

WYROK

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik  
Anna Kuszel - Kowalczyk  
Michał Pawłowski  
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:  
A. wykonawcy FABE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

B. wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt. 2.1. (Grupa 1 -5) oraz w pkt. 2.3 petitum odwołania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od odwołującego PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....  
.....  
.....

Uzasadnienie

Zamawiający Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), którego pełnomocnikiem - inwestorem zastępczym jest ANTEA Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa Nabrzeża Trawlerowego oraz placów odładczych na terenie wyspy Ostrów w Gdańsku” (nr referencyjny DK/1/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 213/2024 z pod numerem 662899-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 listopada 2024 r. wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia - Opisu Potrzeb i Wymagań („OPIW”) odnośnie do ukształtowania:

- 1.1. warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej opisanych w:

- 1)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie wykonawcy];
- 2)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie wykonawcy];
- 3)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy - Przedstawiciel Wykonawcy];
- 4)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy - Kierownik budowy];
- 5)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit c) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy - Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych];
- 6)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit e) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy - Projektanta w branży konstrukcyjno-budowlanej].

1.2.kryteriów selekcji w zakresie dotyczącym pkt. 2.1 Procedura [II. Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu – Kryteria selekcji] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale III pkt 3 OPIW, rozdziale XVII pkt 1, 2 oraz objaśnienie nr 7 OPIW oraz XVII pkt. 2 ppkt 1) OPIW [Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu – Kryteria selekcji]

w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.

Odwolujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie:

2.1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia (OPIW) w zakresie obejmującym:

I.Grupa 1 [Ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy morskich budowli hydrotechnicznych wyłącznie do nabrzeży, pirsów i pomostów]:

- 1)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie wykonawcy]
- 2)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy – Przedstawiciel Wykonawcy]
- 3)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy – Kierownik budowy] poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez organicznie możliwości wykazywania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych do nabrzeży, pirsów, pomostów podczas gdy kategoria „morskich budowli hydrotechnicznych” obejmuje również inne obiekty (np. falochrony), których wykonanie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie i zasoby osobowe na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają doświadczenie i personel gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.

## II. Grupa 2 [Doświadczenie w pracach polegających na wglębnej wymianie gruntu w postaci kolumn]

- 1) pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie wykonawcy]
- 2) pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit c) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy – Kierownik robót konstrukcyjnobudowlanych]
- 3) pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit e) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy - Projektanta w branży konstrukcyjnobudowlanej] poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez postawienie wymagania legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu robót „związanych z wglębną wymianą gruntu w postaci kolumn” podczas gdy taka technologia nie jest stosowana, a Zamawiający połączyć ze sobą dwie różne technologie wzmocnienia podłoża (gruntu), a w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie i zasoby osobowe na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają doświadczenie i personel gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.

## III. Grupa 3 [Nieproporcjonalny wymóg co do wartości robót budowlanych]

- 1) pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie wykonawcy] poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez postawienie wymogu co do legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 2 (dwie) robót budowlanych polegających na wykonaniu wglębnej wymiany gruntu w postaci kolumn o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 (dziesięć milionów) zł brutto każda podczas gdy określenie wartości robót na ww. poziomie jest nieproporcjonalne, a z uwagi na formułę postępowania (dialog konkurencyjny) może okazać się, że wymagana w warunku udziału technologia nie będzie stosowana podczas realizacji zamówienia, w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia.

## IV. Grupa 4 [Nieproporcjonalny wymóg dotyczący okresu pełnienia funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych]

- 1) pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit c) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenie personelu wykonawcy – Kierownik robót konstrukcyjnobudowlanych] poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez postawienie wymagania aby

kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych powinien wykazać się doświadczeniem w pełnieniu funkcji przez cały okres realizacji robót tj. od rozpoczęcia do zakończenia rozumianego jako wystawienia Świadectwa Przejęcia lub podpisania protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu podczas gdy okres pełnienia funkcji przez kierownika robót konstrukcyjnobudowlanych nie musi i pokrywa się z okresem realizacji całej inwestycji, a okres doświadczenia powinien być skorelowany z okresem wykonania i nadzorowania robót przez tego kierownika, a w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających zasoby osobowe na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają personel gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.

