



Warszawa, 14 kwietnia 2020 r.

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

**Zamawiający:**

**1) Gmina Dąbrowa Górnicza**

ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza

**2) PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**

ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

*prowadzący postępowanie:*

Gmina Dąbrowa Górnicza

ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza

e-mail: [kiwaszkiewicz@dabrowa-gornicza.pl](mailto:kiwaszkiewicz@dabrowa-gornicza.pl)

**Odwołujący:**

**Budimex S.A.**

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

*reprezentowany przez:*

Cezarego Soję

*adres do doręczeń:*

BUDIMEX S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

e-mail: [oferty@budimex.pl](mailto:oferty@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza” Etap I i Etap II oraz przebudowę infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo – drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III” (nr referencyjny ZP.WID.271.4.14.2020; dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2020 r. pod nr 2020/S 067-158474.



## ODWOŁANIE

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

### **Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:**

- 1) art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy (warunek zdefiniowany w pkt 8.2.3.1 tiret drugi i czwarty SIWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

### **W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

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

### **Interes i szkoda:**

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów przez Zamawiającego. Szkoda ta polega na ryzyku wyłączenia możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

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



*posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz”.*

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

#### **Zachowanie terminu i wymogów formalnych:**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2020 r. Tego samego dnia opublikowana została również przez Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz dyspozycję art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, upływa w po dniu lub dniach wolnych od pracy, tj. w przedmiotowym przypadku 14 kwietnia 2020 r. i został tym samym zachowany.

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

#### **UZASADNIENIE**

1. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy w pkt 8.2.3.1. SIWZ wskazał, że wymaga aby wykonawca wykazał,



że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie drogi lub obiektów mostowych, o wartości roboty min. 40 mln zł brutto.
- **min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres branży: nawierzchnia kolejowa, podtorze i odwodnienie, elektroenergetyka trakcyjna, urządzenia srk i perony o wartości robót min. 10 mln zł brutto.**
- min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie jednego obiektu mostowego (wiadukt lub most) na terenie kolejowym – w ciągu lub nad dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości robót min. 8 mln zł brutto.
- **min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie dróg lub ścieżek rowerowych lub chodników lub alejek, z przepuszczalnej nawierzchni jednowarstwowej lub wielowarstwowej mineralno – poliuretanowej o powierzchni min. 5 000 m<sup>2</sup>.**
- min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie przejścia podziemnego pod torami dwutorowej linii kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi o wartości min. 4 mln zł brutto.

Uwagi:

1. W przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów przy wykazaniu spełniania warunku doświadczenia, zobowiązany jest wykazać udział tych podmiotów w wykonaniu zamówienia.
2. Wykonawca, który w celu potwierdzenia warunku, o którym mowa w pkt. 8.2.3.1. SIWZ, będzie się legitymował wiedzą i doświadczeniem nabytym w ramach wspólnej realizacji umów z innymi wykonawcami (konsorcjum) zobowiązany jest wykazać zakres robót, w wykonaniu którego faktycznie uczestniczył.
3. Zamawiający dopuszcza wykazanie robót łącznie w ramach jednego zamówienia lub wielu zamówień.

2. Odwołujący dostrzega nieadekwatność i nieproporcjonalność warunków określonych w pkt 8.2.3.1 SIWZ tiret drugi (dalej również jako „**warunek dotyczący stacji**”) oraz tiret czwarty (dalej również jako „**warunek dotyczący nawierzchni mineralno – poliuretanowej**”), które w obecnym kształcie w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencyjność w ramach Postępowania. W kontekście stawianych zarzutów na wstępie podkreślenia przy tym wymaga, że jakkolwiek określenie warunków udziału w postępowaniu jest decyzją Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania ma uprawnienie do ustanawiania wymogów w tym zakresie w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie zamierzonego celu, o tyle swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego. **Po pierwsze, Zamawiający winien bowiem tak kształtować warunki udziału w postępowaniu aby pozwoliły mu one na wybór takiego wykonawcy, który jest zdolny do wykonania**



