

Sygn. akt: KIO 2123/17

WYROK
z dnia 23 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2017 r. przez wykonawcę Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Morski w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia

przy udziale

A wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2123/17 po stronie Zamawiającego, B wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2123/17 po stronie Zamawiającego,

C wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2123/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna, ul. św. Floriana 9/13, 70-646

Szczecin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin tytułem wpisu od odwołania, 1

2.2. zasądza od Odwołującego: Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin na rzecz Zamawiającego: Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i kosztów 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

2

Sygn. akt: KIO 2123/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Morski w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych na Projekcie „Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku” (nr ref. ZP-JG-3800-48/17).

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ została opublikowana na stronie Zamawiającego dnia 29 września 2017 r. (tego samego dnia w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu, nr 2017/S 187- 382078).

Nie zgadzając się niektórymi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ Odwołujący: Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna, ul. św. Floriana 9/13, 70-646

Szczecin w

dniu 9 października 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących postanowień SIWZ oraz ogłoszenia:

(i) Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A) SIWZ – odpowiednio sekcja III pkt 1.3 ogłoszenia:

„Wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności

to w tym okresie:

- 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł brutto każda (słownie: sto milionów zł brutto

każda),

lub

1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronu wyspowego lub półwyspowego w dowolnej technologii, posadowionego na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto) i jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie nabrzeża o długości nie mniejszej niż 300 m (wraz z robotami towarzyszącymi i instalacyjnymi), rzędnej dna przy nabrzeżu nie mniejszej niż 8m p.p.m. i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto)”, (ii) Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B) - odpowiednio sekcja III pkt 1.3 ogłoszenia: 3

„Skieruje do realizacji zamówienia publicznego - niżej wymienione osoby: 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu) lub Kierownika Budowy na budowie prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne warunki kontraktowe, w tym: • doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do wystawienia Świadectwa Przejęcia) lub przez okres minimum 18 miesięcy - 1 (jednej) morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży, pirsów o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów złotych brutto), lub • doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do wystawienia Świadectwa Przejęcia) lub przez minimum 18 miesięcy każda

2 budowli o wartości robót nie mniejszej niż 60mln zł brutto każda (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto) [w przypadku Przedstawiciela Wykonawcy.

Managera Projektu,

Dyrektora Kontraktu, Kierownika Zespołu etc.]”, morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży, pirsów o wartości robót nie mniejszej niż 60mln zł brutto każda (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto) [w przypadku Kierownika Budowy];

- 1 (jedną) osobę która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 8 (osiem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót, w tym: • doświadczenie zawodowe na

stanowisku kierownika budowy (robót) na 2 (dwóch) morskich robotach hydrotechnicznych, prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych/półwyspowych, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 60 mln zł brutto każda (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto każda), w tym 1 (jednej) prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub warunki kontraktowe równoważne, • doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy (robót) na 3 (trzech)

4

morskich robotach hydrotechnicznych, prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych/półwyspowych, nabrzeży, pirsów, w tym: 1 (jeden) falochron wyspowy/półwyspowy, posadowiony na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych brutto) i 2 (dwie) morskie roboty

hydrotechniczne

polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, o rzędnej dna przy nabrzeżu/pirsie nie mniejszej niż 8m p.p.m. o wartości nie mniejszej niż 40 mln zł brutto każda (słownie: czterdzieści mln zł brutto każda), w tym 1 (jedna) prowadzona w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub warunki kontraktowe równoważne

- 2 (dwie) osoby, które będą pełniły funkcję Kierowników Robót, posiadające wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowników budowy (robót), w tym doświadczenie nad 2 morskich robót prowadzeniem (dwóch) hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych (półwyspowych), nabrzeży; pirsów, rzędnej dna przy budowli nie mniejszej niż 5m p.p.m. i o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 25 mln zł brutto każda (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych brutto każda)".

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

(i) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie kręgu podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie udzielane w ramach Postępowania, gdy tymczasem już proporcjonalne

i

nienadmierne warunki udziału w postępowaniu umożliwiłyby Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę kwestionowanych postanowień poprzez nadanie im następującego brzmienia: Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A): „Wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaze, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres 5

prowadzenia działalności to w tym okresie:

- 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, realizowanych przy użyciu sprzętu do wykonywania robót na morzu o wartości zadania nie mniejszej niż 100 mln zł brutto każde (słownie: sto milionów zł brutto każde),

lub

1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów lub falochronu wyspowego lub półwyspowego w dowolnej technologii, realizowanych przy użyciu sprzętu do wykonywania robót na

morzu o wartości zadania nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto) i jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej/ich budowli hydrotechnicznej/ych polegającej/ych między innymi na budowie lub przebudowie:

- nabrzeża o długości nie mniejszej niż 200 m (wraz z robotami towarzyszącymi),
- infrastruktury kanalizacyjnej, elektrycznej i teletechnicznej,

O rzędnej dna przy nabrzeżu nie mniejszej niż 8m p.p.m. i wartości zadania nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto)".

Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B) tiret pierwsze: „Skieruje do realizacji zamówienia publicznego - niżej wymienione osoby:

- „1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu lub Zastępca Menagera Projektu, Zastępca Dyrektora Kontraktu, Zastępca Kierownika Zespołu) na budowie prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne warunki kontraktowe lub Kierownika Budowy, w tym: • doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do wystawienia Świadcstwa Przejęcia) lub przez okres minimum 18 miesięcy - 1 (jednego) zadania budowlanego o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł brutto,

lub:

• doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do wystawienia Świadcstwa Przejęcia) lub przez minimum 18 miesięcy każde

2 (dwóch) zadań budowlanych o wartości robót nie mniejszej niż 60 mln zł brutto każde 6

(słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto)".

Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B) tiret drugie: „Skieruje do realizacji zamówienia publicznego - niżej wymienione osoby:

- „1 (jedną) osobę która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r., lub wcześniej obowiązujących, w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 8 (osiem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót, w tym: • doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy (lub robót) na 2 (dwóch) zadaniach budowlanych prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie śródlądowych lub morskich budowli hydrotechnicznych o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 60 mln zł brutto każde (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto każde);

lub:

• doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy (lub robót) na 3 (trzech) zadaniach budowlanych prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie śródlądowych lub morskich budowli hydrotechnicznych o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych brutto) i 2 (dwa) zadania budowlane polegające na budowie lub przebudowie śródlądowych lub morskich budowli hydrotechnicznych o wartości nie mniejszej niż 40 mln zł brutto każde (słownie: czterdzieści mln zł brutto każde)".

Rozdział V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B) tiret trzecie: „Skieruje do realizacji zamówienia publicznego - niżej wymienione osoby - „2 (dwie) osoby, które będą pełniły funkcję Kierowników Robót, posiadające wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno

- budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności

inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września

2014 r., lub wcześniej obowiązujących, w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowników budowy (robót), w tym doświadczenie nad prowadzeniem 2 (dwóch) zadań budowlanych polegających na budowie lub przebudowie śródlądowych lub morskich budowli hydrotechnicznych o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 25 mln zł brutto 7

każde (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych brutto każde)".

Ponadto wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Określone bowiem przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, zbędny w zakresie możliwości dokonania oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co tym samym stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji. Uniemożliwia to również Odwołującemu złożenie oferty.

1.1. ZARZUT - R OZDZIAŁ V PKT 1 PPKT 2 LIT - C) A).

W pierwszej kolejności Odwołujący domagał się rezygnacji z fragmentu w zakresie wymaganego doświadczenia, który odnosi się do głębokości posadowienia budowanych lub przebudowywanych falochronów.

Według Odwołującego - sformułowany wymóg nie ma najmniejszego znaczenia z technicznego punktu widzenia. Budowa/ przebudowa falochronów przebiega w analogiczny sposób niezależnie od głębokości ich posadowienia. Dla określonej konstrukcji, niezależnie od głębokości, używa się takiego samego rodzaju sprzętu do robót hydrotechnicznych i tej samej metody wykonywania robót. Metoda ta zawsze polega na transporcie i wbudowaniu „z wody” określonego materiału bądź prefabrykatu, tworząc ostatecznie projektowaną konstrukcję. Trudności, z którymi zmierzyć się muszą wykonawcy realizujący tego typu przedsięwzięcia nie są zależne od głębokości, na jakiej prowadzone są prace. Tym samym analogiczne doświadczenie zdobywa wykonawca, który wykonuje roboty związane z budową lub przebudową falochronu np. na głębokości 2 m.p.p.m., jak i ten, który wykonuje podobne prace np. na głębokości 7 m.p.p.m.

Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, że elementami zamówienia, które mogą różnicować doświadczenia poszczególnych wykonawców w zakresie tego typu obiektów są takie parametry jak stopień skomplikowania (przekładający się z reguły na wartość prac) czy technologia ich wykonania.

Ograniczenie akceptowalnego doświadczenia jedynie do tego, które zdobyte zostało w związku z pracami dotyczącymi falochronów budowanych na określonej głębokości 8

pozostaje – według Odwołującego - bez wpływu na możliwość dokonania przez Zamawiającego rzeczywistej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Podniósł, że Zamawiający powinien mieć tego świadomość, tym bardziej, że w ramach zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania zrealizowane mają być prace, które dotyczą falochronów posadowionych na głębokości 12,4 m.p.p.m. Jeśli więc głębokość posadowienia falochronów miała jakiegokolwiek znaczenie z punktu widzenia nabywanego doświadczenia, to Zamawiający ustanowiłby zapewne niniejszy warunek w sposób zbliżony do przedmiotu zamówienia.

Bezsprzeczne jest – w ocenie Odwołującego, że analizowany fragment warunku udziału w Postępowaniu ogranicza uczciwą konkurencję poprzez utrudnienie dostępu do uzyskania zamówienia wykonawcom zdolnym podjąć się jego realizacji.

Zwrócił uwagę, że w ostatnich latach w Polsce został zrealizowany tylko jeden projekt, który spełnia wymagania Zamawiającego. Tym projektem jest „Budowa falochronu

osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu”, co oznacza, że możliwości uzyskania doświadczenia odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego były istotnie ograniczone.

W przekonaniu Odwołującego - Powyższe wskazuje, że Zamawiający, rezygnując z kwestionowanego wymogu, osiągnie oczekiwany efekt, a jednocześnie zapewni, że środki publiczne przeznaczone na niniejszy projekt wydatkowane będą przy zachowaniu faktycznej konkurencyjności.