V.Grupa 5 [Nieproporcjonalny oraz niejasny wymóg dotyczący doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy]

1)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Przedstawiciel Wykonawcy] poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez postawienie nadmiernego wymogu co do posiadania co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane, realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne oraz niejasne i nieprecyzyjne opisanie wymogu co do pełnienia funkcji związanych z zarządzaniem kontraktami w kontekście określonych wzorców kontraktowych, podczas gdy, tak sformułowane wymogi są nieproporcjonalne i ograniczają konkurencję, a w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających zasoby osobowe na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają personel gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.

2.2.art. 177 ust. 2 w zw. z art. 7 pkt 9) w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia (OPIW) w zakresie obejmującym: pkt. 2.1 Procedura [II. Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu – Kryteria selekcji] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale XVII pkt. 2 ppkt 1) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy] kryteriów selekcji w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności poprzez organicznie możliwości wykazywania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych do nabrzeży, pirsów, pomostów podczas gdy kategoria „morskich budowli hydrotechnicznych” obejmuje również inne obiekty (np. falochrony, w tym falochrony z funkcją cumowniczą), których wykonanie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, proporcjonalności poprzez organicznie możliwości wykazywania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych do nabrzeży, pirsów, pomostów proporcjonalności poprzez organicznie możliwości wykazywania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych do nabrzeży, pirsów, pomostów podczas gdy kategoria „morskich budowli hydrotechnicznych” obejmuje również inne obiekty (np. falochrony), których wykonanie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający powinien sformułować kryteria selekcji w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczający jednocześnie konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia.

2.3.art. 177 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez ograniczenie grona wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do etapu dialogu konkurencyjnego, jedynie do czterech (w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale III pkt. 3 OPIW i rozdziale XVII pkt 2) OPIW, podczas gdy dopuszczenie do udziału w postępowaniu czterech wykonawców nie zapewnia odpowiedniej konkurencji, ponieważ biorąc pod uwagę liczbę wykonawców będących w stanie wykonać należycie przedmiot Zamówienia Zamawiający powinien dopuścić do etapu dialogu konkurencyjnego większą liczbę wykonawców, tj. co najmniej pięciu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian postanowień Opisu Potrzeb i Wymagań (oraz odpowiednio postanowień ogłoszenia o zamówieniu) w zakresie następujących zapisów:

1.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, zrealizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne<sup>2</sup>, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych<sup>1</sup>, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, falochronów z funkcją cumowniczą, o wartości nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto każda, i*

2.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.1 lit. b) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*b) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na wykonaniu wzmocnienia gruntu w postaci kolumn o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 (pięć milionów) zł brutto każda*

3.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 lit. a) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*a) 1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane lub doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej 3 kontraktami na roboty budowlane dotyczącymi morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto każdy, realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, na stanowisku polegającym na zarządzaniu kontraktem/projektem tj. Przedstawiciel Wykonawcy, Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownika Zespołu lub równoważnym, w tym doświadczenie przy realizacji - przez cały okres realizacji robót (od rozpoczęcia do zakończenia<sup>7</sup>) lub przez okres minimum 18 miesięcy - jednej roboty budowlanej dotyczącej morskiej budowli hydrotechnicznej, polegającej na budowie nabrzeża lub falochronu o wartości robót nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto;*