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

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

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

*Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie*



dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

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

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

4. Reasumując, Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu każdorazowo winien wziąć pod uwagę adekwatność swoich wymagań, **a także uwzględnić możliwości rynkowe ich spełnienia przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących (tak aby warunki mogłyby być spełnione przez konkurencyjną grupę potencjalnych wykonawców).** Jak podkreśliła bowiem Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13): *obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest **nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.***
5. Przekładając powyższe uwagi na grunt niniejszego Postępowania, w odniesieniu do warunku dotyczącego stacji podkreślenia wymaga, że **łączy on w sobie weryfikację kompetencji z różnych branż, w tym branż specjalistycznych, dotyczących elektroenergetyki i urządzeń srk.** Innymi słowy, w ramach przedmiotowego warunku z jednej strony weryfikowane są kompetencje *stricte* budowlane dotyczące nawierzchni kolejowej, podtorza czy odwodnienia, z drugiej zaś weryfikacji podlegają prace specjalistyczne dotyczące elektroenergetyki i urządzeń srk. Należy mieć na względzie to, iż **standardowo w ramach tego typu realizacji, inny podmiot odpowiada za prace budowlane, inne zaś podmioty za prace z zakresu elektroenergetyki i urządzeń srk, cechujących się całkowicie odmienną specyfiką.** Co za tym idzie, w toku tego typu realizacji praktycznie nie zdarza się, że wykonawca odpowiadający za wykonanie robót budowlanych, bezpośrednio realizuje również specjalistyczne prace związane z elektroenergetyką czy urządzeniami srk. Każdy z tych obszarów jest realizowany odrębnie przez różne firmy specjalistyczne.





6. W konsekwencji, **weryfikacja wszystkich wymienionych powyżej elementów przez Zamawiającego w ramach jednego, łącznego warunku udziału w postępowaniu, determinuje, iż z postępowania w sposób nieuzasadniony wyeliminowane byłyby te podmioty, które prace wykonywane na stacji kolejowej rozdzieliły w swoich referencyjnych inwestycjach w ramach podziału konsorcjalnego.** Taki podział wewnątrz konsorcjum jest przy tym czymś naturalnym o tyle, że jak zostało powyżej wskazane, inne spółki specjalizują się w wykonywaniu robót budowlanych, inne zaś w wykonaniu prac elektroenergetycznych, jeszcze inne w wykonaniu urządzeń srk. Podział tych prac w ramach konsorcjum implikuje z kolei, uwzględniając aktualną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, iż wykonawca realizujący część budowlaną nie ma możliwości powoływania się na doświadczenie związane z pracami elektroenergetycznymi (wykonywanymi przez współkonsorcjanta), i odwrotnie – podmioty odpowiedzialne za prace elektroenergetyczne czy urządzenia srk, nie będą miały możliwości legitymowania się kompleksowym doświadczeniem w realizacji stacji (obejmującej również prace budowlane, za które standardowo nie jest odpowiedzialny).
7. **Odwołujący nie neguje uprawnień i zasadności weryfikacji dysponowania przez wykonawców doświadczeniem przy budowie lub przebudowie stacji zarówno w aspekcie robót budowlanych, jak i w aspekcie prac specjalistycznych (elektroenergetycznych i urządzeń srk), niemniej neguje ich weryfikację w ramach jednego łącznego warunku zdefiniowanego w ramach treści SIWZ.** Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że jeden warunek udziału w postępowaniu winien być co do zasady spełniony przez jeden podmiot i wykazywany za pośrednictwem jednej referencji (co do zasady nieuprawnioną jest bowiem praktyka „dzielenia” warunku dla celów wykazywania jego spełniania i jego wykazywanie za pośrednictwem różnych inwestycji), tak jak zostało to powyżej wskazane, obecny kształt warunku udziału w postępowaniu, premiowałby wyłącznie wykonawców, którzy tego typu realizacje wykonywali samodzielnie w ramach generalnego wykonawstwa. Jest to jednak o tyle nieuzasadnione, że wykonawcy realizując tego typu prace w ramach generalnego wykonawstwa, prace specjalistyczne w zakresie prac elektroenergetycznych i urządzeń srk i tak zlecali do wykonania podwykonawcom. **Co za tym idzie, bez względu na przyjętą formę realizacyjną, podmiot odpowiedzialny realnie i bezpośrednio za wykonanie robót budowlanych na stacji standardowo nie uczestniczy fizycznie w wykonywaniu prac z zakresu elektroenergetycznego i urządzeń srk, i odwrotnie podmioty odpowiedzialne realnie i bezpośrednio za wykonanie prac elektroenergetycznych i urządzeń srk nie uczestniczą bezpośrednio w wykonywaniu robót budowlanych.**
8. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego **tylko rozdzielenie przedmiotowego warunku na część dotyczącą weryfikacji aspektów stricte budowlanych wykonanych w ramach**