Jednocześnie, wychodząc naprzeciw ewentualnym obawom Zamawiającego związanym ze sposobem wykonania referencyjnych prac, Odwołujący zaproponował umieszczenie w treści warunku wymogu, aby prace te wykonywane były przy użyciu specjalistycznego sprzętu do wykonywania robót na morzu.

Wyjaśnił, że wykonawcy prowadzący roboty budowlane związane z budową lub przebudową falochronów wyspowych lub półwyspowych na obszarze morza wewnętrznego muszą stosować sprzęt dopuszczony odpowiednimi przepisami żeglugowymi niezależnie od głębokości, na której wykonywane są prace.

W dalszej kolejności Odwołujący zakwestionował zasadność formułowania wymogu w zakresie wartości referencyjnego projektu przez pryzmat wartości robót hydrotechnicznych.

9

W opinii Odwołującego - tak sformułowany wymóg rodzi daleko idące wątpliwości, generuje bowiem konieczność wyodrębnienia spośród prac składających się na dane zadanie tych, które określić można jako „roboty hydrotechniczne”, co stanowi niepożądaną sytuację nie tylko z uwagi na to, że roboty te nie zostały w żaden sposób zdefiniowane, co czyni warunek nierównym dla wszystkich wykonawców (w rozumieniu poszczególnych podmiotów dana robota może lecz nie musi zostać uznana za robotę hydrotechniczną). Tego typu niepewność generuje również ryzyko mogące na etapie oceny ofert skutkować zarzutem sprowadzającym się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (co może prowadzić do wykluczenia wykonawcy). Znacznie rozsądniejsze (i usuwające wątpliwości interpretacyjne) będzie więc odniesienie się do wartości zadania.

Zwrócił uwagę, że kolejny spośród kwestionowanych fragmentów warunku udziału w postępowaniu odnosi się do liczby falochronów, których dotyczy posiadane przez wykonawcę doświadczenie i warunek sformułowany przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt 1 lit. c) A) SIWZ skonstruowany został alternatywnie.

Zaznaczył, że Zamawiający wymaga (w warunku „podstawowym”), aby wykonawcy wykazali się wykonaniem dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa

lub

przebudowa falochronów o określonych parametrach.

Poddając tak sformułowany warunek literalnej wykładni uznać należy – zdaniem Odwołującego, że zostanie on spełniony, jeśli wykonawca wykaże się doświadczeniem w realizacji dwóch umów, spośród których:

- a) każda miała za przedmiot jeden falochron;
- b) każda miała za przedmiot falochrony (więcej niż jeden);
- c) jedna miała za przedmiot falochron, a druga falochrony (więcej niż jeden).

Zauważył również, że Zamawiający dopuszcza jednak również sytuację, w której wykonawca wykaże się zrealizowaniem jednej roboty zbieżnej przedmiotowo z powyższym przywołanym zakresem, z zastrzeżeniem, że legitymuje się on również doświadczeniem związanym z inną robotą budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa nabrzeża (o określonych parametrach).

W ocenie Odwołującego - literalna interpretacja warunku każe przyjąć, że, w odróżnieniu od warunku „podstawowego”, umowa, którą wykazuje wykonawca musiała mieć za przedmiot budowę lub przebudowę falochronu, a więc nie dopuszczono sytuacji, w której przedmiotem tej umowy była budowa lub przebudowa falochronów (tj. więcej niż jednego).

10

Dodatkowo, podniósł również, że treść warunku jest jednoznaczna, co nie zmienia faktu, że zdaje się ona być jednocześnie pozbawiona konsekwencji

i logiki, a przy tym

ograniczająca konkurencję.

Po pierwsze - z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający odchodzi od koncepcji ujętej w warunku „podstawowym”, gdzie koncentruje się na parametrach falochronów, a nie na ich liczbie.

Po drugie - koncepcja, zgodnie z którą umowa dotyczyć musiała jednego falochronu jest niczym nieuzasadniona.

Argumentował przy tym, że z punktu widzenia doświadczenia nabytego przez wykonawców nie ma bowiem żadnego znaczenia, czy zdobyli je oni budując jeden czy większą liczbę falochronów w ramach danej umowy.

Stwierdził, że większe doświadczenie posiada ten wykonawca, który zrealizował umowę mającą za przedmiot więcej niż jeden falochron.

Poza tym, zarzucił, że wymóg, zgodnie z którym umowa dotyczyć miała jednego tylko falochronu, a przy tym jej wartość nie może być niższa niż 100 mln zł istotnie narusza konkurencję (umowy o takiej wartości mają z reguły za przedmiot więcej niż jeden falochron). Tak skonstruowany warunek z zupełnie niezrozumiałych przyczyn wyklucza więc możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy zdolni są zrealizować zamówienie, jednakże ich doświadczenie związane pozostaje z projektem, który obejmował swoim zasięgiem więcej niż jeden falochron.

Dalej, wskazał, że z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku roboty budowlanej odnoszącej się do nabrzeża, gdzie Zamawiający postawił wymóg, zgodnie z którym obejmować ona miała morską budowlę hydrotechniczną.

