

Warszawa, dnia 14 lutego 2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**Ul. Postępu 17A**  
**02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**

**Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**  
**z siedzibą w Warszawie**  
**ul. Postępu 18A**  
**02-676 Warszawa**

**Numer KRS: 0000288135**

**Numer telefonu: 22 570 44 50**

**Adres poczty elektronicznej: [biuro@aldesa.pl](mailto:biuro@aldesa.pl)**

**Reprezentowany przez:**

**Pablo Caballo**

**Adres do korespondencji:**

**Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o**

**Ul. Postępu 18A**

**02-676 Warszawa**

**e-mail: [pcaballo@aldesa.pl](mailto:pcaballo@aldesa.pl)**

**Nr tel: 668046756**

**Zamawiający:**

**1. Miasto Poznań**

**z siedzibą w Poznaniu, ul. Plac Kolegiacki 17,**

**61-841 Poznań**

**NIP 2090001440**

**REGON: 631257822**

**Reprezentowany przez:**

**Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o**

**z siedzibą w Poznaniu**

**ul. Plac Wiosny Ludów 2**

**61-831 Poznań**

**Numer KRS: 0000503225**

**Numer telefonu: +48 618842010**

**Adres poczty elektronicznej:**

**[sekretariat@pim.poznan.pl](mailto:sekretariat@pim.poznan.pl)**

**2. AQUANET S.A**

**z siedzibą w Poznaniu**

**ul. Dolna Wilda 126**

**61-492 Poznań**

**Numer KRS: 0000234819**

**Reprezentowany przez:**

**Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o**

**z siedzibą w Poznaniu**

**ul. Plac Wiosny Ludów 2**

61-831 Poznań  
Numer KRS: 0000503225  
Numer telefonu: +48 618842010  
Adres poczty elektronicznej:  
sekretariat@pim.poznan.pl

**Przedmiot Zamówienia:** wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka” – Zakres 3”

**Numer ogłoszenia:** PIM/01/22/ZP5/2021-231

## **ODWOŁANIE**

Niniejszym, działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. ze zm. -, Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24) w imieniu spółki Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Odwołującym” lub „Wykonawcą”) (pełnomocnictwo wraz z odpisem z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem dokonania zapłaty opłaty skarbowej – w załączeniu) wnoszę odwołanie na czynność Zamawiających podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej.

### **I. Wskazanie przepisów, które naruszyli Zamawiający:**

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszyli przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. ze zm. -, Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24), zwanej dalej „Ustawą”, a w szczególności:

- 1. Przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy** poprzez umieszczenie w SWZ – IDW wymogów dotyczących doświadczenia osoby kierowanej na stanowisko kierownika budowy w sposób zbyt szeroki i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiających, co może doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców i co narusza zasadę proporcjonalności, a także może uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Ustawy;
- 2. Przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy** poprzez umieszczenie w SWZ – IDW wymogów dotyczących doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji robot dotyczących wykonania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych przy zastosowaniu konkretnych technologii wskazanych w SWZ- IDW w sposób zbyt szeroki i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiających, co może doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców i co narusza zasadę proporcjonalności, a także może uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Ustawy;

3. **Przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy** poprzez umieszczenie w SWZ – IDW wymogów dotyczących wymogu skierowania do realizacji zadania co najmniej dwóch osób z doświadczeniem w stosowaniu Metodyki BIM, co może doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców i co narusza zasadę proporcjonalności, a także może uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Ustawy;

II. **Wskazanie żądań Odwołującego:**

1. **uwzględnienie odwołania w całości oraz**
2. **nakazanie Zamawiającym dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy oraz wymogów dotyczących zespołu osób kierowanych przez Wykonawcę do realizacji projektu, wymagań doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji sieci wodociągowej i kanalizacyjnej przy użyciu konkretnych technologii oraz w zakresie wymogów co do skierowania do realizacji prac osób posiadających doświadczenie w zakresie metodyki BIM oraz wymogu realizacji Dokumentacji Wykonawcy przy użyciu metodyki BIM poprzez:**
  - a) **wykreślenie w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 1) litera d) drugi znak kwadrat punkt (1) litery d. o brzmieniu: „doświadczenie min. 18-miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury”.**
  - b) **Umieszczenie w Uwagach na stronie 15 SDW-IDW uwagi o numerze 7 o brzmieniu: „- jedna z osób z zespołu posiadać musi doświadczenie min. 18-miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury”**
  - c) **Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 1) litera d) drugi znak kwadrat punkt (1) litera c), następującym tekstem:**  
**„doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robot przy realizacji co najmniej zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć należy uzyskani pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie**

zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy wraz z nawierzchnią drogową o długości minimum 300,00 m. o wartości robót minimum 30.000.000,00 PLN brutto każda z robót”.