**budowy lub przebudowy stacji oraz część dotyczącą prac elektroenergetycznych i srk, względnie umożliwienie wykazywania spełniania tego warunku za pośrednictwem kilku odrębnych referencji (zamówień), da możliwość ich wykazywania bezpośrednio przez podmioty, które realnie tego typu doświadczenie nabyły podczas przeszłych realizacji.** Taka konstrukcja warunku lub taka możliwość jego wykazywania będzie w konsekwencji korzystna dla samego Zamawiającego, zwiększając gwarancję należytego wykonania zamówienia. Łączne, realne spełnianie warunku określonego w tym zakresie przez Zamawiającego za pośrednictwem jednej, łącznej referencji jest nieuzasadnione i ograniczające konkurencję, będąc zresztą wątpliwym również co do samej zasady. Uwzględniając bowiem okoliczność, iż, jak zostało powyżej wskazane, prace budowlane i prace specjalistyczne na stacjach kolejowych standardowo wykonywane są przez inne podmioty, oraz fakt, że pojawiają się wypowiedzi orzecznicze, które sytuację podzlecania całości określonych prac podwykonawcom zrównują z sytuacją ich powierzenia współkonsorcjantowi, w obu przypadkach negując realność powoływania się na doświadczenie nabyte odpowiednio przez współkonsorcjanta bądź podwykonawcę (vide wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18), zasadnym jest pytanie czy warunek określony przez Zamawiającego byłby możliwy do wykazania przez jakikolwiek podmiot na rynku (a więc czy byłby możliwy do wykazania również za pośrednictwem realizacji wykonanej w formie generalnego wykonawstwa przez jeden podmiot).

9. **Reasumując, zdaniem Odwołującego warunek dotyczący stacji ukształtowany przez Zamawiającego jest warunkiem oderwanym od realiów rynkowych, nie uwzględniającym rozdzielnego charakteru prac budowlanych i prac elektroenergetycznych oraz prac dotyczących urządzeń srk wykonywanych w ramach budowy lub przebudowy stacji kolejowych. Oderwanie tego warunku od realiów rynkowych jest uwypuklone tym bardziej, iż zdaniem Odwołującego w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na polskim rynku, zrealizowana została niewielka liczba inwestycji, które pozwalałyby na próbę samodzielnego wykazywania spełniania warunku udziału w tym zakresie (tj. inwestycji, które były wykonane w formie generalnego wykonawstwa przez jeden podmiot, nie zaś konsorcjum składające się z firmy budowlanej i firm specjalistycznych). Obecnie, pewną rynkową tendencją jest bowiem dążenie firm specjalistycznych do udziału w tego typu projektach w charakterze współkonsorcjanta. Z niezwykle ograniczonej liczby wykonawców mogących wykazać spełnianie omawianego warunku udziału w postępowaniu zdaje sobie zresztą sprawę sam Zamawiający, tj. PKP PLK S.A., który w innych, równolegle toczących się postępowaniach, wydłuża okres referencyjny dotyczący omawianego warunku udziału w postępowaniu do 7 lat. Takie działanie Zamawiający podjął przykładowo w ostatnim czasie w postępowaniu pn. *Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu***





*POIiŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia – Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą” (nr postępowania 9090/IRZR1/14014/03959/19/P) czy w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. budowa i modernizacja linii kolejowych oraz infrastruktury przystankowej realizowanego w ramach Projektu „Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej”. Przykłady te potwierdzają, że również zdaniem samego Zamawiającego takie działanie jest niezbędne dla otworzenia postępowania na konkurencję.*