4.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 lit. b) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*b) 1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej<sup>6</sup> i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w tym w pełnieniu tych funkcji przy 2 (dwóch) zakończonych uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych (nabrzeży, pirsów, pomostów, falochronów z funkcją cumowniczą). Przy czym w ramach każdej z dwóch ww. robót budowlanych: - wskazana osoba powinna wykazać się doświadczeniem w pełnieniu ww. funkcji przez cały okres realizacji robót (od rozpoczęcia do zakończenia<sup>7</sup>) lub przez okres minimum 12 miesięcy; - długość linii cumowniczej budowli morskiej nie mogła być mniejsza niż 200 metrów, a głębokość techniczna nie mniejsza niż 9 metrów, a wartość robót wynosiła minimum 70.000.000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto*

5.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 lit. c) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*c) 1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjnobudowlanych posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej<sup>6</sup> i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych przy co najmniej 2 (dwóch) zakończonych robotach budowlanych polegających na wzmocnieniu gruntu w postaci kolumn o wartości minimum 5.000.000,00 (pięć milionów) zł brutto każda. Przy czym w ramach każdej z dwóch ww. robót budowlanych wskazana osoba powinna wykazać się doświadczeniem w pełnieniu ww. funkcji przez cały okres realizacji robót polegających na wykonaniu wzmocnienia gruntu (od rozpoczęcia do zakończenia robót polegających na wzmocnieniu gruntu);*

6.w Rozdziale X ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 lit. e) OPIW poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu na następujący:

*e) 1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Projektanta w branży konstrukcyjno budowlanej - posiadającego uprawnienia budowlane uprawniające do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej<sup>6</sup>.*

Osoba ta musi posiadać co najmniej 5-cio letnie doświadczenie zawodowe przy projektowaniu<sup>9</sup>, w tym doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta przy wykonywaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany i wykonawczy), z których każda dotyczyła wzmocnienia gruntu w postaci kolumn,

7.w Rozdziale XVII ust. 2 pkt 1 OPIW poprzez zmianę kryterium selekcji na następujące:

1) za każdą wykonaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne 1), której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, polegających na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, falochronów o wartości nie mniejszej niż 80 000 000,00 (osiemdziesiąt milionów) zł brutto – Wykonawca otrzyma 1 punkt.

8.w Rozdziale III pkt. 3 OPIW oraz w Rozdziale XVII pkt 2 zd. 2 oraz ust. 2 uwaga nr 7 OPIW poprzez zmianę liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do etapu dialogu konkurencyjnego w następujący sposób:

3. Jeżeli liczba Wykonawców, których Wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegają odrzuceniu będzie mniejsza niż 3, Zamawiający może zaprosić do udziału w dialogu tych Wykonawców albo unieważnić postępowanie. Jeżeli liczba Wykonawców, których Wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegają odrzuceniu będzie większa niż 5, wówczas Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 Wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów z zachowaniem wskazanych w niniejszym OPIW zasad dotyczących ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (rozdział XVII OPIW – Kryteria selekcji)

2. (...) Jeżeli liczba Wykonawców, których Wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegają [odrzućeniu] będzie większa niż 5, wówczas Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 Wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów. (...)

7) W przypadku, gdy w wyniku zastosowania wskazanych powyżej kryteriów selekcji, dwóch bądź większa liczba Wykonawców uzyska tą samą liczbę punktów i będzie to oznaczało, że będą w dopuszczanej liczbie wniosków (5) z najwyższą liczbą punktów selekcji, wówczas zaproszeni do dialogu zostaną wszyscy Wykonawcy, którzy uzyskali taką liczbę punktów.

Zamawiający w dniu 26 listopada 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględni odwołanie w części, tj. odnośnie do zarzutów:

1)podniesionych w Grupie 1 w pkt 1, 2 i 3 odwołania, dotyczących:

- a)pkt 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy]
- b)pkt 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Przedstawiciel Wykonawcy]
- c)pkt 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Kierownik budowy]

W powyższym zakresie Zamawiający wprowadzi zmianę do Ogłoszenia o zamówieniu i do OPIW, w sposób opisany w treści niniejszego pisma

2)podniesionych w Grupie 2 w pkt 1, 2 i 3 odwołania, dotyczących:

- a)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy]
- b)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit c) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Kierownik robót konstrukcyjnobudowlanych]
- c)pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit e) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy - Projektanta w branży konstrukcyjnobudowlanej]

W powyższym zakresie Zamawiający wprowadzi zmiany do Ogłoszenia o zamówieniu i OPIW.