- d) Wykreślenie w SWZ – IDW w Rozdziale VIII Ustęp 2 punkt 1) litera d) kwadrat pierwszy punkt 4 i 5;
  - e) Wykreślenie w SWZ – IDW – w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 12 i 13)
  - f) Wykreślenie w SWZ – IDW – w Rozdziale XV ustęp 1 litery d) oraz ustępu 5
  - g) Wykreślenie Załącznika nr 4 do Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB) – Wymagań Metodyki BIM;
  - h) Zmianę w projektowanych postanowieniach Umowy – w Paragrafie 1 punkt 4) poprzez wykreślenie z definicji Dokumentów Wykonawcy fragmentu „metodyka BIM opisaną w załączniku nr 4 do specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB)”.
  - i) Zmianę w projektowanych postanowieniach Umowy – w Paragrafie 10 ustęp 7 punkt 13 i 14.
  - j) Wykreślenie zapisów dotyczących metodyki BIM w dokumentacji przetargowej;
3. zasądzenie na rzecz Wykonawcy od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.
4. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści odwołania:
- a) SIWZ postępowania prowadzonego przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania dotyczące kierownika budowy przewidziane przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne, gdyż w innych postępowaniach o podobnym charakterze nie są przewidziane na takim poziomie;
  - b) SIWZ postępowania prowadzonego przez Tramwaje Śląskie S.A i Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania dotyczące kierownika budowy przewidziane przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne, gdyż w innych postępowaniach o podobnym charakterze nie są przewidziane na takim poziomie;
  - c) .SIWZ postępowania prowadzonego przez Miasto Gorzów Wielkopolski – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania dotyczące kierownika budowy przewidziane przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt

rygorystyczne, gdyż w innych postępowaniach o podobnym charakterze nie są przewidziane na takim poziomie;

- d) SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Miasta Gorzowa Wielkopolskiego – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania w zakresie doświadczenia w realizacji prac przy zastosowaniu konkretnych technologii przewidzianych przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne,
- e) .SIWZ postępowania prowadzonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania w zakresie doświadczenia w realizacji prac przy zastosowaniu konkretnych technologii przewidzianych przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne,
- f) SIWZ postępowania prowadzonego przez Miasto Poznań, Aquanet S.A, Veolia Energia Poznań S.A oraz Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o.– w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania w zakresie doświadczenia w realizacji prac przy zastosowaniu konkretnych technologii przewidzianych przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne,
- g) SIWZ postępowania prowadzonego przez Gminę Wrocław– w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania w zakresie doświadczenia w realizacji prac przy zastosowaniu konkretnych technologii przewidzianych przez Zamawiających w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne,.
- h) wydruk ze strony <https://terlan.pl/oferta/bezwykopowe-renowacje-sieci/> - w załączeniu – na potwierdzenie faktu, iż spółka zależna od jednego z Zamawiających posiada w swej ofercie prowadzenie prac przy użyciu technologii wymaganych przez Zamawiających w SWZ – IDW, co powoduje, iż znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji w przypadku złożenia oferty.
- i) wydruk ze strony <https://www.aquanet.pl/o-firmie/informacje-o-spolce/> - w załączeniu – na potwierdzenie faktu, iż spółka Terlan jest spółką zależną jednego z Zamawiających;

### **III. Termin na wniesienie odwołania**

Stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 1) Ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W przedmiotowym stanie faktycznym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 02/02/2022r.

Stosownie zaś do przepisu art. 509 ustęp 2 Ustawy „Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”.

A zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione w wymaganym ustawowym terminie.

#### IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez Zamawiających postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności normami prawa zamówień publicznych zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiających powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

#### UZASADNIENIE

##### **1. W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy w zakresie wymagań dotyczących doświadczenia osoby kierowanej na stanowisko Kierownika Budowy:**

W Specyfikacji Warunków Zamówienia – IDW (dalej jako: „SWZ - IDW”) w Rozdziale VIII – Kwalifikacja Podmiotowa Wykonawców Zamawiający wskazali m.in. wymagania dotyczące wymogu skierowania przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia kierownika budowy, spełniającego przewidziane warunki dotyczące doświadczenia. Poniżej Odwołujący przytacza ww. zapis SWZ – IDW:

„ (1) Kierownika Budowy – posiadającego:

- a. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń,
- b. min. staż zawodowy – minimum 5-letnie doświadczenie w nadzorowaniu /kierowaniu robotami budowlanymi,
- c. doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy wraz z nawierzchnią drogową o długości minimum 300,00 m. obejmujących budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego, chodników, sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych – o wartości robót minimum 30.000.000,00 PLN brutto każda z robót;
- d. doświadczenie min. 18-miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,”