10. W związku z tym, aby otworzyć przedmiotowe Postępowanie na konkurencję i zachować adekwatność i proporcjonalność wymagań Zamawiającego, zasadnym jest umożliwienie wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu za pośrednictwem kilku referencji i/lub rozdzielenie warunku na część dotyczącą weryfikacji aspektów budowlanych oraz część dotyczącą weryfikacji aspektów elektroenergetycznych oraz część dotyczącą weryfikacji aspektów związanych z urządzeniami srk, alternatywnie wydłużenie okresu referencyjnego do ostatnich 7 lat bądź rozszerzenie przedmiotowe obiektów, za pośrednictwem tego warunku weryfikowanych. **W przypadku wdrożenia którejkolwiek z postulowanych zmian, interesy Zamawiającego będą zabezpieczone na analogicznym poziomie jak obecnie o tyle, iż będzie on miał możliwość zweryfikowania wszystkich aspektów, do weryfikacji których dąży w ramach pierwotnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu.** Po dokonaniu postulowanej modyfikacji treści warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, warunki pełnić będą realne narzędzie do weryfikacji kompetencji do wykonania zamówienia, nie zawężając jednocześnie w sposób sztuczny możliwości ich wykazywania. W aspekcie zasadności „rozdzielenia” warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący przywołuje przy tym dobre praktyki PKP PLK S.A., który to w przypadku warunków dotyczących szlaków kolejowych standardowo rozdziela warunki w tym zakresie na warunki dotyczące robót budowlanych i warunki specjalistyczne dotyczące elektroenergetyki czy urządzeń srk (tak np. w postępowaniu pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. budowa i modernizacja linii kolejowych oraz infrastruktury przystankowej realizowanego w ramach Projektu „Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej”).*
11. W odniesieniu natomiast do warunku dotyczącego nawierzchni mineralno – poliuretanowej, Odwołujący pragnie z kolei podkreślić, iż **adekwatność i proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu oznacza, że nie powinien on eliminować z postępowania wykonawców, którzy nabyli doświadczenie pozwalające im na uzyskanie analogicznych kompetencji do tych, które wykorzystane mają zostać w ramach danej realizacji. Referencyjne doświadczenie nie musi być przy tym doświadczeniem o**



**tożsamym charakterze, ale doświadczeniem pozwalającym na uzyskanie określonych kompetencji.** W przypadku kwestionowanego warunku dotyczącego nawierzchni mineralno – poliuretanowej, ma to o tyle istotne znaczenie, że:

- Zamawiający w treści omawianego warunku udziału w postępowaniu wskazał wyłącznie na jeden rodzaj materiału, z którego wykonana miałaby zostać referencyjna nawierzchnia, tj. wskazał na nawierzchnię mineralno – poliuretanową, eliminując możliwość legitymowania się doświadczeniem dotyczącym np. nawierzchni poliuretanowej czy podbudowy sportowej;
- Zamawiający ograniczył w treści warunku obiekty, na których wykonanie referencyjnych nawierzchni powinno nastąpić, wskazując wyłącznie na drogi, ścieżki rowerowe, chodniki czy alejki, eliminując możliwość legitymowania się inwestycją zrealizowaną na obiektach sportowych, czy placach zabaw, w ramach których to obiektów nawierzchnie poliuretanowe czy mineralno – poliuretanowe są standardowo wykorzystywane.

12. W kontekście powyższego podkreślenia w pierwszej kolejności wymaga, że **to na jakim obiekcie zrealizowano nawierzchnię określonego typu ma o tyle drugorzędne znaczenie, że rodzaj obiektu nie ma wpływu na to w jaki sposób nawierzchnia jest układana.** Bez względu na rodzaj obiektu czynności związane z układaniem nawierzchni czy to poliuretanowej czy mineralno – poliuretanowej są tożsame, a więc te same umiejętności nabywane są przez wykonawcę bez względu na rodzaj obiektu. Ograniczanie obiektów referencyjnych wyłącznie do dróg, ścieżek rowerowych czy chodników jest więc całkowicie niezrozumiałe, zwłaszcza, że eliminuje z postępowania szereg wykonawców, którzy tego typu doświadczenie nabyli na obiektach sportowych czy placach zabaw. Ograniczenie konkurencji w tym aspekcie jest szczególnie dostrzegalne o tyle, że tego typu nawierzchnia najczęściej wykorzystywana jest właśnie na obiektach sportowych i to na tego typu obiektach referencyjne doświadczenie najczęściej można nabyć.