3)podniesionych w Grupie 3 Odwołania dotyczących:

- pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.1) lit b) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy]

4)podniesionych w Grupie 4 dotyczących pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit c) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych]

5)podniesionych w Grupie 5 dotyczących pkt. 5.1.9 [Kryteria kwalifikacji] [Kryterium: Odpowiednie kwalifikacje edukacyjne i zawodowe] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale X pkt. 2 ppkt 2.2) lit a) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy – Przedstawiciel Wykonawcy]

W powyższym zakresie Zamawiający wprowadzi zmiany do Ogłoszenia o zamówieniu i w OPIW, w sposób opisany w treści pisma.

6)dotyczących ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do etapu dialogu konkurencyjnego, do czterech (w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale III pkt. 3 OPIW i rozdziale XVII pkt 2) OPIW,

W powyższym zakresie Zamawiający wprowadzi zmiany do Ogłoszenia o zamówieniu i do OPIW, w sposób opisany w treści pisma.

W pozostałym zakresie, tj. co do zarzutu dotyczącego określonych kryteriów selekcji poprzez sformułowanie w rozdziale XVII pkt 2 ppkt 1) OPIW kryteriów selekcji w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych, tj. organicznie możliwości wykazywania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych do nabrzeży, pirsów, pomostów – Zamawiający wskazał, że nie uwzględni żądań Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Odwołujący w piśmie z 2 grudnia 2024 r. stanowiącym replikę na odpowiedź na odwołanie, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów opisanych w pkt. 2.1. (grupa 1 – 5) oraz w pkt. 2.3 petitum odwołania oraz brakiem przystąpień po stronie Zamawiającego wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie ww. zarzutów. W zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego tj. zarzutu z pkt. 2.2. petitum odwołania, dotyczącego kryterium selekcji opisanego w rozdziale XVII pkt. 2 ppkt 1) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy] Odwołujący wskazał, że podtrzymuje ww. zarzut i żądania sformułowane w odwołaniu oraz wnosi o uwzględnienie odwołania w ww. zakresie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców FABE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, wobec czego stali się oni Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zarzutów opisanych w pkt. 2.1. (Grupa 1 -5) oraz w pkt. 2.3 petitum odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części obejmującej zarzuty odwołania wskazane w pkt 2.1 i 2.3 petitum odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłoszono przystąpień. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2.2 petitum odwołania, odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z załącznikami, a także pisma procesowe złożone w sprawie oraz stanowiska Stron przedstawione na rozprawie. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu załączonego do odwołania w postaci zestawienia przetargów przedstawiających praktykowane warunki udziału w postępowaniu na potrzeby zamówień dotyczących hydrotechnicznych budowli

morskich, na okoliczności podniesione w treści uzasadnienia odwołania (pkt 2.31-2.32).