Posłużenie się liczbą pojedynczą w tym zakresie jest nieuzasadnione. Wykonawcy mogą bowiem legitymować się wymaganym doświadczeniem przy budowie nabrzeża również, gdy inwestycja ta obejmowała więcej niż jedną budowlę hydrotechniczną.

Argumentował również, że doprecyzowania wymaga również przedmiot tych robót związanych z budową nabrzeża, gdzie Odwołujący zawniósł o dopisanie „między innymi”, bowiem sformułowanie to odnosi się do przedmiotu referencyjnej umowy.

Przekonywał, że pozostawienie warunku o treści wynikającej z SIWZ spowoduje, że 11

przedmiotem wykazywanej umowy będzie mogła być jedynie budowa nabrzeża.

Tymczasem tego typu inwestycje łączone są bardzo często z budową infrastruktury towarzyszącej. Wąska wykładnia treści warunku uniemożliwi wykonawcom posłużenie się tego typu inwestycjami.

Jeśli natomiast nawet uznać, że takie umowy będą przez Zamawiającego akceptowane jako spełniające przedmiotowy warunek (co nie wynika z jego treści), to pojawią się – zdaniem Odwołującego - istotne trudności związane z wyliczeniem faktycznej wartości robót związanych z budową nabrzeża (Zamawiający postawił wymóg kwotowy w wysokości 100 mln zł). Zasadne jest więc doprecyzowanie, że warunek będzie spełniony w przypadku posłużenia się robotą obejmującą m. in. budowę nabrzeża.

W przekonaniu Odwołującego - za niezbędne uznać należy także dookreślenie robót instalacyjnych (których realizacja przewidziana jest w ramach zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania), o których w pierwotnej wersji SIWZ wspomina Zamawiający.

Wobec braku precyzji tego pojęcia należy posłużyć się zaproponowaną przez Odwołującego wersją wskazującą na „infrastrukturę kanalizacyjną, elektryczną i teletechniczną”, co pozwoli uniknąć wątpliwości interpretacyjnych i zniweluje ryzyko nierównego traktowania wykonawców.

Zwrócił uwagę, że ostatni z elementów warunku udziału w postępowaniu ujętego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A) SIWZ, który z uwagi na negatywny wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji, zasługuje na zmianę dotyczy wymaganej długości nabrzeża.

Wyjaśnił, że w treści warunku „alternatywnego” Zamawiający zażądał, aby doświadczenie, którym wykazać mają się wykonawcy dotyczyło nabrzeża o długości co najmniej 300 m (spełnione muszą być również inne parametry, których zasadności Odwołujący nie kwestionuje).

Odwołujący stanął na stanowisku, że wymóg ten w istotny sposób ogranicza konkurencję, z nieuzasadnionych przyczyn eliminując możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy zdobyli doświadczenie przy budowie nabrzeża, którego długość nie przekraczała 300 m.

Podniósł przy tym, że jedyną realizacją w ostatnich pięciu latach, na której można było zdobyć doświadczenie wymagane przez Zamawiającego była budowa Terminalu DCT w

12

Porcie Gdańsk.

Odwołujący nie zakwestionował prawa Zamawiającego do weryfikacji doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w oparciu o obiekty inne niż falochrony, jednakże ustanowienie poziomu parametrów na wysrubowanym poziomie jest tylko pozornym otwarciem się na wykonawców niemogących się wykazać spełnieniem warunku „podstawowego”.

Tym bardziej, że parametr ten nie odgrywa jakiegokolwiek roli w kontekście oceny rzeczywistej zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, bowiem nabrzeże zwykle składa się z powtarzalnych sekcji o podobnej konstrukcji.

Uznał zatem, że wykonawca, który jest w stanie im podjąć nabył niezbędne doświadczenie niezależnie od tego czy długość nabrzeża wynosiła

100, 200 czy 300 metrów.

Pozostawienie w treści warunku długości na poziomie 300 metrów stanowi – zdaniem Odwołującego - o naruszeniu uczciwej konkurencji, pozbawia bowiem możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców bezsprzecznie zdolnych je zrealizować.

I.2. ZARZUT - ROZDZIAŁ V PKT 1 PPKT 2 LIT .C) B).

Zwrócił uwagę, że w ramach wymaganego potencjału osobowego Zamawiający wymaga skierowania do realizacji zamówienia m. in. osoby mającej pełnić funkcję Przedstawiciela Wykonawcy.

Zauważył również, że względem takiej osoby postawiono wymogi w odniesieniu do wykształcenia oraz długości doświadczenia.

W związku z powyższym za nieuzasadniony uznać należy – według Odwołującego - merytoryczny opis wymaganego doświadczenia, bowiem Zamawiający dopuszcza spełnienie przedmiotowego warunku przez osobę posiadającą doświadczenie zdobyte:

- a) w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu) na budowie prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne warunki kontraktowe;
- lub
- b) jako kierownik budowy na budowie prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne warunki kontraktowe. 13

Z powyższego wynika – zdaniem Odwołującego, że Zamawiający dopuszcza, aby osoba, która piastować będzie odpowiedzialną funkcję Przedstawiciela Wykonawcy dysponowała doświadczeniem w zarządzaniu kontraktem (do tego sprowadza się rola Przedstawiciela Wykonawcy, Managera Projektu, Dyrektora Kontraktu, Kierownika Zespołu) lub kierowaniu realizacją robót (jak to ma miejsce w przypadku kierownika budowy).