Zamawiający przewidzieli zatem w SWZ – IDW wymóg posiadania przez Kierownika Budowy uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimalny staż zawodowy wynoszący minimum 5 lat doświadczenia w nadzorowaniu/kierowaniu

robotami budowlanymi. Jednocześnie Zamawiający przewidzieli bardzo szeroki zakres prac, w prowadzeniu których osoba na stanowisku Kierownika Budowy musi mieć doświadczenie- obejmuje on zarówno budowę lub przebudowę drogi lub ulicy wraz z nawierzchnią drogową o długości minimum 300 m, obejmujących budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego, ale także chodników, sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych. Jednocześnie Zamawiający wymagają od tej samej osoby doświadczenia minimum 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Należy wskazać, iż takie wymagania Zamawiających znacznie ograniczają udział Wykonawców w postępowaniu przetargowym. Możliwa bowiem w praktyce jest sytuacja, gdy Kierownik Budowy prowadził skomplikowany projekt drogowy wielobranżowy, nawet o znacznie wyższej wartości niż wymagana przez Zamawiających w przedmiotowym postępowaniu przetargowym kwota w wysokości 30 000 000,00 złotych brutto, ale taki, który swoim zakresem nie uwzględniał chodników, sieci wodociągowej, czy telekomunikacyjnej. Przy wyżej wskazanych zapisach SWZ – IDW taka osoba nie może wykazać się wymaganym doświadczeniem, co nie oznacza, że nie jest przygotowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy na przedmiotowym projekcie i nie mogłaby zagwarantować należytego wykonania przez Wykonawcę Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający w SWZ –IDW wskazują na konieczność wskazania przez Wykonawcę także osób na inne stanowiska: kierownika robót w specjalności drogowej, kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, kierownika robót w specjalności torowej, kierownika robót w specjalności instalacyjnej (w zakresie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej), kierownika robót w specjalności instalacyjnej (w zakresie sieci ciepłowniczej), kierownika robót w specjalności instalacyjnej (w zakresie sieci gazowej), kierownika robót w specjalności instalacyjnej elektrycznej i elektroenergetycznej, kierownika robót w specjalności instalacyjnej elektrycznej i elektroenergetycznej (zakres sieci trakcyjnej), kierownika robót w specjalności teletechnicznej, kierownika robót terenów zielonych, koordynatora BIM, Menagera BIM. A zatem oprócz kierownika budowy Wykonawca posiadać musi zespół złożony z dziesięciu osób uprawnionych do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie – dedykowanych do konkretnych branż. Należy podkreślić, iż Zamawiający przewidzieli w SWZ – IDW zakaz łączenia ww. funkcji przez tę samą osobę, za wyjątkiem kierowników robot branży sanitarnej oraz za wyjątkiem kierowników branży elektrycznej i elektroenergetycznej, co oznacza, iż Wykonawca będzie musiał posiadać zespół, składający się co najmniej z ośmiu osób (wraz z kierownikiem budowy), posiadających stosowne uprawnienie do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie. Należy podkreślić, iż w zakresie doświadczenia wymaganego od osób na stanowiska kierowników robót znajdują się zakresy: chodników (kierownik robót w specjalności drogowej), sieci podziemne (kierownik robót w specjalności drogowej), budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego długości co najmniej 500 m wraz z trakcją (kierownik robót w specjalności torowej), sieci wodociągowe, sanitarne, deszczowe (kierownik robót w specjalności instalacyjnej – sieci wodociągowe, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna), sieci ciepłowniczej (kierownik robót w specjalności instalacyjnej – sieć ciepłownicza), sieci gazowej (kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowej), sieci elektrycznej i elektroenergetycznej (kierownik robót w specjalności instalacyjnej

elektrycznej i elektroenergetycznej), sieci trakcyjnej (kierownik robót w specjalności elektrycznej i elektroenergetycznej – zakres sieci trakcyjnej), sieci telekomunikacyjnej (kierownika robót w specjalności teletechnicznej)). Powyższe oznacza, iż zakresy te będą nadzorowane przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia i doświadczenia, gwarantujące odpowiednią jakość ich wykonania. W związku z powyższym, umieszczanie wymogu doświadczenia w ich zakresie w wymogach dotyczących kierownika budowy jest wymogiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, mogącym ograniczać możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym. Jak bowiem wskazano powyżej dany kandydat na stanowisko kierownika budowy mógł realizować duże inwestycje drogowe, nie obejmujące wszystkich ww. elementów o mniejszej wadze.

Jednocześnie Zamawiający wymagają min. 18 – miesięcznego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury od kierownika budowy. Takie wymaganie, a brak możliwości, aby takim doświadczeniem wykazał się na przykład jeden z kierowników robót stanowi wymaganie nadmierne i nieuzasadnione, ograniczające możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Tymczasem, w praktyce rynkowej trudno jest znaleźć osoby, które realizowały projekt tramwajowy z koniecznością realizacji prac na obiektach zabytkowych. Powyższe oznacza, że tak szeroki zakres wymagań dotyczących osoby na stanowisku kierownika budowy znacznie ogranicza konkurencyjność i zasadę równego traktowania wykonawców, a jednocześnie nie jest proporcjonalny i uzasadniony, gdyż także pozostałe osoby wymagane do zespołu na podstawie SWZ – IDW posiadające odpowiednie uprawnienia budowlane mogłyby zapewnić odpowiedni nadzór i wykonanie prac przy zabytkach oraz należytą ich jakość, gdyby Zamawiający przewidzieli wymóg takiego doświadczenia także w przypadku innych stanowisk a nie jedynie w przypadku kierownika budowy.