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z Rozdziałem V OPIW przedmiotem zamówienia jest wyłonienie Wykonawcy zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj, obejmującego opracowanie dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej oraz wykonania na jej podstawie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. Budowa Nabrzeża Trawlerowego oraz placów odkładczych na terenie wyspy Ostrów w Gdańsku, w tym dostawa żurawia. Realizacja zadania zostanie podzielona na dwa etapy opisane w Rozdziale V ust. 4 OPIW (Etap I – sporządzenie dokumentacji projektowej, Etap II – wykonanie robót budowlanych i prac towarzyszących). Zamawiający w ust. 5 zaznaczył, że zadanie inwestycyjne będzie realizowane na czynnym obiekcie. Teren stoczniowy jest zabudowany sieciami i instalacjami oraz wszelką infrastrukturą techniczną. Wszelkie sieci, instalacje i obiekty należy traktować jako czynne (do potwierdzenia na etapie inwentaryzacji sieci lub materiałów właścicieli/użytkowników/gestorów sieci). Obiekty w obszarze inwestycji są zajmowane i na bieżąco używane przez podmioty gospodarcze, których działalność operacyjna nie może zostać zaburzona, co Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w założeniach realizacyjnych. W ust. 6 Zamawiający poinformował, że w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie realizowana równolegle inna inwestycja na terenie przyległym do terenu przedmiotowych robót. Planowany termin zakończenia tej inwestycji upływa w trakcie realizacji prac projektowych przedmiotowego zamówienia. Ponadto Zamawiający poinformował, że Operator Sieci na terenie Wyspy Ostrów planuje budowę sieci sanitarnej w technologii przewiertu sterowanego, co Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w założeniach realizacyjnych.

W Rozdziale VI ust. 1 OPIW poinformowano, że wspólnie określone podstawowe potrzeby i wymagania, w tym funkcjonalności oraz założenia architektoniczne i realizacyjne zawarte są w: 1) Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) dot. Budowy placów odkładczych na Wyspie Ostrów w Gdańsku – Załącznik nr 10 do OPIW, 2) Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) dot. Przebudowy Nabrzeża Trawlerowego znajdującego się na Wyspie Ostrów w Gdańsku – Załącznik nr 11 do OPIW, 3) Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWiORB) – Załącznik nr 12 do OPIW, 4) Harmonogramie inwestorskim – Załącznik nr 7 do OPIW.

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 2 OPIW w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani Wykonawcy. W Rozdziale III ust. 3 wskazano, że jeżeli liczba Wykonawców, których Wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegają odrzuceniu będzie mniejsza niż 3, Zamawiający może zaprosić do udziału w dialogu tych Wykonawców albo unieważnić postępowanie. Jeżeli liczba Wykonawców, których Wnioski o dopuszczenie do udziału nie podlegają będzie większa niż 4, wówczas Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 4 Wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów z zachowaniem wskazanych w niniejszym OPIW zasad dotyczących ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (rozdział XVII OPIW – Kryteria selekcji).

W Rozdziale X w ust. 1 pkt 2 OPIW określono warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w tym:

- w ppkt 2.1. lit. a) wskazano: Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał łącznie: a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, zrealizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne<sup>2)</sup>, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych<sup>1)</sup>, polegające na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto każda;
- w ppkt 2.2 lit. a) i b) wskazano: Wykonawca spełni warunek w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, jeżeli wykaże, że dysponuje:

- a)1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane, realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne<sup>1)</sup>, jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub na równoważnym stanowisku polegającym na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownika Zespołu), w tym doświadczenie przy realizacji - przez cały okres realizacji robót (od rozpoczęcia do zakończenia<sup>7)</sup>) lub przez okres minimum 18 miesięcy – jednej roboty budowlanej dotyczącej morskiej budowli hydrotechnicznej, polegającej na budowie nabrzeża o wartości robót nie mniejszej niż 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto;
- b)1 (jedną) osobą przewidzianą na stanowisko Kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej<sup>6)</sup> i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie,

w tym w pełnieniu tych funkcji przy 2 (dwóch) zakończonych uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych (nabrzeży, pirsów, pomostów). Przy czym w ramach każdej z dwóch ww. robot budowlanych: - wskazana osoba powinna wykazać się doświadczeniem w pełnieniu ww. funkcji przez cały okres realizacji robót (od rozpoczęcia do zakończenia7)) lub przez okres minimum 12 miesięcy; - długość nabrzeża nie mogła być mniejsza niż 200 metrów, a głębokość techniczna nie mniejsza niż 9 metrów, a wartość robot wynosiła minimum 70.000.000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto

W Rozdziale XVII ust. 2 OPIW ustanowiono następujące kryteria selekcji

- 1)za każdą wykonaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne), której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych2) polegających na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, o wartości nie mniejszej niż 80 000 000,00 (osiemdziesiąt milionów) zł brutto – Wykonawca otrzyma 1 punkt;
- 2)za każdą wykazaną robotę budowlaną wykonaną w obszarze EOG (Europejski Obszar Gospodarczy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zrealizowaną w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne), której przedmiotem była budowa lub przebudowa nabrzeża o nośności większej niż 40 kN/m2 wykonanego wraz z belkami podsuwnicowymi (podtorze żurawi) – Wykonawca otrzyma 1 punkt.

Analogiczny postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji zawarto w ogłoszeniu o zamówieniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, żeOdwołujący, jako podmiot działający na rynku budownictwa hydrotechnicznego i infrastrukturalnego, zainteresowany złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uczestnictwem w dialogu konkurencyjnym, a następnie złożeniem oferty, dążący do zmiany kryteriów selekcji, które w jego ocenie naruszają przepisy ustawy Pzp wpływając negatywnie na możliwość uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania, Izba za nieudowodniony uznała zarzut naruszenia art. 177 ust. 2 w zw. z art. 7 pkt 9) w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia (OPIW) w zakresie obejmującym: pkt. 2.1 Procedura [II. Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu – Kryteria selekcji] ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale XVII pkt. 2 ppkt 1) OPIW [warunek udziału dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy] kryteriów selekcji w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, (iv) uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.

Przywołując treść przepisów, których naruszenia zarzucono w odwołaniu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art.177 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, w przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do tego dialogu. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu. Zgodnie z art. 7 pkt 9 ustawy Pzp przez kryteria selekcji należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których

zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych;

Odwolujący upatrywał naruszenia powyższych przepisów w ograniczeniu możliwości wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych wyłącznie do nabrzeży, pirsów i pomostów, podczas gdy kategoria „morskich budowli hydrotechnicznych” obejmuje również inne obiekty (np. falochrony, w tym falochrony z funkcją cumowniczą), których wykonanie w ocenie Odwołującego daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien sformułować kryteria selekcji w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, ale jednocześnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nieograniczające konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia. W ramach postawionego żądania Odwołujący domagał się rozszerzenia katalogu wskazanych w kryterium selekcji morskich budowli hydrotechnicznych o falochrony.

Izba uznała argumentację Odwołującego za niezasadną.

