

Warszawa, dnia 23 maja 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: przetargi@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

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

Przedmiot Zamówienia:

Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie torowiska Górnego Tarasu Rataj pomiędzy skrzyżowaniem ul. Kórnickiej z Jana Pawła II, a os. Lecha, budowie przedłużenia ul. Pleszewskiej na odcinku od skrzyżowania z ul. Warczygłowy do skrzyżowania ul. Kaliskiej i Polanka (włącznie ze skrzyżowaniem) wraz z rozbudową ul. Kaliskiej na odcinku od ul. Polanka do ul. Jana Pawła II oraz przebudową fragmentu ul. Warczygłowy oraz usług związanych z wykonywanymi robotami budowlanymi w ramach Zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa trasy tramwajowej: Kórnicka – os. Lecha – rondo Żegrze wraz z budową odcinka trasy od ronda Żegrze do Unii Lubelskiej” – nazwa pełna

Wykonanie robót budowlanych w ramach Zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa trasy tramwajowej: Kórnicka – os. Lecha (Odcinek I)” - nazwa skrócona.

Numer ogłoszenia: PIM/02/22/ZP6/2014-11

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 Zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej.

I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył 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 osób kierowanych na stanowisko Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Torowych 2 w sposób zbyt szeroki i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, 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 Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Robót Torowych 2 poprzez:**
 - a) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII. Ustęp 2. Punkt 1) litera d) drugi kwadrat punkt 4), następującym tekstem:**

Kierownik robót torowych 2 – wymagania:

 - uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub z ograniczeniami w specjalności inżynierskiej kolejowej zgodne z ustawą Prawo budowlane;
 - co najmniej 60- miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy i / lub Kierownika

Robót Branży torowej i/lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych

– doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy i / lub Kierownika Robót Branży torowej i/lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto;

- b) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale XV. Ustęp 4. litera d) następującym tekstem:

osoba wskazana, jako Kierownik robót torowych 2 posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy i / lub Kierownika Robót Branży torowej i/lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych przy realizacji:

- 1 roboty budowlanej polegającej na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto (spełnienie odpowiedniego warunku udziału) – otrzyma 0 punktów;
- 2 robót budowlanych polegających na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto każda – otrzyma 2 punkty;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy poprzez:

- a) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII. Ustęp 2. Punkt 1) litera d) drugi kwadrat punkt 1), następującym tekstem:

Kierownik budowy – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej lub torowej zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej 60 - miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych;
- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych podczas realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto

- b) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale XV. Ustęp 4. litera a) następującym tekstem:

osoba wskazana, jako Kierownik budowy posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych przy realizacji:

- **1 roboty budowlanej polegającej** na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto (spełnienie odpowiedniego warunku udziału) – otrzyma 0 punktów;
- **2 robót budowlanych polegających** na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto każda – otrzyma 4 punkty

4. zasądzenie na rzecz Wykonawcy od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

5. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści odwołania:

- a) SIWZ postępowania prowadzonego przez Dyрекję Rozbudowy Miasta Gdańska – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania dotyczące Kierownika Robót Torowych 2 oraz Kierownika Budowy przewidziane przez Zamawiającego 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 Robót Torowych 2 przewidziane przez Zamawiającego 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 Robót Torowych 2 przewidziane przez Zamawiającego 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 Wrocławskie Inwestycje Sp. z o. o. – w załączeniu – na potwierdzenie, iż wymagania dotyczące Kierownika Budowy przewidziane przez Zamawiającego w SWZ – IDW są nieproporcjonalne i zbyt rygorystyczne, gdyż w innych postępowaniach o podobnym charakterze nie są przewidziane na takim poziomie;

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 11/05/2022r.

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 Zamawiającego 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 Zamawiającego 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 oraz Kierownika Robót Torowych 2:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia – IDW (dalej jako: „SWZ - IDW”) w Rozdziale VIII – Kwalifikacja Podmiotowa Wykonawców Zamawiający wskazał m.in. wymagania dotyczące wymogu skierowania przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Torowych 2, spełniających przewidziane warunki dotyczące doświadczenia. Poniżej Odwołujący przytacza ww. zapis SWZ – IDW:

„1) Kierownik budowy – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej lub torowej zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej 60 - miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy;

- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy podczas realizacji co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto każda;"

„4) Kierownik robót torowych 2 – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej zgodne z ustawą Prawo budowlane,
- co najmniej 60- miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy i / lub kierownika robót branży torowej
- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy i / lub kierownika robót branży torowej przy realizacji co najmniej 2 robót budowlanych polegających na: budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego długości co najmniej 500m wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto każda;"

Zamawiający przewidział zatem w SWZ – IDW wymóg posiadania przez Kierownika Robót Torowych 2 uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń oraz minimalny staż zawodowy wynoszący minimum 5 lat doświadczenia w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi. Dla Kierownika Budowy przewidział zaś wymóg doświadczenia jako kierownik budowy w dwóch robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto każda;"

W odniesieniu do wymagań dotyczących kierownika budowy Odwołujący wskazuje, iż:

Zamawiający przewidział bardzo szeroki zakres prac, w prowadzeniu których osoba na stanowisku Kierownika Budowy musi mieć doświadczenie - obejmuje on zarówno budowę lub rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500 m wraz z drogą /ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno – asfaltowej ale także wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej. Jednocześnie ma to być doświadczenie zdobyte jedynie jako kierownik budowy a nie na przykład kierownika robót drogowych, którego uprawnienia przewidują kierowanie wszystkimi wskazanymi powyżej robotami.