Należy podkreślić iż, ten sam podmiot (Miasto Poznań) ogłosił i realizuje bardzo podobny projekt – Przebudowę Ronda Rataje. Oba Projekty (Rondo Rataje oraz projekt, którego dotyczy niniejsze odwołanie) stanowią projekty wielobranżowe, oba znajdują się w Poznaniu, oba są prowadzone przez ten sam podmiot, oba obejmują prace drogowe – tramwajowe przy dopuszczeniu na placu budowy ruchu pieszego, tramwajowego i kołowego a jedyną różnicą jest kwestia prowadzenia prac przy obiektach zabytkowych. Tymczasem w przypadku tamtego postępowania ( Rondo Rataje) wymagania dotyczące stanowiska kierownika budowy są o wiele mniej restrykcyjne i łatwiejsze do spełnienia. Poniżej Odwołujący przytacza wymagania z tamtego postępowania przetargowego:

**g) Kierownik budowy/Kierownik robót drogowych:**

- uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej zgodnie z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy / kierownika robót drogowych,
- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy podczas realizacji co najmniej: 2 robót budowlanych polegających na budowie nowej drogi/ulicy lub rozbudowie lub przebudowie istniejącej drogi/ulicy o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji
- gdzie długość wykonanej drogi / ulicy jest nie mniejsza niż 1 km (każda).

Także w przypadku innych postępowań przetargowych prowadzonych przez różne podmioty publicznoprawne, obejmujących prace torowe wymagania dotyczące kierowników budowy nie były



formułowane tak rygorystycznie, co świadczy o tym, iż zapisy znajdujące się w SWZ – IDW, stanowiące przedmiot niniejszego odwołania nie są standardowo stosowane w postępowaniach przetargowych.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Tramwaje Śląskie S.A i Zarząd Dróg i Mostów w Chorzowie – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Miasto Gorzów Wielkopolski – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 116 ustęp 1 Ustawy w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Jednak Zamawiający zobowiązany jest do określania warunków dotyczących udziału w postępowaniu zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Ustawy, m.in. z przepisem art. 16 Ustawy oraz art. 112 ustęp 1 Ustawy.

Stosownie do przepisu art. 16 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2)przejrzysty;
- 3)proporcjonalny.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 112 Ustawy „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Należy podkreślić, iż na podstawie powyżej przytoczonych bezwzględnie obowiązujących przepisów Ustawy Zamawiający jest **zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.** Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie zbyt rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 2194/21 podkreślono, iż: „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.”

Podobne stanowisko znalazło się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1163/21, w którym wskazano, iż „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 rękojmi 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”.

Krajowa Izba Odwoławcza wyroku z dnia 26 maja 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1322/21 wskazała, iż „Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. **Warunki udziału powinny być określone na minimalnym** tj. **poziomie**, nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.”

Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 roku w sprawie o sygnaturze KIO 938/14 „Warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie oznacza to jednak, że warunki, które stanowią o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, mają być identyczne co do zakresu czy wartości z przedmiotem zamówienia.” W wyroku tym podkreślono, iż „Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną

*równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania". W sprawie tej wskazano, iż „Dążenie zamawiającego do wyboru jednego wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w sposób kompleksowy, tj. przez dostarczenie urządzeń wraz z ich serwisem, polegającym nie tylko na wymianie i naprawie, a także dostawie materiałów eksploatacyjnych, jest uzasadnione. Jednak dotychczas na rynku zrealizowano zaledwie kilka umów o charakterze kompleksowym (obejmującym dostawę drukarek, ich serwis polegający na wymianie i naprawie, a także dostawę materiałów eksploatacyjnych) – okoliczność ta powoduje, że wymóg polegający na zdefiniowaniu pojęcia "usług serwisowych", obejmujących obok wymiany i naprawy także dostawę materiałów eksploatacyjnych, jest nadmierny i w efekcie prowadzi do ograniczenia konkurencji."*

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex): „Określenie warunków podmiotowych musi ponadto polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień, np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze, do przedmiotu udzielanego zamówienia. Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych<sup>247</sup>. Kluczowe jest umożliwienie przez warunek udziału oceny zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, z zachowaniem proporcjonalności”.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w przepisie art. 16 Ustawy oraz przepisie art. 112 ustęp 1 Ustawy, a także w zgodności z przepisami tej Ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez Zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca lub uniemożliwia wykonawcom uczestniczenie w takim postępowaniu.

