

Kielce, dnia 31.08.2023 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
UL. POSTĘPU 17A
02-676 WARSZAWA

ZAMAWIAJĄCY: WOJEWÓDZTWO MAZOWIECKIE

ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa

PROWADZĄCY POSTĘPOWANIE:

MAZOWIECKI ZARZĄD DRÓG WOJEWÓDZKICH W WARSZAWIE

ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa

przetargi@mzdw.pl

osoba do kontaktów: Anna Goebel

ODWOŁUJĄCY: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia- Konsorcjum Spółek:

1. FABE POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (Lider)

ul. Cybernetyki 19b, 02-677 Warszawa

KRS: 0000600039

2. „SP” SINE MIDAS STROY” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (Partner)

ul. Burabay 139b/30, 030000 Aktobe (Kazachstan)

BIN: 080023209

DZIAŁAJĄCY PRZEZ SWÓJ ODDZIAŁ W POLSCE

ul. Cybernetyki 19b, 02-677 Warszawa

KRS: 0000768087

Adres korespondencyjny Konsorcjum:

ul. Cybernetyki 19b, 02-677 Warszawa

przetargi@fabepolska.pl

osoba do kontaktów: Mateusz Dziewięcki

tel. 507-376-070

DOTYCZY: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 747 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 9 w m. Iłża do skrzyżowania z drogą krajową nr 79 w m. Lipsko” – nr postępowania 224/23

Numer referencyjny Zamawiającego: 224/23

Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 21 sierpnia 2023 r. Nr 2023/S 159-504547

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Konsorcjum Spółek Fabe Polska Sp. z o.o. oraz „SP” Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. działającej przez swój oddział w Polsce (dalej:

„**Odwolujący**”) jako Prezes Zarządu Lidera i w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1) i art. 515 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) (dalej jako: „**P.z.p.**”) **niniejszym wnoszę odwołanie** od niezgodnej z przepisami czynność Zamawiającego w Postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia pn. „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 747 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 9 w m. Iłża do skrzyżowania z drogą krajową nr 79 w m. Lipsko*” – nr postępowania 224/23 Numer referencyjny: 224/23 (dalej: „**Postępowanie**”) polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu- dokumentu SWZ w sposób naruszający przepisy prawa.

ZAKRES I ZARZUTY

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) P.z.p.** poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII.2.pkt 4) ppkt a) Części I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, stosując inne (pozamerytoryczne) kryteria oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy na odpowiednim poziomie jakości, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji (konkurowanie krajem prowadzenia działalności zamiast rzeczywistymi zdolnościami Wykonawcy) oraz naruszający obowiązek równego traktowania wykonawców, a w rezultacie w sposób zawężający grono potencjalnych wykonawców z pobudek nie dotyczących realnej potrzeby Zamawiającego w zakresie dopuszczenia do realizacji zamówienia wykonawców posiadających odpowiednie zdolności techniczne i kwalifikacje, którego Zamawiający dopuścił się wymagając aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu drogi publicznej rozumianej jako „*drogi określone w ustawie dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będących stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska*”, co stanowi wymaganie sprzeczne z przepisami;

WNIOSKI ODWOŁANIA

Mając na uwadze powyższe zarzuty w imieniu Odwołującego wnoszę o:

- Uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ dot. niniejszego Postępowania w następujący sposób:**

Zastąpienie dotychczasowego brzmienia przypisu pierwszego oznaczonego znakiem („*”) na stronie 12 Części I SWZ- Instrukcja dla Wykonawców aktualnie posiadającego treść:

„* Pod pojęciem drogi publicznej, Zamawiający rozumie drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 645, 760, 1193) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (GPA) i państwach będących stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.”

następującym brzmieniem:

„* Pod pojęciem drogi publicznej, Zamawiający rozumie drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 645, 760, 1193) lub drogi będące ich odpowiednikami według systemu prawnego kraju ich wykonania.”

lub też, mając na względzie, że treść SWZ jest przygotowywana przez Zamawiającego, o zmianę SWZ poprzez inne sformułowanie pkt VII.2.pkt 4) ppkt a) Części I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców, umożliwiające Wykonawcy skorzystanie z posiadanego doświadczenia zdobytego w Republice Kazachstanu i udział w Postępowaniu.

Informuję, iż zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 P.z.p. kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu czego potwierdzenie znajduje się w załączeniu.