13. Po drugie, jak zostało zasygnalizowane powyżej, niezasadnym jest też ograniczenie możliwości wykazania warunku wyłącznie do jednego typu nawierzchni i wyeliminowanie nawierzchni poliuretanowej oraz podbudowy sportowej. Kwalifikacje techniczne uzyskiwane w ramach układania nawierzchni poliuretanowej czy podbudowy sportowej bez przeszkód przenieść można bowiem na układanie nawierzchni typu mineralno – poliuretanowej; realizacja pod kątem technicznym w obu przypadkach nie różni się bowiem w sposób znaczący. W kontekście porównywalności doświadczenia zdobytego na realizacjach dotyczących nawierzchni poliuretanowej czy mineralno – poliuretanowej podkreślenia wymaga, że obydwie nawierzchnie składają się z żywicy poliuretanowej oraz materiału w formie granulek, które łączy się ze sobą w odpowiednich ilościach zgodnych z zaleceniami producenta, a następnie tak przygotowaną

mieszanke rozkłada się na przygotowanym podłożu za pomocą specjalistycznych rozkładarek mas poliuretanowych. Co więcej realizacja nawierzchni poliuretanowej, zwłaszcza na obiektach sportowych, stanowi doświadczenie bardziej zaawansowane, wymagające większej precyzji w trakcie jej układania (poliuretany na np. obiektach sportowych wymagają znacznie większej precyzji ułożenia w celu uzyskania równości warstwy użytkowej do 6 mm na łacie 4 metrowej). Podobna porównywalność zachodzi również w przypadku wykonywania podbudowy sportowej, tj. tzw. nawierzchni mineralno – poliuretanowej typu ET, stosowanej jako podbudowa pod boiska sportowe, korty tenisowe, bieżnie lekkoatletyczne, place zabaw i wykonywanej bezpośrednio na obiekcie tzw. „in situ”. Skład materiałowy takiej podbudowy i sposób wykonania jest identyczny jak przy wykonywaniu dróg ścieżek rowerowych chodników czy alejek, stąd dyskryminacja takiego sposobu wykazywania spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu jest równie nieuzasadniona.

14. Po trzecie w końcu, w kontekście doświadczenia weryfikowanego w ramach omawianego warunku udziału w postępowaniu, podkreślenia wymaga, iż najistotniejsze jest nabycie umiejętności w zakresie układania tego typu nawierzchni. Powierzchnia, na której nawierzchnia tego typu byłaby układana nie stanowi natomiast już istotnej zmiennej, stąd też wymóg 5.000 m<sup>2</sup>, który ustanowił w tym zakresie Zamawiający, jest wymogiem nieuzasadnionym, zwłaszcza w kontekście znacznego ograniczenia konkurencji w oparciu o tę zmienną. Zgodnie z wiedzą Odwołującego w okresie ostatnich 5 lat realizacji tego typu o takiej powierzchni nie było na tyle dużo aby zagwarantować realną konkurencję w ramach przedmiotowego postępowania. Co więcej, z danych zgromadzonych przez Odwołującego wynika, iż w zasadzie jedyną realizacją, która pozwalałaby na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie w obecnym kształcie jest postępowanie zrealizowane na rzecz Urzędu Miejskiego w Dąbrowie Górniczej pn. Zagłębiowski Park Linearny – rewitalizacja obszaru funkcjonalnego doliny rzek Przemszy i Brynicy – miasto Dąbrowa Górnicza”. Innymi słowy, wyłącznie wykonawca, który zrealizował uprzednie zamówienie na rzecz tego samego Zamawiającego byłby w stanie wykazać spełnianie obecnie zdefiniowanego warunku udziału w postępowaniu, co sugeruje, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony preferuje właśnie tego wykonawcę.
15. Wszystkie powyższe elementy Zamawiający winien wziąć pod uwagę formułując treść warunku udziału w postępowaniu, mając na względzie okoliczność, że warunki w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny wymagać odzwierciedlenia identycznej realizacji w ramach przeszłych doświadczeń. Warunki udziału w postępowaniu powinny bowiem dopuszczać wszelkie realizacje, które pozwoliłyby na nabycie takich kompetencji, które byłyby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia (nie konieczne nabyte na identycznym przedmiocie zamówienia), określając przy tym wszelkie weryfikowane parametry (w tym powierzchnię) w

