Sygn. akt: KIO 1030/17

WYROK
z dnia 8 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2017r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 maja 2017** r. przez **S. I. i T. W. i M., Z. R. S. I. i T. W. i M. (…)** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych (…).**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej, opisanego w sekcji III. 1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale XI pkt 2.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez nadanie mu następującego brzmienia:**
„W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonawca musi się wykazać zrealizowanymi zamówieniami polegającymi na wykonaniu co najmniej czterech dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany oraz projekt wykonawczy) dotyczący budowy, odbudowy, przebudowy lub rozbudowy wałów przeciwpowodziowych spełniających warunki techniczne min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych lub wałów przeciwsztormowych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000 zł".

2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych (…)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **S. I. i T. W. i M., Z. R. S. I. i T. W. i M. (…)** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych (…)** na rzecz **S. I. i T. W. i M., Z. R. S. I. i T. W. i M. (…)** kwotę **19 140 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis, koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą oraz koszty dojazdu na rozprawę, zgodnie ze złożonymi do akt sprawy biletami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w W., Oddział W. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonania zadania pn. Dokumentacja projektowa na potrzeby inwestycji pn. Przebudowa prawostronnego wału przeciwpowodziowego rzeki W. na odcinku J. – N. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2017r. pod nr 2017/S 092-181755.

W dniu 23 maja 2017r. Odwołujący - S. I. i T. W. i M., Z. R. S. I. i T. W. i M.- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu i

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wskazując na ich niezgodność z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 a oraz ust. 1 b pkt 3 w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy PzP przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców w związku z nieproporcjonalnym i zbyt daleko idącym uszczegółowieniem warunku ich zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie postawionego warunku zdolności technicznej i zawodowej przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Wykonawców, którzy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonawca wykażą, iż zrealizowali zamówienia polegające na wykonaniu co najmniej 4 dokumentacji projektowych dotyczących budowy, przebudowy, odbudowy lub remontu wałów przeciwpowodziowych min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych i/lub wałów przeciwsztormowych wartości łącznej 300 000 zł brutto".
Wskazując na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga doświadczenia pozostającego w ścisłej proporcji z przedmiotem zamówienia, powodując tym samym zawężenie grona potencjalnych Wykonawców. W tym przypadku określenie warunku udziału w postępowaniu nie zostało wyrażone jako minimalny poziom zdolności. W ocenie Odwołującego warunek udziału w postępowaniu winien zostać rozszerzony min. o możliwość wykazania się zrealizowaniem dokumentacji projektowych dla wałów przeciwpowodziowych typu morskiego realizowanych w warunkach morskich budowli hydrotechnicznych (brzeg morza, mierzeje, ochrona terenów depresyjnych) - wałów przeciwsztormowych. Odwołujący zwrócił uwagę, że konstrukcja wałów przeciwpowodziowych jest tożsama z konstrukcją wału przeciwsztormowego, z tą różnicą, iż konstrukcja wału przeciwsztormowego dodatkowo wyposażona jest w elementy ochrony przeciwerozyjnej od obciążeń hydrodynamicznych – falowania. Na konstrukcję wału

---

przeciwpowodziowego składają się takie elementy jak: korpus ziemny, uszczelnienie w przegrodzie filtracyjnej, filtry odwrotne, drogi inspekcyjne, system reperów monitoringu przemieszczeń oraz wahania zwierciadła wód gruntowych, zaś wału przeciwsztormowego dodatkowo narzut antyerozyjny. Odwołujący wskazał, że wały przeciwsztormowe w swojej zasadniczej części tj. rdzenia budowy są obliczane w sposób identyczny jak wały przeciwpowodziowe Stwierdził, że wykonawca wykazujący się doświadczeniem w projektowaniu budowli hydrotechnicznych typu wał przeciwsztormowy nie tylko gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, ale także świadczy usługi projektowe dla konstrukcji budowli hydrotechnicznych wymagających znacznie bardziej zaawansowanych technik konstrukcyjno-obliczeniowych.
Zdaniem Odwołującego, warunek dotyczący wartości dokumentacji projektowych jaką musi wykazać się Wykonawca tj. co najmniej 4 dokumentacji projektowych dla wałów przeciwpowodziowych spełniających warunki techniczne min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000 zł jest nadmierny co do przedmiotu zamówienia i rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, bowiem eliminuje z udziału w postępowaniu przedsiębiorców, którzy są w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. W chwili obecnej poziom cen rynkowych nie odpowiada obowiązującym taryfikatorom usług projektowych publikowanym przez Krajową Izbę Projektowania Budowlanego. Zleceń na usługi projektowe na wykonanie dokumentacji projektowych dla wałów przeciwpowodziowych jest niewiele, a wartość ich niewielka. Garść przedsiębiorstw może wykazać się wykonaniem dokumentacji projektowych dla wałów przeciwpowodziowych spełniających warunki techniczne min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000 zł. Wykonawca, będący autorem dokumentacji projektowych o niższej wartości jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia, gdyż posiada niezbędną wiedzę techniczną i umiejętności w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że parametr cenowy jako warunek udziału w postępowaniu nie przekłada się na doświadczenie wykonawcy i na rękojmię na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.
W ocenie Odwołującego za minimalny poziom zdolności należy uznać kwotę łączną dokumentacji projektowych w wysokości 300 000 zł brutto. Żądana przez Odwołującego

modyfikacja treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie postawionego warunku zdolności technicznej i zawodowej stanowi minimalny poziom zdolności, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu umowy przez potencjalnego Wykonawcę oraz nie ogranicza konkurencyjności bowiem nie pozbawia możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotów zdolnych do wykonania niniejszego zadania.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 2 czerwca 2017r. wnosząc o oddalenia odwołania w całości.

Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 5 czerwca 2017r. podtrzymując zarzuty odwołania i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu i nadanie mu brzmienia „ w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonawca musi wykazać się zrealizowanymi zamówieniami polegającymi na wykonaniu co najmniej jednej dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany oraz projekt wykonawczy) budowy lub innych robót budowlanych wałów przeciwpowodziowych, spełniających warunki techniczne min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych lub wałów przeciwsztormowych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 300 000 zł".

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący jako podmiot ubiegający się udzielenie zamówienia publicznego, legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W Sekcji III.III.1.3 oraz w rozdz. XI pkt 2.2 SIWZ Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych:

„W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonawca musi się wykazać zrealizowanymi zamówieniami polegającymi na wykonaniu co najmniej czterech dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany wraz z załącznikami do wniosku o wydanie decyzji na realizację przedsięwzięcia oraz projekt wykonawczy) dotyczący budowy, przebudowy, odbudowy lub rozbudowy wałów przeciwpowodziowych spełniających warunki techniczne min. II klasy ważności budowli hydrotechnicznych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1000 000 zł. Dokumentacje projektowe powinny być zrealizowane zgodnie z ustawą z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych".

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp - w jego aktualnym brzmieniu wprowadzonym nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz

---

niektórych innych ustaw, która weszła w życie 28 lipca 2016r. - Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowania oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności określając minimalne poziomy zdolności.
Odwołując się do ugruntowanego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego rozumienia pojęcia „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", użytego w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które zachowuje swą aktualność, Izba wskazuje, że zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. W orzecznictwie wypracowano pogląd, iż pod pojęciem „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki

i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania. (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014r. Sygn. akt KIO 2358/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014r. Sygn. akt KIO 938/14, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2014r. KIO-KU-93-14).
Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (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 w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.
Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji.
Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uwzględniła jedynie w części żądania Odwołującego dotyczące modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu.

Na wstępie wskazać trzeba, że Odwołujący zmodyfikował w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017r. żądania co do zmiany treści warunku udziału w postępowaniu w stosunku do żądań pierwotnie zakreślonych w treści odwołania. Granice rozpoznania

---

odwołania przez Izbę wyznaczają zarzuty podniesione w treści odwołania, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu, które mogą podlegać modyfikacji przez Odwołującego.
Przy ocenie zasadności żądań Odwołującego co do modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu, Izba wzięła pod uwagę znaczny rzeczowo i merytorycznie zakres przedmiotu zamówienia, obejmujący przebudowę wału przeciwpowodziowego o długości ponad 18km a także okoliczność, że tak duże zamówienia w tej branży nie zdarzają się często na rynku tego typu usług. Z przebiegu rozprawy wynika także, że wartość dotychczasowych tego typu prac odbiega od wartości przedmiotowego zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje zatem duże w skali kraju przedsięwzięcie, które wymaga sprawnego i rzetelnego wykonania przez doświadczone w tym zakresie podmioty.
Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do żądania rozszerzenia warunku udziału w postępowaniu do możliwości wykazania doświadczenia nie tylko w zakresie wałów przeciwpowodziowych, ale także przeciwsztormowych. W tym zakresie Zamawiający w toku rozprawy, jak i w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy, potwierdził, że z punktu widzenia funkcji wały przeciwsztormowe są tożsame z wałami przeciwpowodziowymi, a brak jasnego wskazania w treści warunku udziału w postępowaniu tego typu wałów wynika jedynie z tego, że pojęcie „wały przeciwsztormowe” nie ma definicji legalnej. Skoro wały przeciwsztormowe są nawet technologicznie trudniejsze w realizacji, co przyznał Zamawiający w toku rozprawy, aby w sposób jasny i nie budzący wątpliwości dopuścić możliwość wykazania się tego typu doświadczeniem w ocenie Izby koniecznym jest zmodyfikowanie warunku w tym zakresie przez dopuszczenie wprost możliwości wykazania się realizacjami dotyczącymi wałów przeciwsztormowych.
Na aprobatę zasługuje także żądanie usunięcia z treści warunku udziału w postępowaniu wymagania dotyczącego realizacji prac w oparciu o ustawę z dnia 8 lipca 2010r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych tzw. specustawę. Zamawiający przyznał w tym zakresie w toku rozprawy, że ustawa ta przewiduje prostsze niż tradycyjne procedury a zakres wykonanych prac projektowych nie odbiega do prac, które są wykonywane w toku realizacji inwestycji w oparciu o przepisy prawa budowlanego. Niewielka odmienność procedury administracyjnej w zakresie sporządzania niezbędnej dokumentacji czy trybu uzyskania pozwoleń nie może wpływać negatywnie na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, który posiada doświadczenie w tego typu realizacjach, ale w oparciu o inne przepisy prawa. Zgodzić należy

