrażaniu rozwiązań innowacyjnych. (…). Realizacja przedmiotu zamówienia publicznego przy udziale sektora MŚP pozwala nie tylko na efektywne wykonanie zamówienia, lecz również kreuje wartość dodaną. W wielu przypadkach MŚP oferują bowiem niższe ceny i bardziej elastyczne formy współpracy z kontrahentami niż wielkie przedsiębiorstwa. Ograniczenie barier dla MŚP w dostępie do zamówień publicznych pozwoli na:

- zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych,
- wzrost liczby przedsiębiorstw z sektora MŚP wśród zwycięzców postępowań, co przekłada się na trwały rozwój tego sektora rynku,
- zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co wpłynie na wzrost spektrum i innowacyjności dostępnych dóbr.

Udział MŚP w rynku zamówień publicznych przynosi wiele korzyści również przedstawicielom tego sektora. Po pierwsze, zamówienia publiczne niosą ze sobą stabilne i przewidywalne źródło wynagrodzenia. Daje to możliwość racjonalnego planowania przez MŚP źródeł przychodów, inwestowania w nowe technologie, sprzęt oraz rozwijania zatrudnienia. Ponadto współpraca MŚP z zamawiającymi przyczynia się w znaczący sposób do budowania renomy przedsiębiorstwa. (…). Wśród całego sektora MŚP, jak wynika z rozmów przeprowadzonych z uczestnikami rynku zamówień publicznych oraz dostępnych badań, jako główne bariery w dostępie do udziału w przetargach publicznych wskazywane są:

- stosowanie najniższej ceny jako dominującego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty,
- skomplikowane, wymagające i kosztowne procedury oraz biurokratyczne rozwiązania legislacyjne,
- niekorzystne postanowienia umowne – brak równości stron (kary umowne, warunki wykonania zamówienia, wadium i gwarancje należytego wykonania umowy), obciążanie wykonawcy jednostronnie ryzykiem kontraktowym i brak wpływu na konkretyzację przedmiotu zamówienia,
- wysokie wymogi w zakresie poziomu kwalifikacji, preferowanie dotychczasowych wykonawców,
- niejasny lub błędny opis przedmiotu zamówienia,
- zbyt duże rozmiary udzielanego zamówienia („Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych”, czerwiec 2018, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych).

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę oraz mając na względzie okoliczność, iż odwołujący jest wykonawcą sklasyfikowanym jako średni przedsiębiorca, Izba stwierdziła, że zamawiający ustalając i opisując, kwestionowane przez odwołującego, warunki udziału w postępowaniu, uniemożliwia rzeczywiste i samodzielne ubieganie się przez tego wykonawcę - odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Izba za wiarygodne i przekonywujące uznała wyjaśnienia złożone na rozprawie przez odwołującego, iż obecna formuła warunków udziału w postępowaniu umożliwia udział w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom „dużym”, których zasięg działalności, jak i struktura organizacyjna daje pozycję „potentatów” na rynku. W większości bowiem są to wykonawcy o zasięgu międzynarodowym, lub posiadający kapitał międzynarodowy. Zachodzi zatem uzasadniona obawa, iż udział takich wykonawców jak odwołujący, którzy mają status małego lub średniego przedsiębiorcy, pozwoli na realizacje tego zamówienia, jedynie jako podwykonawca części robót, a nie całego zamówienia. Tym samym biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający *de facto* nie przedstawił żadnej rzetelnej i wiarygodnej analizy, która mogłaby przekonać Izbę, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są konieczne i niezbędne i nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Izba przyjęła za prawidłową ocenę poczynioną przez odwołującego uznając, iż zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do efektu jaki zamierza osiągnąć.

Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. 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.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08,
w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału
w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu,
a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 stwierdzono natomiast, 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. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo,
w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

W orzecznictwie TSUE określenie „proporcjonalny" używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję". W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/99, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne
i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia
i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Opierając się na wyżej przytoczonych tezach orzeczniczych podkreślić należy, że zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędna równowagę miedzy interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Powyższa argumentacja odnosi się tożsamo do zarzutów dotyczących opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej
i zawodowej (pkt 6.2.3.a s.i.w.z., III.1.3 Ogłoszenia) oraz w zakresie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (pkt 6.2.3.b.1 s.i.w.z., lll.1.3.b Ogłoszenia).

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pkt 6.4 tiret pierwszy s.i.w.z.) wskazać należy, co następuje.

Zamawiający zastrzegł, że warunek określony w pkt 6.2.3. a) s.i.w.z., musi spełniać jeden z wykonawców, który będzie miał obowiązek uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykazywanego doświadczenia.

W ocenie Izby zastrzeżenie zamawiającego nie znajduje podstaw faktycznych oraz prawnych, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu, spornego postanowienia. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, który twierdził, że przedmiotowe zamówienie jest specyficzne i trudne w realizacji. Argumentując zamawiający wskazywał, że zamówienie będzie realizowane przez 2 lata, a podmiot je realizujący będzie musiał poradzić sobie
z organizacją prac mostowych i drogowych również zimą. Zdaniem Izby, przedmiot zamówienia nie stanowi specjalnej, niespotykanej nigdzie indziej inwestycji, a roboty budowlane prowadzone nawet w okresach zimowych, nie stanowią o jakiejś indywidualnej, spersonifikowanej wiedzy określonego podmiotu. Przedmiot zamówienia to zwykła robota budowlana o określonej wielkości i wartości.

Zgodnie z przepisem art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Jak wynika z dyspozycji omawianego przepisu, aby zamawiający mógł określić szczególny sposób spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, winien powyższe wymaganie obiektywnie uzasadnić. W przedmiotowym postępowaniu jedyną argumentacją jaką podnosił zamawiający, to okoliczność, że zamówienie jest specyficzne
i trudne, będzie trwało dwa lata, również zimą. Nadto ustawodawca wskazał, że aby zamawiający mógł zastosować przepis art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, należy odnieść przedmiot zamówienia do jego specyficznego charakteru, a ponadto musi być proporcjonalne. Zdaniem Izby, zamawiający nie udowodnił, że charakter zamówienia jest na tyle specyficzny
i wyjątkowy, że pozwala zamawiającemu na określenie szczególnego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie udowodnił również, że owe specyficzne spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostało opisane w sposób proporcjonalny do przedmiotu tego zamówienia. Zamawiający poprzestał bowiem na stanowisku,
że dysponowanie przez wykonawcę określonym doświadczeniem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia, tj. aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji zamówienia musi posiadać doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań.

Zdaniem Izby, zamawiający zdaje się nie dostrzegać różnicy jaka eksponuje się pomiędzy oceną wymaganego doświadczenia a etapem realizacji zamówienia. Ukształtowanie przez zamawiającego takiego wymagania, chociaż

dopuszczalne w myśl przepisów ustawy Pzp, to jednak zawiera w sobie istotne ograniczenie, polegające na obowiązku wykazania (udowodnienia) przez zamawiającego, że jest to wymóg uzasadniony charakterem zamówienia i proporcjonalny. A jak to już wcześniej wskazywała Izba, przedmiot zamówienia jest zwykłą robotą budowlaną, wobec czego brak jest podstaw do ustanowienia przez zamawiającego wyjątku od zasady i zobowiązania jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do osobistego świadczenia – osobistej realizacji przedmiotu zamówienia – w zakresie wykazywanego doświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego, związane z wpisem od odwołania (20.000,00 zł) oraz wynagrodzeniem pełnomocnika (3.600,00 zł).

Przewodniczący:……