UZASADNIENIE

WNIESIENIE ODWOŁANIA W TERMINIE

- I. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) P.z.p. termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 sierpnia 2023 r. pod nr 2023/S 159-504547.

Termin na złożenie nin. odwołania upływa zatem w dniu 31 sierpnia 2023 r. i został dochowany

INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

- II. Interes odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania stanowi interes w uzyskaniu zamówienia, której to możliwości niezgodne z przepisami działania Zamawiającego go pozbawiają. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie wykonującym różne zamówienia publiczne w zakresie budowy infrastrukturalnych w Polsce jak i poza jej granicami, w tym na rzecz Zamawiającego. Brzmienie w jakim Zamawiający ukształtował postanowienia SWZ, poza tym, że niezgodne z przepisami ustawy, nadmierne i znacząco ograniczające konkurencję w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, to również w sposób bezpośredni uniemożliwiają Odwołującemu udział w niniejszym Postępowaniu i złożenie oferty.

Z uwagi na powyższe, poza interesem ogólnym w zakresie tego aby działania Zamawiającego były zgodne z prawem, interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ wynika z tego, że Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – do wykonania zamówienia publicznego z wymiernym efektem gospodarczym.

STAN FAKTYCZNY

- III. Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2023 r. dokonał ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego przetargu nieograniczonego na realizację „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 747 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 9 w m. Iłża do skrzyżowania z drogą krajową nr 79 w m. Lipsko” udostępniając Specyfikację Warunków Zamówienia.

W ramach warunków jakie muszą spełniać Wykonawcy, którzy chcą ubiegać się o udzielenie zamówienia (w pkt VII.2 pkt 4) ppkt a) Części I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający określił, iż wymaga aby Wykonawca:

- a) **wykonał w ciągu ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:**

co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie / przebudowie / budowie drogi publicznej* o wartości nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł brutto każda.

Z kolei wyjaśniając pojęcie „drogi publicznej” Zamawiający określił, że:

* Pod pojęciem drogi publicznej, Zamawiający rozumie drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 645, 760, 1193) lub drogi będące ich odpowiednikami w państwach Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i państwach będącymi stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska.

- IV. Mając na względzie literalne brzmienie ww. zapisów, Zamawiający określa, iż wymaga aby Wykonawca legitymował się wykonaniem robót budowlanych polegających na rozbudowie/ przebudowie/ budowie drogi publicznej o określonej charakterystyce, rozumianej jako drogi określone w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych lub drogi będące ich odpowiednikami **w państwach** Unii Europejskiej, państwach będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (GPA) i państwach będących stronami umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska. **A contrario, drogi nie określone w polskiej ustawie lub będące ich odpowiednikami drogi w wylistowanych powyżej państwach, wedle literalnego brzmienia zapisu nie zostałyby uznane za spełniające definicję „drogi publicznej” stosując literalną wykładnię zapisów SWZ.**

UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

- V. Zgodnie z art. 112 ust. 1 P.z.p. Zamawiający jest zobligowany do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób:
- Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia
 - Umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy

Z kolei w świetle art. 116 ust. 1 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego doświadczenia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Natomiast zgodnie z art. 16 pkt 1) oraz 3) P.z.p. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób proporcjonalny.

