

## WYKONAWCY

W prowadzonym postępowaniu przetargowym na **Zaprojektowanie i budowa przejść dla drobnych zwierząt kręgowych w ramach realizacji projektu „Czynna ochrona zagrożonych gatunków płazów i gadów na obszarach Natura 2000 w Europie” LIFE17 NAT/PL/000011** wpłynęły do Zamawiającego następujące zapytania:

W nawiązaniu do przetargu nieograniczonego pod nazwą Zaprojektowanie i budowa przejść dla drobnych zwierząt kręgowych w ramach realizacji projektu " Czynna ochrona zagrożonych gatunków płazów i gadów na obszarach Natura 2000 w Europie " LIFE17 NAT/PL/000011, zwracam się do zamawiającego o zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 7 "Warunki udziału w postępowaniu" podpunkt c) zdolności technicznej lub zawodowej poprzez nadanie mu poniższego brzmienia:

podpunkt c)2. „jedną osobę z uprawnieniami do projektowania - w specjalności drogowej, która wykonała minimum jeden projekt polegający na budowie lub przebudowie lub remoncie przejść pod drogami publicznymi w zakresie przepustów drogowych";

podpunkt c)3. „Jedną osobą z uprawnieniami drogowymi bez ograniczeń - kierownik budowy, który wykonał przynajmniej jedno zadanie polegające na budowie systemów przejść dla drobnych zwierząt pod drogami publicznymi w postaci stoprynien";

podpunkt c)6. „Wykonawca wykaże się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, dwiema robotami budowlanymi związanymi z modernizacją, budową lub przebudową elementów lub urządzeń ochrony środowiska, na kwotę co najmniej 1 000 000 złotych brutto każde".  
albo

podpunkt c)6. „Wykonawca wykaże się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, dwiema robotami budowlanymi związanymi z modernizacją, budową lub przebudową elementów lub urządzeń ochrony środowiska, na kwotę co najmniej 1 000 000 złotych brutto każde".

## Uzasadnienie

Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

c) 1. Wykonawca musi wykazać się dysponowaniem przynajmniej:



**ACTIVE PROTECTION OF THE RARE AMPHIBIAN AND REPTILE SPECIES ON THE NATURA 2000 SITES IN EUROPE  
(LIFE17 NAT/PL/000011)**

c) 2. jedną osobą z uprawnieniami do projektowania, - w specjalności drogowej, która wykonała minimum jeden projekt polegający na budowie z polimerobetonu systemów przejść dla drobnych zwierząt kręgowych pod drogami publicznymi.

c) 3. jedną osobą z uprawnieniami drogowymi bez ograniczeń - kierownik budowy, który wykonał przynajmniej jedno zadanie polegające na budowie z polimerobetonu systemów przejść dla drobnych zwierząt kręgowych pod drogami publicznymi.

c).6 Wykonawca wykaże się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, dwiema robotami budowlanymi systemów przejść dla małych zwierząt kręgowych, nie będących elementem inwestycji związanej z przebudowa/budowa/remontem drogi, składających się z tuneli, ścianek naprowadzających, portali i stopryni na kwotę co najmniej 1 000 000 zł brutto każde, na które uzyskano pozwolenia na budowę.

Tak określone warunki udziału w postępowaniu w sposób ewidentny naruszają treść art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zachowania Zamawiającego nie da się także pogodzić z treścią art. 22 ust. 1a tej ustawy, zgodnie z którą zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

A zatem na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Na Zamawiającym ciąży także obowiązek określenia warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje się, że proporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to tyle, co warunek nienadmierny. W wyroku z 16.09.1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, nr 8-9A, s. 1-5585, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECR 2005, nr 10B, s. 1-09315, Trybunał Sprawiedliwości uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu - ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy - „musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne



ACTIVE PROTECTION OF THE RARE AMPHIBIAN AND REPTILE SPECIES ON THE NATURA 2000 SITES IN EUROPE  
(LIFE17 NAT/PL/000011)

interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia"<sup>1</sup>. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślenia wymaga to, że „niezmiennie, niezależnie od tego czy wymagania kształtowane w postępowaniu przez zamawiającego stanowią opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak to było dotychczasowo), czy też są warunkami udziału w postępowaniu (obecnie) to zamawiający musi je określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny - czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwa konkurencją i zasada równego traktowania wykonawców a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości. Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 22 ust. 1a oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać one dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania<sup>2</sup>. Użyte w art. 22 ust. 1a sformułowanie „minimalne poziomy zdolności” oznacza, że określone w warunkach udziału w postępowaniu wartości, wielkości lub wymagania nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy). Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia<sup>3</sup>.

Mając na uwadze ww. przepisy oraz orzecznictwo należy podkreślić, że warunki postawione przez Park Krajobrazowy Puszczy Romnickiej naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Warunki te przede wszystkim eliminują z udziału w postępowaniu grupy wykonawców oraz stwarzają innej grupie wykonawców niczym nieuzasadnioną uprzywilejowaną pozycję. Są też nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

I tak warunek dysponowania przynajmniej jedną osobą z uprawnieniami do projektowania, - w specjalności drogowej, która wykonała minimum jeden projekt polegający na budowie z polimerobetonu systemów przejść dla drobnych zwierząt kręgowych pod drogami publicznymi, jest

<sup>1</sup> W wyroku z 14.03.2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024