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex) „Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania”. Z taką sytuacją, z przyczyn opisanych powyżej, mamy do czynienia w przypadku przedmiotowych wymagań SWZ, będących przedmiotem niniejszego odwołania.

Należy wskazać, iż stosownie do poglądów przedstawicieli doktryny nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskiwałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie – ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione. Taka sytuacja, z przyczyn opisanych powyżej, ma miejsce w przypadku wymagań przewidzianych w SWZ dotyczących stanowiska kierownika budowy.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż Zamawiający dopuścili się w przypadku przywołanych zapisów SWZ- IDW naruszenia art. 16 oraz art. 112 Ustawy.

Wobec powyższego, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającym dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia osoby na stanowisko kierownika budowy oraz wymogów dotyczących zespołu osób kierowanych przez Wykonawcę do realizacji projektu poprzez:

- a) wykreślenie w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 1) litera d) drugi znak kwadrat punkt (1) litery d. o brzmieniu: „doświadczenie min. 18-miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych

do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury”.

- b) Umieszczenie w Uwagach na stronie 15 SDW-IDW uwagi o numerze 7 o brzmieniu: „- jedna z osób z zespołu posiadać musi doświadczenie min. 18-miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury”
- c) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 1) litera d) drugi znak kwadrat punkt (1) litera c), następującym tekstem:  
„doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robot przy realizacji co najmniej zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć należy uzyskani pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy wraz z nawierzchnią drogową o długości minimum 300,00 m. o wartości robót minimum 30.000.000,00 PLN brutto każda z robót”.

Na marginesie wskazuję, iż na skutek odwołania Odwołującego dotyczącego identycznego wymagania Zamawiających w przetargu także dotyczącym budowy trasy tramwajowej w Poznaniu Zamawiający uznali odwołanie w całości – chodzi o sprawę o sygnaturze KIO 129/22.

## **2. W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy w zakresie wymagań dotyczących doświadczenia Wykonawcy:**

W Specyfikacji Warunków Zamówienia – IDW (dalej jako: „SWZ - IDW”) w Rozdziale VIII – Kwalifikacja Podmiotowa Wykonawców Zamawiający wskazali m.in. wymagania dotyczące wymaganego doświadczenia Wykonawcy – jego zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający umieścili następujące zapisy w SWZ – IDW:

*„(4) roboty budowlane polegające na remoncie (renowacji) sieci kanalizacyjnej o długości minimum 100,00 m, w technologii rękawów utwardzanych w miejscu wbudowania (CIPP) o średnicy minimum DN 300 lub równoważnej w przypadku innych przekrojów wewnętrznych kanałów;*

*(5) roboty budowlane polegające na remoncie (renowacji) sieci wodociągowej o długości minimum 100,00 m w technologii „rura w rurę” („relining” lub „swagelining”), o średnicy minimum DN 300”*

Jednocześnie Zamawiający umieścił następujące wymagania co do zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy:

*(2) roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej o średnicy minimum DN300 i o długości minimum 100,00 m,*

*(3) roboty budowlane polegające na budowie sieci kanalizacyjnej o średnicy minimum DN300 i o długości minimum 100,00 m.”*

Wykonawca wskazuje, iż wymagania wskazane w punkcie 4 i 5 wymagań co do zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawców przewidują konkretną technologię – technologię rękawów utwardzanych w miejscu wbudowania (CIPP) o średnicy minimum DN 300 lub równoważnej w przypadku innych przekrojów wewnętrznych kanałów oraz technologię „rura w rurę” („relining” lub „swagelining”). Należy podkreślić, iż wskazane przez Zamawiających technologie są niezwykle specjalistyczne.

Należy wskazać, iż takie wymagania Zamawiających znacznie ograniczają udział Wykonawców w postępowaniu przetargowym. Możliwa bowiem w praktyce jest sytuacja, gdy Wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie w zakresie wskazanym w punkcie 2 i 3 wymagań dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej – tj. w zakresie robót budowlanych polegających na budowie sieci wodociągowej oraz kanalizacyjnej o średnicy minimum DN300 i o długości minimum 100,00 m, która jednak nie była realizowana przy użyciu tych konkretnych technologii wymaganych przez Zamawiających w przedmiotowym postępowaniu przetargowym – tj. technologii rękawów utwardzanych w miejscu wbudowania (CIPP) oraz technologii „rura w rurę” (relining lub swagelining). Przy wyżej wskazanych zapisach SWZ – IDW taki Wykonawca nie może wykazać się wymaganym doświadczeniem, co nie oznacza, że nie jest przygotowany do wykonania robót budowlanych polegających na budowie sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej. Należy podkreślić, iż roboty te stanowią jedynie część planowanej przez Zamawiających inwestycji a nie główny zakres Przedmiotu Umowy.