Podkreślił przy tym, że zadania te w procesie budowlanym istotnie się od siebie różnią.

Ponadto, wskazał, że jakkolwiek nie istnieją prawne obostrzenia w zakresie łączenia tych funkcji, to, co do zasady, piastują je różne osoby (powszechną praktyką jest to w przypadku skomplikowanych inwestycji).

Wyjaśnił, że Przedstawiciel Wykonawcy to funkcja narzucona przez warunki kontraktowe FIDIC. Rolą Przedstawiciela Wykonawcy

jest kierowanie wykonaniem kontraktu, co oznacza, że przypisać mu należy kompetencje zarządcze w odniesieniu do inwestycji jako całości czynności o charakterze administracyjnym czy organizacyjnym.

Zauważył, że inaczej kształtuje się natomiast rola kierownika budowy, który w rozumieniu art. 17 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane jest uczestnikiem procesu budowlanego, zaś przepisy Prawa budowlanego nakładają na kierownika budowy szereg obowiązków związanych z realizacją danej inwestycji

(art. 22 Prawa budowlanego).

Wspólnym mianownikiem tych obowiązków jest położenie głównego akcentu na techniczny aspekt realizacji prac budowlanych.

Według Odwołującego odróżnia to funkcję kierownika budowy od Przedstawiciela Wykonawcy, który, co podkreślił, zarządza kontraktem, a nie prowadzi (i ponosi z tego tytułu odpowiedzialność) inwestycję od strony technicznej.

Wobec powyższego, w przekonaniu Odwołującego - można rozważać czy wymóg, aby osoba, która przedstawia doświadczenie zdobyte jako Przedstawiciel

Wykonawcy (lub Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu czy Kierownika Zespołu) realizowała referencyjne zamówienie w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC jest zasadny.

W opinii Odwołującego - jest to wątpliwe, za czym przemawia konstatacja, że również w przypadku zarządzania kontraktem wymagany przez Zamawiającego poziom doświadczenia można nabyć niezależnie od warunków kontraktowych, w oparciu o które 14

zamówienie było realizowane.

Zaznaczył przy tym, że warunki kontraktowe nie wyłączają przepisów krajowych o czym wprost stanowi klauzula 1.4.

Zdaniem Odwołującego - zupełnie inna sytuacja występuje w przypadku wykonawcy dysponującego osobą, która określiła doświadczenie zdobyta pełniąc funkcję kierownika budowy. Jak zostało wykazane powyżej, kierownik budowy koncentruje pełen zakres swojej aktywności na technicznych aspektach realizacji przedsięwzięcia budowlanego, co oznacza, że z punktu widzenia wykonywanych przez niego czynności (a co za tym idzie nabytego doświadczenia) nie ma znaczenia, czy dany kontrakt realizowany był w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC czy jakiegokolwiek inne postanowienia umowne.

Zauważył, że o ile więc jeszcze w przypadku doświadczenia zdobytego w roli Przedstawiciela Wykonawcy można by próbować wykazać zasadność stosownego

wymogu

poprzez dowodzenie, iż warunki kontraktowe FIDIC cechują się swoistą specyfiką rzutującą na zarządzanie kontraktem, tak w przypadku kierownika budowy wymóg taki jest całkowicie nieuzasadniony.

Odwołujący wyraził pogląd, że skoro Zamawiający zdecydował się dopuścić do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy przez osobę legitymującą się doświadczeniem zdobytym w pełnieniu funkcji kierownika budowy, to nie powinien ustanawiać dodatkowych wymogów, które są zupełnie irrelevantne z punktu widzenia

nabytego przez takie osoby doświadczenia.

Tym samym zasadne jest żądanie, aby względem doświadczenia nabytego przy pełnieniu funkcji kierownika

budowy usunięty został fragment dotyczący warunków kontraktowych, na których oparta była referencyjna inwestycja.

Odwołujący zarzucił, że stan aktualny w istotny sposób narusza uczciwą konkurencję (brak możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę, którego kierownik budowy realizował kontrakt nieoparty o warunki FIDIC lub równoważne), a przy tym w żaden sposób nie wpływa na możliwość oceny czy dany wykonawca zdolny jest zrealizować zamówienie, warunki kontraktowe pozostają bowiem bez wpływu na doświadczenie nabywane przez kierownika budowy.

Za ograniczające konkurencję uznać należy – według Odwołującego - także odwołanie się do ściśle wyspecyfikowanego rodzaju robót budowlanych (morska budowla

15

hydrotechniczna polegająca na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży, pirsów). Jak wynika z powyższego zadania Przedstawiciela Wykonawcy związane są z zarządzaniem kontraktem, przedmiot umowy, w toku której stosowne doświadczenie zostało nabyte jest sprawą drugorzędą.

Przekonywał, że zarządzanie kontraktem w przypadku budowy morskiej przebiega analogicznie do zarządzania kontraktem mającym za przedmiot

inne rodzaje budowli, gdzie znacznie istotniejsze wydają się takie parametry jak wartość kontraktu czy czas jego trwania (które zresztą weryfikowane są przez Zamawiającego).