sposób zachowujący rozsądną i konkurencyjną proporcję. Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie w obecnym kształcie (ograniczając rodzaj obiektów; rodzaj nawierzchni i żądając zawyżonej powierzchni obiektu referencyjnego) w sposób niezasadny eliminuje z postępowania wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, ograniczając konkurencję w taki sposób, iż może odbić się to również na oferowanych cenach ofertowych, zakładających brak efektywnej konkurencji ze strony innych podmiotów. Działania Zamawiającego są więc nie tylko nieadekwatne i nieproporcjonalne, ale też w sposób negatywny mogą wpłynąć na jego interesy, nie zapewniając racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Dążenie Zamawiającego do omawianego ograniczenia warunku udziału w postępowaniu jest tym bardziej nieuzasadnione i zaskakujące, iż w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia o tożsamym przedmiocie (unieważnionego ze względu na przekroczenie budżetu), sam dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, iż dopuścił legitymowanie się doświadczeniem nabytym na obiektach sportowych; doświadczeniem związanym z nawierzchnią poliuretanową i żądał referencyjnej powierzchni na poziomie 4.500m<sup>2</sup> (vide postępowanie nr ZP.WID.271.4.51.2019). Skoro sam Zamawiający taką treść warunku, uznał za adekwatną dla potrzeb wykazania kompetencji do wykonania przedmiotowego zamówienia, to uwzględniając tożsamość przedmiotu zamówienia, analogiczne wytyczne przenieść powinien na grunt postępowania obecnie się toczącego, a wprowadzanie dalszych ograniczeń w tym zakresie stanowi działanie nieuzasadnione.

16. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ oraz Ogłoszenia w zakresie odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, poprzez:
- W odniesieniu do warunku dotyczącego stacji:
    - a) dopuszczenie wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w pkt 8.2.3.1 tiret drugi SIWZ za pośrednictwem jednej lub kilku niezależnych inwestycji (umów), tj. nadanie mu przykładowo następującego brzmienia: *min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres branży:*
      - nawierzchnia kolejowa, podtorze i odwodnienie, perony o wartości robót min. 10 mln zł brutto;



- elektroenergetyka trakcyjna,
- urządzenia srk.

**Prace dotyczące każdej z powyższych branż zdefiniowanych w poszczególnych tiretach mogą być wykazane łącznie za pośrednictwem jednej umowy (inwestycji) lub za pośrednictwem kilku umów (inwestycji).**

**alternatywnie:**

- b) rozdzielenie warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w pkt 8.2.3.1 tiret drugi SIWZ na warunki rozłącznie weryfikujące elementy budowlane (nawierzchnia kolejowa, podtorze, odwodnienie, perony), elektroenergetykę trakcyjną oraz urządzenia srk tj. nadanie mu przykładowo następującego brzmienia:**

- *min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres branży: nawierzchnia kolejowa, podtorze, odwodnienie i perony o wartości robót min. 10 mln zł brutto.*
- *min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres branży: elektroenergetyka trakcyjna,*
- *min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres branży: urządzenia srk,*

**alternatywnie:**

- c) wydłużenie okresu referencyjnego do ostatnich 7 lat przed upływem składania ofert.**

**alternatywnie:**

- d) ze względu na stosunkowo mały zakres robót na stacji umożliwienie wykazania się analogicznym zakresem robót na przystanku odgałęźnym, tj. nadanie pkt 8.2.3.1 tiret drugi SIWZ przykładowo następującego brzmienia: *min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie jednej stacji kolejowej lub przystanku odgałęźnego w zakresie co najmniej jednego toru głównego zasadniczego, o długości min. 2 km jedno lub dwutorowego szlaku (tj. odcinka między stacjami) linii kolejowej zelektryfikowanej obejmujące co najmniej zakres***



**branży: nawierzchnia kolejowa, podtorze i odwodnienie, elektroenergetyka trakcyjna, urządzenia srk i perony o wartości robót min. 10 mln zł brutto.**

- **W odniesieniu do warunku dotyczącego nawierzchni mineralno – poliuretanowej:**
  - a) **nadanie treści warunku określonego w pkt 8.2.3.1 tiret czwarty SIWZ następującego brzmienia: min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie dróg lub ścieżek rowerowych lub chodników lub alejek lub nawierzchni sportowych lub podbudów sportowych z przepuszczalnej nawierzchni jednowarstwowej mineralno-poliuretanowej lub przepuszczalnej wielowarstwowej poliuretanowej o powierzchni min. 4 500 m<sup>2</sup>.**

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

**Załączniki:**

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