Także w przypadku innych postępowań przetargowych prowadzonych przez różne podmioty publicznonprawne, obejmujących prace torowe wymagania dotyczące zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy w zakresie budowy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej nie były formułowane tak szczegółowo, przy wskazywaniu konkretnych technologii prowadzenia prac, co świadczy o tym, iż zapisy znajdujące się w SWZ – IDW, stanowiące przedmiot niniejszego odwołania nie są standardowo stosowane w postępowaniach przetargowych.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Miasta Gorzowa Wielkopolskiego – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Miasto Poznań, Aquanet S.A, Veolia Energia Poznań S.A oraz Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o.– w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** SIWZ postępowania prowadzonego przez Gminę Wrocław – w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

Wykonawca wskazuje, iż takie wymagania budzą wątpliwości także ze względu na fakt, iż podmiot, będący spółką zależną od jednego z Zamawiających – spółka Terlan Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w swojej ofercie posiada wykonywanie prac właśnie przy użyciu ww. technologii, co powoduje, iż w przypadku chęci złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest na uprzywilejowanej pozycji.

**Dowód:** wydruk ze strony <https://terlan.pl/oferta/bezwykopowe-renowacje-sieci/> - w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

**Dowód:** wydruk ze strony <https://www.aquanet.pl/o-firmie/informacje-o-spolce/> - w załączeniu – na potwierdzenie powyższego.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 116 ustęp 1 Ustawy w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Jednak Zamawiający zobowiązany jest do określania warunków dotyczących udziału w postępowaniu zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Ustawy, m.in. z przepisem art. 16 Ustawy oraz art. 112 ustęp 1 Ustawy.

Stosownie do przepisu art. 16 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2)przejrzysty;

3)proporcjonalny.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 112 Ustawy „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Należy podkreślić, iż na podstawie powyżej przytoczonych bezwzględnie obowiązujących przepisów Ustawy Zamawiający jest **zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.** Naruszeniem zasady uczciwej

konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie zbyt rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 2194/21 podkreślono, iż: „*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 rękoi 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.*”

Podobne stanowisko znalazło się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1163/21, w którym wskazano, iż „*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 rękoi 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*”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1322/21 wskazała, iż „*Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. **Warunki udziału powinny być określone na minimalnym** tj. **poziomie**, nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.*”



Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 roku w sprawie o sygnaturze KIO 938/14 „Warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie oznacza to jednak, że warunki, które stanowią o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, mają być identyczne co do zakresu czy wartości z przedmiotem zamówienia.” W wyroku tym podkreślono, iż „Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania”. W sprawie tej wskazano, iż „Dążenie zamawiającego do wyboru jednego wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w sposób kompleksowy, tj. przez dostarczenie urządzeń wraz z ich serwisem, polegającym nie tylko na wymianie i naprawie, a także dostawie materiałów eksploatacyjnych, jest uzasadnione. Jednak dotychczas na rynku zrealizowano zaledwie kilka umów o charakterze kompleksowym (obejmującym dostawę drukarek, ich serwis polegający na wymianie i naprawie, a także dostawę materiałów eksploatacyjnych) – okoliczność ta powoduje, że wymóg polegający na zdefiniowaniu pojęcia "usług serwisowych", obejmujących obok wymiany i naprawy także dostawę materiałów eksploatacyjnych, jest nadmierny i w efekcie prowadzi do ograniczenia konkurencji.”

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex): „Określenie warunków podmiotowych musi ponadto polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień, np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze, do przedmiotu udzielanego zamówienia . Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych<sup>247</sup>. Kluczowe jest umożliwienie przez warunek udziału oceny zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, z zachowaniem proporcjonalności”.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w przepisie art. 16 Ustawy oraz przepisie art. 112 ustęp 1 Ustawy , a także w zgodności z

przepisami tej Ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez Zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca lub uniemożliwia wykonawcom uczestniczenie w takim postępowaniu.

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex) „*Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania*”. Z taką sytuacją, z przyczyn opisanych powyżej, mamy do czynienia w przypadku przedmiotowych wymagań SWZ, będących przedmiotem niniejszego odwołania.

Należy wskazać, iż stosownie do poglądów przedstawicieli doktryny nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie – ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione. Taka sytuacja, z przyczyn opisanych powyżej, ma miejsce w przypadku wymagań przewidzianych w SWZ dotyczących doświadczenia Wykonawcy w realizacji prac dotyczących sieci wodociągowej i kanalizacyjnej konkretnymi technologiami wskazanymi przez Zamawiających.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż Zamawiający dopuścili się w przypadku przywołanych zapisów SWZ- IDW naruszenia art. 16 oraz art. 112 Ustawy.