Należy wskazać, iż takie wymagania Zamawiającego znacznie ograniczają udział Wykonawców w postępowaniu przetargowym. Możliwa bowiem w praktyce jest sytuacja, gdy osoba przewidziana przez Wykonawcę na stanowisko Kierownika Budowy prowadziła skomplikowany projekt drogowy wielobranżowy, obejmujący budowę, rozbudowę lub przebudowę torowiska tramwajowego wraz z

trakcją oraz wraz z drogą/ulicą i infrastrukturą nawet o znacznie wyższej wartości niż wymagana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym kwota w wysokości 30 000 000,00 złotych brutto, lecz czyniła to jako kierownik robót drogowych z odpowiednimi uprawnieniami a nie kierownik budowy.

Przy wyżej wskazanych zapisach SWZ – IDW taka osoba nie może wykazać się wymagany 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, gdyż jako kierownik robót drogowych, czyli osoba kierująca tymi robotami w zakresie projektu budowlanego zdobywa takie samo doświadczenie jak kierownik budowy.

Zamawiający w SWZ –IDW wskazuje na konieczność wskazania przez Wykonawcę także osób na inne stanowiska: kierownika robót drogowych, kierownika robót torowych 1, kierownika robót torowych 2, kierownika robót w branży sanitarnej, kierownika robót w branży elektrycznej, kierownika robót w branży telekomunikacyjnej. A zatem oprócz kierownika budowy Wykonawca posiadać musi zespół złożony z sześciu osób uprawnionych do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie – dedykowanych do konkretnych branż. Należy podkreślić, iż Zamawiający przewidział w SWZ – IDW zakaz łączenia ww. funkcji przez tę samą osobę w przypadku kierownika budowy i kierownika robót drogowych.

Jednocześnie w przypadku wymagań dla kierownika robót drogowych Zamawiający przewidział możliwość zdobycia doświadczenia przy pełnieniu funkcji kierownika robót branży drogowej.

W związku z powyższym, umieszczanie wymogu doświadczenia zdobytego jedynie jako kierownik 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, jako kierownik robót drogowych a nie jako kierownik budowy.

Dodatkowo wskazać należy, iż wymóg doświadczenia Kierownika Budowy przy realizacji dwóch projektów też jest zbyt wysoki i nieproporcjonalny.

Podobnie w przypadku Kierownika robót torowych 2 Zamawiający zawarł w SWZ – IDW wymaganie zdobycia doświadczenia jako kierownika budowy lub kierownika robót branży torowej, pomijając możliwość zdobycia takiego doświadczenia jako Kierownik Robót Branży Kolejowej lub Inspektor Nadzoru Robót Kolejowych, podczas gdy kierownik Robót Branży Kolejowej lub Inspektor Nadzoru Robót Kolejowych zdobywają takie samo doświadczenie w zakresie robót torowych jak kierownik budowy czy kierownik robót branży torowej.

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. Tymczasem w przypadku tamtego postępowania (Rondo Rataje) wymagania dotyczące stanowiska kierownika budowy są o wiele mniej restrykcyjne i łatwiejsze

do spełnienia – w tym doświadczenie można zdobyć jako kierownik robót drogowych. 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 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 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 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 identycznych²⁴⁷. 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 stanowiska Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Torowych 2.

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

Wobec powyższego, w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu

dokonanie modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Torowych 2 poprzez:

- a) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII. Ustęp 2. Punkt 1 litera d) drugi kwadrat punkt 4), następującym tekstem:

Kierownik robót torowych 2 – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub z ograniczeniami w specjalności inżynierskiej kolejowej zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej 60- miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy i / lub Kierownika Robót Branży torowej i/lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych
- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy i / lub Kierownika Robót Branży torowej i/ lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto;

- b) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale XV. Ustęp 4. litera d) następującym tekstem:

osoba wskazana, jako Kierownik robót torowych 2 posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy i / lub Kierownika Robót Branży torowej i/ lub Kierownika Robót Branży Kolejowej i/lub Inspektora Nadzoru Robót Kolejowych przy realizacji:

- 1 roboty budowlanej polegającej na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto (spełnienie odpowiedniego warunku udziału) – otrzyma 0 punktów;
- 2 robót budowlanych polegających na: budowie, rozbudowie lub przebudowie linii kolejowej wraz z trakcją o wartości robót min. 5.000.000,00 PLN brutto każda – otrzyma 2 punkty,

- c) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale VIII. Ustęp 2. Punkt 1) litera d) drugi kwadrat punkt 1), następującym tekstem:

Kierownik budowy – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej lub torowej zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- co najmniej 60 - miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w charakterze Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych;
- doświadczenie zawodowe szczegółowe: na stanowisku Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych podczas realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto

d) Zastąpienie zapisu znajdującego się w Rozdziale XV. Ustęp 4. litera a) następującym tekstem:

osoba wskazana, jako Kierownik budowy posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika budowy i/lub Kierownika Robót Drogowych przy realizacji:

- 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto (spełnienie odpowiedniego warunku udziału) – otrzyma 0 punktów;
- 2 robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją o długości co najmniej 500m wraz z trakcją wraz z drogą / ulicą o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o wartości robót min. 30.000.000,00 PLN brutto każda – otrzyma 4 punkty

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

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo pana Jesús Javier Lamas Díaz
2. Pełnomocnictwo pana Pablo Caballo Perucha;
3. KRS Odwołującego;
4. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
5. Dowody jak w treści odwołania - SWZ CHORZOW;
6. Dowody jak w treści odwołania - SWZ GORZOW;
7. Dowody jak w treści odwołania - SWZ GDANSK;
8. Dowody jak w treści odwołania - SWZ WROCLAW;
9. Potwierdzenie wysłania odpisu odwołania Zamawiającemu