Tym samym pozostawienie przedmiotowego wymogu Odwołujący uznał jako zupełnie bezcelowe i stanowiące o naruszeniu uczciwej konkurencji poprzez ustanowienie wymogu pozostającego bez wpływu na faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odwołujący zawnioskował również o dopuszczenie posługiwania się doświadczeniem nabytym w ramach pełnienia funkcji Zastępcy Managera Projektu, Dyrektora Kontraktu, czy Kierownika Zespołu. Doświadczenie uzyskane w ramach pełnienia tych funkcji jest wystarczające do zagwarantowania poprawnej realizacji zamówienia, a jednocześnie umożliwi istotne zwiększenie konkurencyjności.

W odniesieniu do Kierownika Budowy znajdzie również zastosowanie argumentacja odnosząca się do wymogu realizacji zamówień w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne.

Także w tym przypadku Odwołujący uznał taki wymóg za nieuzasadniony i zawnioskował o jego usunięcie.

Odwołujący zakwestionował zasadność odnoszenia się w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy do głębokości posadowienia falochronu.

Zaznaczył, że w tym zakresie zastosowanie znajdują uwagi poczynione odnośnie warunku z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A).

Analogicznie, Odwołujący wnosił o zmianę treści warunku poprzez wykreślenie odniesienia się do głębokości posadowienia.

Według Odwołującego - zasadny jest wniosek o nieograniczanie zdobytego 16

doświadczenia jedynie do hydrotechnicznych robót morskich, które należy rozszerzyć o roboty śródlądowe. Co więcej - zbędne wydaje się ograniczanie ich do nabrzeży, falochronów czy pirsów.

Zauważył, że istnieje szereg innych budowli hydrotechnicznych spełniających warunki, są to między innymi: ostrogi o różnych konstrukcjach, przetamowania, umocnienia denne i brzegowe, sztuczne wyspy itd.

Z przyczyn analogicznych do wskazywanych powyżej Odwołujący wnosił również o zastąpienie pojęcia „morskie roboty hydrotechniczne” „zadaniami budowlanymi”.

W celu doprecyzowania również wymagań w zakresie przepisów prawa regulujących uzyskane uprawnienia Odwołujący zawnioskował o doprecyzowanie, że Zamawiający

uznawał będzie również uprawnienia zdobyte w czasie, gdy obowiązywały poprzednie regulacje prawne.

W odniesieniu do Kierowników Robót Odwołujący w pierwszej kolejności wnosil o skrócenie okresu doświadczenia z sześciu do trzech lat.

Oświadczył, że z doświadczenia Odwołującego, nabytego w licznych realizacjach związanych z robotami hydrotechniki śródlądowej bądź morskiej, wynika, że osoba wykazująca się trzyletnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót / budowy na zadaniach o wartości 25 mln zł brutto, jest osobą posiadającą wystarczające doświadczenie do prowadzenia powyższych robót.

Odwołujący również w tym przypadku wnosil o zmianę postanowień w zakresie rozszerzenia dopuszczalnego zakresu robót o roboty śródlądowe, rezygnację z egzemplifikacji tych robót, wykreślenie fragmentu dotyczącego posadowienia budowli oraz doprecyzowanie podstaw prawnych dotyczących nadanych uprawnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków w sposób nadmierny, tj. nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że pierwszym z ustawowych ograniczeń swobody zamawiającego jest proporcjonalność, gdzie literalna, słownikowa wykładnia tego pojęcia nie

17

daje jednoznacznych wskazówek rozumienia tego pojęcia na gruncie ustawy Pzp.

„Proporcjonalny”, w potocznym tego słowa znaczeniu, to nic innego jak znajdujący się w jakiegokolwiek proporcji do punktu odniesienia. Tymczasem właściwa intencja ustawodawcy każe przyjąć, że „proporcjonalnym” jest warunek udziału, który znajduje się we „właściwej proporcji”, inaczej mówiąc taki, który nie jest nadmierny.

Zwrócił uwagę, że nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Zdaniem Odwołującego - fakt, że Zamawiający wybrał do realizacji zamówienia warunki kontraktowe FIDIC nie oznacza, że tylko wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem z realizacji umów tego typu zdolni będą wykonać poprawnie przedmiot zamówienia.

Dochowanie reguły proporcjonalności ma istotne znaczenie w kontekście zagwarantowania zamawiającemu możliwości oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Wywodził, że w znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tj. weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia), a określenie proporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, odgrywa istotną rolę zarówno w kontekście obowiązków spoczywających na gospodarzu postępowania, jak i w odniesieniu do zainteresowanych zamówieniem wykonawców.

Pismami z dnia 13 października 2017r. zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego trzech wykonawców: Budimex S.A., PORR S.A., Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o.