Wobec powyższego, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającym dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia Wykonawcy – zdolności technicznych lub zawodowych poprzez:

- a) Wykreślenie w SWZ – IDW w Rozdziale VIII Ustęp 2 punkt 1) litera d) kwadrat pierwszy punkt 4 i 5;

**3. W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 16 Ustawy oraz przepisu art. 112 Ustawy w zakresie wymagań dotyczących doświadczenia Wykonawcy i skierowania do realizacji Inwestycji co najmniej dwóch osób z doświadczeniem w realizacji inwestycji przy zastosowaniu metodyki BIM:**

Wykonawca wskazuje, iż Przedmiotem Umowy, która będzie zawarta przez Zamawiających z Wykonawcą wyłonionym w postępowaniu przetargowym będzie budowa trasy tramwajowej. Jest to projekt typu Buduj a nie Projektuj i Buduj, w ramach którego to Wykonawca przygotowywałby dokumentację projektową, na podstawie której realizowany by były prace budowlane. W niniejszym postępowaniu dokumentacja projektowa jest przygotowana przez podmiot działający na zlecenie Zamawiających i przekazywana Wykonawcy.

Tymczasem w SWZ – IDW w Rozdziale VIII – Kwalifikacja Podmiotowa Wykonawców Zamawiający wskazali m.in. wymagania dotyczące wymogu skierowania przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

(12) **Koordynatora BIM** – min. 1 osobą posiadającą:

a. doświadczenie szczegółowe: udział w koordynacji projektu wykonawczego wykonanego wg metodyki BIM w fazie realizacji dot. inwestycji infrastrukturalnej o wartości minimum 5.000.000,00 PLN brutto,

(13) **Managera BIM** – min. 1 osobą posiadającą:

a. wykształcenie wyższe,

b. doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera BIM i faktycznej koordynacji minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano- wykonawczego lub projektu wykonawczego w fazie realizacji dot. inwestycji infrastrukturalnej o wartości minimum 10.000.000,00 PLN brutto,

Jak wskazano w informacji zawartej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/bim-modelowanie-danych-budowlanych> BIM (Building Information Modeling) jest metodyką prowadzenia inwestycji budowlanej opartą na efektywnym wykorzystaniu informacji. Akronim BIM oznacza również cyfrowy model (Building Information Model) czyli „cyfrowego bliźniaka” obiektu budowlanego. Celem stosowania metodyki BIM jest zwiększenie efektywności oraz jakości procesu inwestycyjnego oraz obniżenie kosztów eksploatacji dzięki zastosowaniu „cyfrowego bliźniaka” jako kompletnej bazy

danych o obiekcie budowlanym. Dane są gromadzone i wykorzystywane na każdym etapie życia obiektu: od koncepcji, poprzez projektowanie, budowę, eksploatację i ewentualne przebudowy aż do rozbiórki. Metodyka BIM obejmuje wskazanie zakresu danych wykorzystywanych w całym cyklu życia obiektu oraz opisanie procesów i metod gromadzenia, przechowywania czy udostępniania tych danych ze szczególnym uwzględnieniem standaryzacji informacji. BIM jest nowoczesną cyfrową alternatywą procesów informacyjnych dotychczas opartych na dokumentacji papierowej i umożliwia efektywną współpracę wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego na etapie projektowania i realizacji inwestycji. Efektem stosowania BIM powinno być obniżenie kosztów budowy i eksploatacji obiektów budowlanych. „Cyfrowy bliźniak” ma najczęściej formę modelu 3D obiektu budowlanego zawierającego wszystkie niezbędne na danym etapie inwestycji dane lub odesłania do nich.

Wykonawca wskazuje, iż specyfika zastosowania BIM wymagać będzie od Wykonawcy w praktyce zamodelowania projektu od początku, łącznie z zakresem zaprojektowanym wcześniej przez podmiot działający na zlecenie Zamawiających a nie przez Wykonawcę. Należy wskazać, iż kontynuowanie prac na tym samym modelu przez podmiot, który pierwotnie go nie wykonywał może być znacznie utrudnione lub niemożliwe, powodując także dodatkowe koszty po stronie Wykonawcy. Najczęściej metodyka ta powinna być wymagana od Wykonawcy w projektach typu Projektuj i Buduj, gdyż to w takich projektach Wykonawca zarówno przygotowuje projekt jak i potem go realizuje, więc ma możliwość wprowadzania zmian do modelu opracowanego na etapie projektowania.

Należy podkreślić, że stosowanie metodyki BIM nie jest powszechne w firmach budowlanych. Jak można przeczytać w informacji zawartej na stronie <https://www.planradar.com/pl/stan-wdrozenia-bim-w-2021-roku-porownanie-7-krajow/> w Polsce w 2021 roku jedynie 9% firm budowlanych na rynku miało wdrożone środki umożliwiające realizację inwestycji przy użyciu metodyki BIM.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż wymaganie Zamawiających zawarte w SWZ – IDW dotyczące obowiązku skierowania przez Wykonawcę do realizacji Przedmiotu Umowy dwóch osób z doświadczeniem w metodyce BIM może ograniczyć możliwość Wykonawcy złożenia oferty i realizacji Inwestycji, pomimo doświadczenia w realizacji Inwestycji polegających na wykonaniu prac stanowiących główną część Przedmiotu Umowy.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 116 ustęp 1 Ustawy w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Jednak Zamawiający zobowiązany jest do określania warunków dotyczących udziału w postępowaniu zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Ustawy, m.in. z przepisem art. 16 Ustawy oraz art. 112 ustęp 1 Ustawy.