się z Odwołującym, że okoliczność realizacji prac projektowych w oparciu o inne przepisy prawa jest bez znaczenia dla ustalenia właściwego kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Konsekwentnie, w wyniku uwzględnienia powyższego żądania, Izba nakazała wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu sformułowania dotyczącego doprecyzowania zakresu dokumentacji projektowej, w odniesieniu do wymagania wykazania się projektem budowalnym wraz z załącznikami do wniosku o wydanie decyzji na realizację przedsięwzięcia. Izba uznała, że tak podany zakres dokumentacji projektowej wskazuje wprost na konieczność wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień w oparciu o przywołaną wyżej spec ustawę.
Izba nie podzieliła natomiast żądania Odwołującego zmierzającego do obniżenia warunku udziału w postępowaniu z co najmniej czterech zamówień o łącznej wartości 1mln zł do poziomu co najmniej jednego zamówienia o wartości 300 tys. zł. Mając na uwadze dużą skalę przedsięwzięcia oraz okoliczność, że jednostkowa wartość tego typu zamówień dotychczas realizowanych jest mniejsza, Izba uznała, że warunek wykazania się co najmniej czterema zamówieniami o łącznej wartości 1mln zł jest adekwatny, proporcjonalny do zakresu przedmiotu zamówienia. Warunek ten pozwala na wykazanie się dowolną ilością zamówień o dowolnej jednostkowej wartości, których wartość łączna jest nie mniejsza niż 1 000 000zl. Wskazać należy, że w zakresie warunku dopuszczono dokumentacje techniczne wałów przeciwpowodziowych spełniające warunki techniczne II klasy ważności budowli hydrotechnicznych oraz wały przeciwsztormowe a także możliwość realizacji tych inwestycji w oparciu nie tylko o specustawę, jak pierwotnie żądał tego Zamawiający, ale także przepisy prawa budowlanego. Tego typu rozszerzenie warunku udziału w postępowaniu powoduje, że wymagana łączna wartość na poziomie 1mln zł jest możliwa do spełnienia i proporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Doświadczenie wykonawcy to pewna wprawa, którą nabywa się przez powtarzalność pewnych czynności, stąd uzasadnionym jest wymóg wykazania się kilkoma zamówieniami, których wartość jednostkowa jest znacznie mniejsza od wartości tego zamówienia. Nieuzasadnionym jest zatem porównywanie łącznej wartości 1 mln zł, na którą może składać się kilka/kilkanaście tego typu zamówień do wartości tego zamówienia publicznego opiewającego na kwotę ok. 1,2 mln zł.
Z uwagi na powyższe, Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego, który domagał się obniżenia warunku udziału w postępowaniu do poziomu co najmniej jednego zamówienia o wartości łącznej min. 300tys. zł. Wartość żądana przez Odwołującego nie stanowi nawet 50% wartości tego zamówienia publicznego, stąd nie jest możliwym dokonanie modyfikacji w żądanym zakresie i uznanie, że wykonawca posiadający takie doświadczenie gwarantuje rzetelność wykonania zamówienia. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego co do tego, że w ostatnich latach w samym województwie mazowieckim zrealizowano aż 13 dokumentacji dla wałów przeciwpowodziowych łącznej wartości ponad 5mln zł i to

zrealizowanych w oparciu o przepisy specustawy. Okoliczność ta świadczy o tym, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wartości prac nie jest wygórowany a na rynku istnieją potencjalni wykonawcy, którzy są w stanie spełnić wymagania zamawiającego. Niezasadnym jest także żądanie Odwołującego zmiany treści warunku udziału w postępowaniu i zastąpienie możliwości wykazania się pracami polegającymi na wykonaniu dokumentacji projektowych dotyczących „budowy, odbudowy, przebudowy lub rozbudowy" na wykazanie się realizacją dokumentacji projektowej dotyczącej „budowy lub innych robót budowlanych". W ocenie Izby spełnienie żądania Odwołującego w tym zakresie sprowadzałoby się do tego, że warunek udziału w postępowaniu zostałby rozszerzony o prace projektowe dotyczące np. wyłącznie remontu. Powołując się na art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. 2016, poz. 290 ze zm.) wskazać należy, że spełnienie tego wymagania oznaczałoby dopuszczenie prac projektowych dostosowujących istniejący obiekt budowlany do zakresu odtworzenia stanu pierwotnego i niestanowiący bieżącej konserwacji. Doświadczenie w takim zakresie należałoby uznać za niewystarczające i nie gwarantujące należytego wykonania przedmiotu zamówienia, który obejmuje wykonanie dokumentacji w zakresie inwestycyjnym dotyczącym przebudowy wału

przeciwpowodziowego. Stąd za zasadne i nie ograniczające konkurencji należy uznać wymaganie wykazania się realizacją dokumentacji projektowych dotyczących budowy, odbudowy, przebudowy lub rozbudowy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..