18

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 20 października 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art. 22 ust.1a, art.22d ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do ustanowienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym treścią ogłoszenia i SIWZ w spornym zakresie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale V SIWZ ustanowił Warunki udziału w postępowaniu, gdzie w pkt 1 ppkt 2 postanowił, co następuje:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

c) zdolności technicznej lub zawodowej: A) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu

lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie:

2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł brutto każda (słownie: sto milionów zł brutto każda), lub 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronu wyspowego lub półwyspowego w dowolnej technologii, posadowionego na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 19

100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto) i jedną robotę budowlaną, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie nabrzeża o długości nie mniejszej niż 300 m (wraz z robotami towarzyszącymi i instalacyjnymi), rzędnej dna przy nabrzeżu nie mniejszej niż 8m p.p.m. i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów zł brutto); B) Skieruje do realizacji zamówienia publicznego

- niżej wymienione osoby:

- 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu) lub Kierownika Budowy na budowie prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne warunki kontraktowe, w tym: doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do

wystawienia Świadectwa Przejęcia) lub przez okres minimum 18 miesięcy

- 1 (jednej) morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży, pirsów o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł brutto (słownie: sto milionów złotych brutto), lub:

doświadczenie nad prowadzeniem przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do wystawienia Świadectwa Przejęcia) lub przez okres minimum 18 miesięcy każda

- 2 (dwóch) morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży, pirsów o wartości robót nie mniejszej niż 60mln zł brutto każda (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto);

- 1 (jedną) osobę która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 8 (osiem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub robót, w tym: doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy (robót) na 2 (dwóch) morskich robotach hydrotechnicznych, prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych/półwyspowych, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 60 mln zł brutto każda (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych brutto każda), w tym 1 (jednej) prowadzonej w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub warunki kontraktowe równoważne; lub: 20

doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy (robót) na 3 (trzech) morskich robotach hydrotechnicznych, prowadzonych przez cały okres ich trwania lub przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych/półwyspowych, nabrzeży, pirsów, w tym: 1 (jeden) falochron wyspowy/półwyspowy, posadowiony na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych brutto) i 2 (dwie) morskie roboty hydrotechniczne polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, o rzędnej dna przy nabrzeżu/pirsie nie mniejszej niż 8m p.p.m. o wartości nie mniejszej niż 40 mln zł brutto każda (słownie: czterdzieści mln zł brutto każda), w tym 1 (jedna) prowadzona w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub warunki kontraktowe równoważne;

2 (dwie) osoby, które będą pełniły funkcję Kierowników Robót, posiadające wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowników budowy (robót), w tym doświadczenie nad 2 morskich robót prowadzeniem (dwóch) hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych (półwyspowych), nabrzeży, pirsów, rzędnej dna przy budowlach nie mniejszej niż 5m p.p.m. i o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 25 mln zł brutto każda (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych brutto każda); 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Robót, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014

r., w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru.

Uwaga:

1. Zamawiający akceptuje uprawnienia budowlane zdobyte na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących oraz zagraniczne kwalifikacje uznane w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 22.12.2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacjach zawodowych nabytych w państwach członkowskich w Unii Europejskiej.

2. Wymagany przez Zamawiającego Personel Kluczowy Wykonawcy stanowi minimalny skład osób wymaganych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

21

3. Przez minimalne doświadczenie zawodowe dla stanowisk, dla których wymagane są uprawnienia budowlane rozumie się pełne lata czynne

zawodowo od daty uzyskania uprawnień. 4. Zamawiający nie dopuszcza łączenia stanowisk w ramach poszczególnych części

zamówienia. 5. W przypadku składania przez Wykonawcę ofert w odniesieniu do obu części zamówienia w zakresie dysponowania osobami do wykonania zamówienia Wykonawca obowiązany jest wykazać dla każdej części odrębny personel w zakresie osób skierowanych na stanowiska Kierowników Robót w branży hydrotechnicznej. 6. Zamawiający wymaga, by wskazany przez Wykonawcę Personel Kluczowy przebywał na budowie przez cały okres jej realizacji, tj. był dostępny na terenie budowy w całym okresie trwania umowy. 7. Pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne” należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers);

Opierając się o powyższe postanowienia SIWZ opracowane przez Zamawiającego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie udowodnił opisanego spornych warunków udziału w przetargu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

w

sposób uniemożliwiający realizację zamówienia na odpowiednim poziomie.

Odnosząc się do granicznej głębokości wykonanych robót budowlanych, Izba uznała głębokość 5m p.p.m. za odpowiednią w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wymaga wskazania, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał parametry głębokości w następujący sposób: głębokość techniczna: Ht=9,0m (Amst.), głębokość projektowana: Hproj=11,0m (Amst.), głębokość dopuszczalna: Hdop=12,4m (Amst.).

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że warunki Zamawiającego w tym zakresie są znacznie poniżej tych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Na okoliczność przeciwną Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że jeżeli chodzi o prace wykonywane na głębokości do 1 m nie jest konieczny sprzęt pływający, natomiast poniżej tej głębokości taki sprzęt jest

22

wymagany, co świadczy o tym, że sposób wykonywania prac na różnych głębokościach nie jest jednakowy.

Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego, z którego wynika, że wymóg związany z głębokością

posadowienia falochronu jest ściśle związany z wielkością budowli hydrotechnicznej, bowiem im głębiej jest on posadowiony tym większe są parametry techniczne tej budowli. Również jeżeli chodzi o technologię

to jest ona bardziej

skomplikowana w przypadku wykonania robót na większych głębokościach, gdyż musi być użyty znacząco większy sprzęt o większej dzielności morskiej (musi być bardziej odporny na siłę wiatru). W takim wypadku konieczne jest zastosowanie technologii stabilizacji pontonu do dna, nie jest wystarczające zastosowanie zwykłego sprzętu pływającego. Zdaniem zamawiającego przy głębokości nawet do 3 m można falochron wykonać metodą z ładunku (za pomocą tylko sprzętu lądowego poprzez tzw. podejście metodą sypania grobli).

Jeżeli chodzi o wartość robót hydrotechnicznych Izba stanęła na stanowisku, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem roboty hydrotechniczne mają swoje prawne znaczenie, a wartość tych robót znacznie przekracza tą określoną w warunku.

Stosownie do § 2 pkt 6) rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie z dnia 1 czerwca 1998 r. (Dz.U. Nr 101, poz. 645) Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: morskiej budowli hydrotechnicznej, zwanej dalej „budowlą morską”

- rozumie się przez to budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną:

- a) na morzu terytorialnym,
- b) na morskich wodach wewnętrznych, c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami

morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego, d) w portach i przystaniach morskich, która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełnienia przeznaczonej mu funkcji stanowi całość techniczno-użytkową.

Co do zarzutu związanego z liczbą falochronów Izba zważyła, że Zamawiający w dniu 20 października 2017r. dokonał modyfikacji rozdziału V pkt 1 ppkt 2.c) SIWZ poprzez dopisanie w pkt.8 uwag postanowienia, że w przypadku, gdy wykonawca w ramach jednego kontraktu(umowy) zrealizował kilka(np. dwa) falochrony wyspowe lub półwyspowe posadowione na głębokości nie mniejszej niż 5m p.p.m.(rzędnej dna przy falochronie) wartość robót hydrotechnicznych stanowić będzie łączną wartość robót hydrotechnicznych 23

dotyczącą tych falochronów, co odpowiada żądaniu odwołania, co czyni go bezprzedmiotowym.

Jeżeli chodzi, o roboty budowlane dotyczące nadbrzeża – według Izby – Odwołujący nie wykazał zasadności proponowanej zmiany z racji braku przedstawienia stosownej argumentacji w tym zakresie.

Natomiast, za niedopuszczalną Izba uznała modyfikację SIWZ poprzez dodanie sformułowania „między innymi”, która przewidywałaby roboty infrastrukturalne w zakresie kanalizacji, sieci elektrycznych i teletechnicznej, które są marginalnie przewidziane w SIWZ.

Należy wskazać, że wyjątek od zasady wykazania się budową lub przebudową falochronów Zamawiający dopuścił nadbrzeża wraz z robotami towarzyszącymi, chodzi tutaj o punkty poboru wody i energii elektrycznej.

Wymaga zauważenia, że Zamawiający założył, że wartość takich prac przy nadbrzeżach może wynieść około 10% wartości nadbrzeży.

Zamawiający wyjaśnił również, że w zakres wykonania elementów nadbrzeża nie będzie wchodziła tzw. infrastruktura portowa – czyli roboty poza nadbrzeżem, mogą to być stacje transformatorowe, hale, budynki, sieć odwodnieniowa.

Wobec powyższego, Izba nie mogła uznać za wystarczającą możliwość wykazania się doświadczeniem w przeważającej mierze dotyczącym

infrastruktury portowej, a nie
budowli nadbrzeża.

Pozostałe propozycje Odwołującego Izba uznała za nieprecyzyjne i nie znajdujące uzasadnienia, jak chociażby odnoszące się możliwości dopisania różnych zakresów robót budowlanych obok budowli hydrotechnicznej.

Argumentacja Zamawiającego dotycząca możliwości wykazania się osobą przedstawiciela wykonawcy, jako Kierownika budowy, który zrealizował umowę w oparciu

o

warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne znalazła zrozumienie Izby, ponieważ osoba taka – w przekonaniu Izby – legitymuje się podobnym doświadczeniem jak osoba wykonująca funkcje zarządcze na kontrakcie budowlanym.

24

Nie znalazły uznania Izby propozycje Odwołującego zastąpienia budowy i przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych, falochronów, nadbrzeży, pirsów wykonaniem zadań budowlanych, czy wykonania śródlądowych budowli hydrotechnicznych.

Wymaga podkreślenia, że przedmiotem zamówienia są przede wszystkim falochrony morskie, a nie inne niesprecyzowane przez Odwołującego obiekty budowlane, czy budowle śródlądowe.

Z racji wycofania przez Odwołującego zarzutu odnoszącego się do postanowień dotyczących osoby pełniącej funkcję kierownika budowy oraz kierowników robót w zakresie dotyczącym robót hydrotechnicznych w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub warunki kontraktowe równoważne, Izba uznała rozpoznanie odwołania w tej mierze za bezprzedmiotowe.

Ostatecznie, za wystarczające Izba uznała oświadczenie Zamawiającego w pkt 1 uwag do rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit.

c) SIWZ o zaakceptowaniu uprawnień budowlanych zdobytych na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących oraz zagranicznych kwalifikacji uznanych w zakresie i na zasadach opisanych w ustawie z dnia 22.12.2015r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich w Unii Europejskiej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący.....