Stosownie do przepisu art. 16 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2)przejrzysty;

3)proporcjonalny.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 112 Ustawy „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Należy podkreślić, iż na podstawie powyżej przytoczonych bezwzględnie obowiązujących przepisów Ustawy Zamawiający jest **zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.** Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie zbyt rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 2194/21 podkreślono, iż: „*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 rękojmie jego prawidłowej realizacji.*”

Podobne stanowisko znalazło się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1163/21, w którym wskazano, iż „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 rękojmi 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”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2021 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1322/21 wskazała, iż „Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. **Warunki udziału powinny być określone na minimalnym tj. poziomie, nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.**”

Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014 roku w sprawie o sygnaturze KIO 938/14 „Warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie oznacza to jednak, że warunki, które stanowią o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, mają być identyczne co do zakresu czy wartości z przedmiotem zamówienia.” W wyroku tym podkreślono, iż „Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania”. W sprawie tej wskazano, iż „Dążenie zamawiającego do wyboru jednego wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w sposób kompleksowy, tj. przez dostarczenie urządzeń wraz z ich serwisem, polegającym nie tylko na wymianie i naprawie, a także dostawie materiałów eksploatacyjnych, jest uzasadnione. Jednak dotychczas na rynku zrealizowano zaledwie kilka umów o charakterze kompleksowym (obejmującym dostawę drukarek, ich serwis polegający na wymianie i naprawie, a także dostawę materiałów eksploatacyjnych) – okoliczność ta powoduje, że wymóg polegający na zdefiniowaniu pojęcia "usług serwisowych", obejmujących obok wymiany i naprawy także

dostawę materiałów eksploatacyjnych, jest nadmierny i w efekcie prowadzi do ograniczenia konkurencji.”

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex): „Określenie warunków podmiotowych musi ponadto polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień, np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze, do przedmiotu udzielanego zamówienia. Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych<sup>247</sup>. Kluczowe jest umożliwienie przez warunek udziału oceny zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, z zachowaniem proporcjonalności”.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w przepisie art. 16 Ustawy oraz przepisie art. 112 ustęp 1 Ustawy, a także w zgodności z przepisami tej Ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez Zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca lub uniemożliwia wykonawcom uczestniczenie w takim postępowaniu.

Jak podkreślono w Komentarzu do Ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (Lex) „*Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców. Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez*

zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania". Z taką sytuacją, z przyczyn opisanych powyżej, mamy do czynienia w przypadku przedmiotowych wymagań SWZ, będących przedmiotem niniejszego odwołania.

Należy wskazać, iż stosownie do poglądów przedstawicieli doktryny nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie – ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione. Taka sytuacja, z przyczyn opisanych powyżej, ma miejsce w przypadku wymagań przewidzianych w SWZ dotyczących doświadczenia Wykonawcy w realizacji prac dotyczących sieci wodociągowej i kanalizacyjnej konkretnymi technologiami wskazanymi przez Zamawiających.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż Zamawiający dopuścili się w przypadku przywołanych zapisów SWZ- IDW naruszenia art. 16 oraz art. 112 Ustawy.

Wobec powyższego, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającym dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących skierowania przez Wykonawcę do realizacji Inwestycji osób z doświadczeniem w stosowaniu metodyki BIM poprzez:

- a) Wykreślenie w SWZ – IDW – w Rozdziale VIII Ustęp 2 Punkt 12 i 13)
- b) Wykreślenie w SWZ – IDW – w Rozdziale XV ustęp 1 litery d) oraz ustępu 5
- c) Wykreślenie Załącznika nr 4 do Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB) – Wymagań Metodyki BIM;
- d) Zmianę w projektowanych postanowieniach Umowy – w Paragrafie 1 punkt 4) poprzez wykreślenie z definicji Dokumentów Wykonawcy fragmentu „metodyką BIM opisaną w załączniku nr 4 do specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB)”.
- e) Zmianę w projektowanych postanowieniach Umowy – w Paragrafie 10 ustęp 7 punkt 13 i 14.
- f) Wykreślenie zapisów dotyczących metodyki BIM w dokumentacji przetargowej;

Z tych względów wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i wnoszę jak w petitum.

#### Załączniki:

- 1. Odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2. KRS Odwołującego;
- 3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;



4. potwierdzenie wysłania odpisu odwołania Zamawiającym wraz z odpisem pełnomocnictwa, dowodem uiszczenia opłaty skarbowej i KRS odwołującego.
5. Dowody jak w treści odwołania;