<sup>2</sup> zob. wyrok KIO z 14.12.2012 r., KIO 2636/12, LEX nr 1254815

<sup>3</sup> wyrok KIO z 14.03.2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024



nadwymiarowy i nieadekwatny. Nie ma najmniejszych racjonalnych powodów aby projektant musiał legitymować się wykonaniem tak specjalistycznego projektu z określonego materiału budowlanego. Polimerobeton nie cechuje się tak specyficznymi parametrami technicznymi, aby istniała konieczność by wykonanie robót z wykorzystaniem tego materiału zostało zaprojektowane przez projektanta, który akurat ma doświadczenie z tym jednym rodzajem materiału budowlanego. Wystarczającym, adekwatnym, niedyskryminującym i uczciwym konkurencyjnie wobec innych wykonawców będzie postawienie warunku posiadania doświadczenia w postaci wykonania minimum jednego projektu polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie przejść pod drogami publicznymi w zakresie przepustów drogowych. Takie doświadczenie projektanta gwarantuje prawidłowe zaprojektowanie robót przewidzianych przez Zamawiającego. Natomiast wymóg aby projektant miał doświadczenie w postaci wykonania minimum jednego projektu polegającego na budowie z polimerobetonu systemów przejść dla drobnych zwierząt kręgowych pod drogami publicznymi, jest zbyt szczegółowy, a przez to nadwymiarowy i domyślnie wskazujący konkretnego wykonawcę, który może spełniać ww. warunek.

Z podobnych względów jak powyższe nadwymiarowy, nieadekwatny i nieuczciwy konkurencyjnie jest także warunek w postaci dysponowania przynajmniej jedną osobą z uprawnieniami drogowymi bez ograniczeń - kierownik budowy, który wykonał przynajmniej jedno zadanie polegające na budowie z polimerobetonu systemów przejść dla drobnych zwierząt kręgowych pod drogami publicznymi. Jest zupełnie niezrozumiałe z jakich względów jedynie posiadanie doświadczenia przy budowie z jednego, konkretnego materiału, miałyby gwarantować należyte wykonanie zamówienia. Kierownik budowy, który wykonał przynajmniej jedno zadanie polegające na budowie systemów przejść dla drobnych zwierząt pod drogami publicznymi w postaci stoprnyen, niezależnie od rodzaju materiału z jakiego roboty te były wykonywane, daje wystraszającą (adekwatną i nienadmiarową) gwarancję prawidłowego wykonania robót objętych planowanym zamówieniem.

Nadwymiarowe i nieadekwatne jest także postawienie warunku doświadczenia w realizacji robót budowlanych systemów przejść dla małych zwierząt kręgowych, nie będących elementem inwestycji związanej z przebudową/budową/remontem drogi, składających się z tuneli, ścianek naprowadzających, portali i stoprnyen. Nie jest zrozumiałym dlaczego z udziału w postępowaniu byłiby pozbawieni wykonawcy mający doświadczenie w budowie urządzeń ochrony środowiska, które były elementem inwestycji związanej z przebudową/budową/remontem drogi. Powstaje pytanie, czym istotnie różnią się roboty będące elementem inwestycji związanej z przebudową/budową/remontem drogi od robót nie będących elementem takiej inwestycji. Warunek w tym zakresie jest niezrozumiały a przez to możliwe, że wskazujący określonego wykonawcę. Nieadekwatne, a przede wszystkim nieuczciwe konkurencyjnie, jest także wskazanie przez Zamawiającego konkretnego rodzaju robót budowlanych, jako spełniających omawiany warunek. Oczekiwanie, że spełniającym taki warunek będzie tylko podmiot, który wybudował tunele, ścianki naprowadzające, portale i stroporynny jest zbyt szczegółowe, a przez to nadwymiarowe i nieuczciwe konkurencyjnie. Warunek taki, w nieuzasadniony sposób, pozbawia szeroką grupę wykonawców dostępu do zamówienia. Powstaje pytanie, czy jeśli dany wykonawca wybudował tunele, ścianki naprowadzające i stroporynny, a nie wybudował portali, to nie daje automatycznie gwarancji



ACTIVE PROTECTION OF THE RARE AMPHIBIAN AND REPTILE SPECIES ON THE NATURA 2000 SITES IN EUROPE  
(LIFE17 NAT/PL/000011)

należytego wykonania umowy? Jeszcze raz za ww. powołanym piśmiennictwem i orzecznictwem należy wskazać, że warunki stawiane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być zbyt szczegółowe i opiewać na wszystkie rodzaje dostaw, usług lub robót budowlanych. Wystarczającym warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu będzie doświadczenie w modernizacji, budowie lub przebudowie elementów lub urządzeń ochrony środowiska. Warunek taki będzie adekwatny i wystarczający dla osiągnięcia wybranego przez Zamawiającego celu.

Jednocześnie chciałbym podkreślić, iż firma (...) prowadzi działalność w zakresie budowy urządzeń ochrony środowiska związanych z projektami Unijnymi od 10 lat. Posiadamy bogate doświadczenie oraz wykwalifikowaną kadrę i zespół pracowniczy przy projektowaniu i realizacji zadań związanych z budową urządzeń ochrony środowiska w tym ogrodzeń naprowadzających i przejść pod drogami publicznymi dla płazów. Współpracujemy z Zamawiającym:

- GDDKiA oddział w Olsztynie
- GDDKiA Oddział Gdańsku
- GDDKiA Oddział w Szczecinie
- GDDKiA Oddział w Białymstoku
- GDDKiA Oddział w Warszawie
- GDDKiA Oddział w Zielonej Górze

## **ODPOWIEDŹ:**

**Na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29 stycznia 2005r Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2015r poz. 1579 ze zm.), zwana dalej PZP, Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:**

Zapisy SIWZ pozostają bez zmian, gdyż opis warunków jest proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, zakres doświadczenia ograniczony dostał do minimum. Przedmiotem zamówienia są przejścia, a nie budowa drogi wraz z infrastrukturą.



**ACTIVE PROTECTION OF THE RARE AMPHIBIAN AND REPTILE SPECIES ON THE NATURA 2000 SITES IN EUROPE  
(LIFE17 NAT/PL/000011)**