Przed wszystkim Izba wskazuje, że celem kryteriów selekcji w przypadku postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego jest dokonanie prekwalifikacji wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu i zaproszenie do dialogu tych wykonawców, którzy - posiadając stosowne kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie - w najwyższym stopniu zapewnią efektywność prowadzonego dialogu oraz dadzą wysoką gwarancję należytej realizacji zamówienia. Ustawodawca co do zasady pozostawił instytucjom zamawiającym swobodę decyzji w zakresie sformułowania kryteriów selekcji, z zastrzeżeniem, że kryteria te muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne, a zamawiający zobowiązani są każdorazowo respektować zasady ogólne udzielania zamówień publicznych. Oceniając obiektywizm i niedyskryminację kryteriów selekcji należy mieć na uwadze przede wszystkim to, czy znajdują one uzasadnienie w przedmiocie zamówienia, jego charakterze i specyfice oraz to, czy faktycznie sposób ich skonstruowania doprowadzi do zakwalifikowania do dialogu konkurencyjnego tych wykonawców, których udział wniesie do tego dialogu wartość dodaną i którzy posiadają wyższy niż minimalny (zakreślony warunkami udziału w postępowaniu) poziom zdolności do wykonania zamówienia na oczekiwanym poziomie jakości.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, aby sporne kryterium selekcji opisane w rozdziale XVII ust. 2 pkt 1 OPIW było nieobiektywne czy dyskryminacyjne ze względu na to, że dopuszczalny katalog morskich budowli hydrotechnicznych, których budową lub przebudową wykonawca może się legitymować w celu uzyskania punktów, nie obejmuje falochronów.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w treści odwołania przedstawiono zbiorczą argumentację dotyczącą spornego kryterium selekcji oraz warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale X ust. 1 pkt 2.1. lit. a) i Rozdziale X ust. 1 pkt 2.2. lit. a) i b) OPIW. Zasadniczy nacisk położono przy tym na kwestię dotyczącą właśnie warunków udziału w postępowaniu i charakterystyczne dla formułowania warunków wymagania ustawowe. Nawet sam opis zarzutu z pkt 2.2 petitum odwołania wskazuje na ukształtowanie kryterium selekcji w sposób „nieproporcjonalny, nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i sprzeczny z zasadą formułowania warunków udziału jako minimalne poziomy zdolności, niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego zrealizowania zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.” Tymczasem kryteria selekcji a warunki udziału w postępowaniu to odmienne instytucje. Odwołujący podważając zgodność z ustawą Pzp kryterium selekcji powinien zwrócić uwagę na definicję tego rodzaju kryteriów zawartych w art. 7 pkt 9 ustawy Pzp i wykazać ich nieobiektywny i dyskryminacyjny charakter. Odwołujący tak naprawdę dopiero w pisemnej replice odniósł się do istoty kryteriów selekcji, co stanowi działanie spóźnione, ponieważ powinien był na powyższe wskazać już w odwołaniu. Odwołujący zaniechał także przedstawienia w odwołaniu analizy treści kwestionowanego kryterium selekcji w kontekście przedmiotu zamówienia i wymagań wynikających z dokumentów zamówienia. W odwołaniu nie przedstawiono też szczegółowej argumentacji dotyczącej charakterystyki robót polegających na budowie falochronów, poza postawieniem wyłącznie hasłowej tezy, że są to prace nie mniej skomplikowane, a nawet trudniejsze, niż budowa nabrzeży. Dlatego przedstawiony w pisemnej replice opis procesu budowy falochronów i organizacji zaplecza produkcyjnego skrzyń stanowił argumentację spóźnioną.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że przebieg postępowania odwoławczego pokazał, że nie było sporne pomiędzy Stronami to, że roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie falochronów są robotami o wysokim stopniu skomplikowania. Powyższe w ocenie Izby nie oznacza jednak, że Zamawiający powinien tego rodzaju roboty budowlane premiować na potrzeby prekwalifikacji wykonawców, którzy zostaną dopuszczeni do dialogu

konkurencyjnego. Zgodnie z definicją zawartą w § 2 pkt 13 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. przez nabrzeże rozumie się budowlę morską tworzącą obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczoną do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich, przemysłu stoczniowego albo do składowania ładunków. Z kolei falochron jest budowlą morską osłaniającą całkowicie lub częściowo akwen przybrzeżny, głównie w portach i przystaniach morskich, a także brzeg morski przed działaniem fal morskich (§ 2 pkt 8 ww. rozporządzenia). Już tylko w oparciu o powyższe definicje trudno uznać, aby doświadczenie w budowie czy przebudowie falochronów odpowiadało swoją specyfiką przedmiotowi zamówienia, jakim jest budowa nabrzeża przeładunkowego i placów odkładczych w porcie, w takim stopniu, który uzasadniałby premiowanie tego doświadczenia w kryterium selekcji. Okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazał.

Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa nabrzeża przeładunkowego i placów odkładczych na terenie portowym, wewnętrznym, nie zaś budowa falochronów w warunkach morskich. Izba za przekonujące uznała stanowisko Zamawiającego, że jego intencją jest premiowanie w kryterium selekcji doświadczenia nabytego przy realizacji obiektów na terenach portowych. W ocenie Izby znajduje to obiektywne uzasadnienie w dokumentach zamówienia, w których szczególnie akcentuje się okoliczność, że zamówienie będzie realizowane na terenie stoczniowym, na czynnym obiekcie, przy ciągłym ruchu jednostek pływających, a działalność operacyjna prowadzona w obszarze inwestycji nie może zostać zaburzona. Z dokumentów zamówienia wynika także, że nabrzeże będzie pełnił przede wszystkim funkcję przeładunkową, z uwzględnieniem związanego z tym ciężkiego ruchu pojazdów, z czym nie mamy do czynienia w przypadku falochronów. Ponadto jak podnosił Zamawiający na rozprawie, budowa takiego nabrzeża wiązać się będzie z koniecznością wykonania szeregu czynności, które nie są charakterystyczne dla budowy falochronów, jak np. wykonanie systemów związanych z odwodnieniem nawierzchni. Zamawiający zwrócił także uwagę na wiążące się z budową nabrzeży czynności administracyjne, jak np. konieczność uzyskania pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzanie oczyszczonych wód opadowych, która nie występuje przy budowie falochronów. Odwołujący okoliczności tych skutecznie nie zakwestionował. Twierdzenia Odwołującego, że wykonawca posiadający doświadczenie w budowie czy przebudowie falochronów daje wyższą gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia, równą doświadczeniu w budowie czy przebudowie nabrzeży, pirsów lub pomostów, w ocenie Izby stanowią wyłącznie subiektywną ocenę Odwołującego, która nie została poparta żadnymi wiarygodnymi dowodami. Jedynym dowodem złożonym przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym było załączone do odwołania zestawienie przetargów, które jednak odnosiło się do sposobu konstruowania przez innych zamawiających warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnych poziomów zdolności, nie było zatem dowodem przydatnym w kontekście kryteriów selekcji, czyli kryteriów premiujących wyższy poziom zdolności.

Za niezasadne Izba uznała ponadto twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający zapowiedział dokonanie zmiany warunków udziału w postępowaniu i rozszerzenie katalogu morskich budowli hydrotechnicznych o falochrony z funkcją cumowniczą, a jednocześnie uznał, że takie doświadczenie jest irrelewantne dla spełnienia kryterium selekcji. Izba wskazuje, że kryteria selekcji nie muszą być powiązane z warunkami udziału w postępowaniu. Co prawda w praktyce zdarzają się sytuacje, kiedy kryteria selekcji polegają na punktowaniu dodatkowego ponad wymagane w treści warunku udziału doświadczenia w realizacji zadań o tożsamym zakresie, niemniej przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie odmiennemu określeniu wymagań w kryteriach selekcji i warunkach udziału w postępowaniu. W konsekwencji okoliczność, że Zamawiający ostatecznie uznał, że wykonawca, który zrealizował budowę lub przebudowę falochronów z funkcją cumowniczą o określonej wartości posiada minimalny poziom zdolności warunkujący udział w postępowaniu, nie oznacza, że tożsame doświadczenie należy premiować podczas prekwalfikacji na potrzeby ustalenia kręgu wykonawców zapraszanych do dialogu konkurencyjnego. Przy czym w zakresie kryterium selekcji Odwołujący nie domagał się wprowadzenia do katalogu dopuszczalnych morskich budowli hydrotechnicznych falochronów z funkcją cumowniczą lecz ogólnie „falochronów”, czyli falochronów każdego rodzaju.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby określenie spornego kryterium selekcji przez Zamawiającego zostało dokonane z przekroczeniem dozwolonych ustawowo granic swobody, a kryterium to należało uznać za nieobiektywne i dyskryminacyjne, wobec czego zarzut wskazany w pkt 2.2. petitum odwołania okazał się bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba oddaliła odwołanie w zakresie podlegającym rozpoznaniu na rozprawie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3 sentencji wyroku, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437). Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Ponadto w myśl § 8 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Z uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika udokumentowane fakturą złożoną przez Zamawiającego do akt sprawy, z ograniczeniem do kwoty 3 600 zł. Zgodnie bowiem z § 5 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....