- VI. Powyższe normy przesądzają, iż Zamawiający nie może kształtować warunków udziału w postępowaniu w sposób:
- nie pozostający w adekwatnym (proporcjonalnym) związku do przedmiotu zamówienia;
 - określając inne kryteria „eliminacji” określonych wykonawców (np. ze względu na państwo prowadzenia przez nich głównej działalności) niż rzeczywiście pozwalające na ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
 - przewidujący, że Wykonawcy nie są równo traktowani z przyczyn, które nie mają żadnego związku z dbałością o należyłą jakość wykonania zamówienia (np. ze względu na państwo w którym zdobywali doświadczenie);
 - powodujący ograniczenie konkurencji z przesłanek (przyczyn) innych niż zapewnienie aby udział w realizacji zamówienia wziął wykonawca dający rękojmię należytego wykonania zobowiązania.
- VII. Konsorcjum firm Odwołującego realizuje z powodzeniem liczne zamówienia publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale także w innych państwach. Co więcej, ukończyło należycie kilka zadań na rzecz Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz kontynuuje realizację innych. W zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, Konsorcjum bazuje na doświadczeniu Partnera „SP „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o., który prowadzi działalność w zakresie usług budowlanych głównie na terytorium Republiki Kazachstanu i tam realizował główne projekty składające się na jego doświadczenie zawodowe, m. in. projekty, których Odwołujący zamierzał użyć jako spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie doświadczenia.
- VIII. Republika Kazachstanu **nie jest** państwem należącym do Unii Europejskiej, ani państwem będącym stroną „Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych” lub państwem będącym stroną „umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska” (w ww. zakresie).
- Prowadzi to do wniosku, że w świetle dokumentacji postępowania, szczególnie pkt VII.2 pkt 4) ppkt a) Części I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców, jakkolwiek droga publiczna wykonana przez „SP „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. na terytorium Republiki Kazachstanu, **nie byłaby uznana za „drogę publiczną”**, a w konsekwencji doświadczenie Partnera nie mogłoby zostać wykorzystane.
- IX. Podkreślić przy tym należy, że ten brak możliwości wykorzystania doświadczenia nie wynika z przesłanek uzasadnionych przedmiotem zamówienia. Z punktu widzenia oceny zdolności do realizacji podobnych projektów infrastrukturalnych nie ma znaczenia w jakim kraju doświadczenie było realizowane. W tym zakresie znaczenie mógłby mieć jedynie rodzaj danego projektu, jego parametry, zakres zrealizowanych zadań.

Zamawiający tak określając SWZ ograniczył a *limine* możliwość wykorzystania doświadczenia zdobytego w większości krajów, niezależnie od tego o jakich projektach mowa. Nie można ich wykorzystać nawet gdyby dotyczyły realizacji znacznie bardziej skomplikowanych technicznie/inżynierskich obiektów niż stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia, do których realizacji wymagane byłyby znacznie większe kwalifikacje i zdolności techniczne wykonawcy.

- X. Co więcej, jak sam Zamawiający winien zauważyć na przykładzie własnej współpracy z Odwołującym, który wykorzystał doświadczenie zdobyte w Republice Kazachstanu w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego (ale także innych Zamawiających), a następnie z sukcesem zrealizował zadania w Polsce, kraj uzyskania tego doświadczenia nie przekłada się na rzeczywiste zdolności danego wykonawcy.
- XI. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji (zob. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 112).

Jak wskazuje m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2010 r. (KIO/UZP 1862/09) zachowujący aktualność również w obecnym stanie prawnym, „Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”

- XII. Natomiast analogicznym do niniejszej sprawy problemem zajmowała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2021 r. w sprawie KIO 418/21, a następnie Sąd Okręgowy w Warszawie na skutek wniesionego odwołania (wyrok z dnia 2 lipca 2021 r. sygn. akt. XIII Zs 44/21). Sprawa dotyczyła zakreślenia przez Zamawiającego wymagania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu zdolności technicznej i kwalifikacji- doświadczenia, zdobytego w ramach realizacji podobnych do zamawianego zadań, ale wyłącznie na terytorium Unii Europejskiej. Zarówno Izba jak i Sąd Okręgowy, uznały że taki warunek należy uznać za „nieproporcjonalny, nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminujący z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”. Zamawiający nie ma bowiem podstaw, aby wymagać się doświadczenia zdobytego wyłącznie na terytorium UE. Przy rozpoznawaniu ww. sprawy Izba oraz Sąd skupiały się na analizie czy istnieją jakiegokolwiek argumenty uzasadniające takie różnicowanie pochodzenia doświadczenia z perspektywy

konieczności zapewnienia, że zamówienie wykona wykonawca należycie do tego przygotowany i nie dopatrzyły się takich argumentów. Takich okoliczności brak również w niniejszym postępowaniu.

W niniejszej sprawie, o należywym przygotowaniu (doświadczeniu) do realizacji kwestyjnego zamówienia, decyduje doświadczenie danego wykonawcy w realizacji podobnych zamówień, natomiast bez znaczenia pozostaje w jakim państwie zamówienia te były realizowane. Z tej perspektywy wskazane wymaganie należy uznać za bezpodstawne, nadmierne i niezgodne z przepisami ustawy.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

z poważaniem,

podpisano elektronicznie
Fatih Budan
Prezes Zarządu Lidera

Załączniki:

- 1. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania dla Lidera wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
- 2. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS Lidera;*
- 3. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS Partnera;*
- 4. Dowód wysłania odpisu odwołania do Zamawiającego;*
- 5. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.*