

Poznań, 09 maja 2022 r.

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

**Odwołujący: Budimex S.A.**

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

KRS: 0000001764

tel. (+48) 797 335 016

fax: (61) 811 22 07

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

**Zamawiający: Miasto Poznań**

pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań,

NIP 2090001440, REGON 631257822

w imieniu i na rzecz którego działa

**Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o.**

pl. Wiosny Ludów 2

61-831 Poznań

KRS 0000503225, REGON 302689539, NIP 783 171 14 86

tel.: (61) 884 20 10, 61 884 20 11,

e-mail: [sekretariat@pim.poznan.pl](mailto:sekretariat@pim.poznan.pl)

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.:  
**„Wykonanie prac budowlanych wraz z opracowaniem projektów wykonawczych Zadania Inwestycyjnego pn.: „Budowa kładki pieszo-rowerowej nad rzeką Wartą oraz Cybiną pomiędzy Berdychowem, Ostrowem Tumskim oraz Chwaliszewem”**

Znak sprawy u Zamawiającego: **PIM/04/22/ZP25/2016-86**

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **2022/S 082-220006**

## ODWOŁANIE

Działając na podstawie 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 Budimex S.A. (zwaną dalej „Odwołującym” lub „Wykonawcą”), zgodnie z pełnomocnictwem oraz odpisem z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, wnoszę odwołanie na czynność Zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, polegającą na ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium oceny ofert naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych tj. w szczególności w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

### I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący **zarzuca**, że Zamawiający swoim działaniem naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą Pzp” lub „Pzp”, a w szczególności:

- 1) przepis **art. 16 Ustawy Pzp** oraz przepis **art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp** poprzez ukształtowanie wymogów dotyczących doświadczenia osoby kierowanej na stanowisko:
  - a) **Koordynatora zespołu projektowego** – poprzez m.in. brak możliwości posiadania uprawnień mostowych, wymogu posiadania doświadczenia wykonania aż 6 projektów, w tym aż 2 projektów wykonawczych oraz ograniczenia doświadczenia w wykonanych projektach dot. rozmiarów obiektu mostowego do rozpiętości przęseł (a nie jego np. długości),
  - b) **Projektanta branży mostowej** - poprzez m.in. ograniczenie doświadczenia w wykonanych projektach dot. rozmiarów obiektu mostowego do rozpiętości przęseł (a nie jego np. długości),
  - c) **Projektanta robót sanitarnych** - poprzez m.in. ograniczenie doświadczenia w zakresie projektowania odwodnienia mostowego, kiedy na obiekcie mostowym odwodnienia projektuje projektant mostowy,
  - d) **Kierownika budowy** - poprzez m.in. brak możliwości posiadania doświadczenia w wykonywaniu funkcji kierownika robót mostowych, wymogu doświadczenia wykonania aż 4 budów oraz ograniczenia doświadczenia w wykonanych obiektach tylko jednego na jeden kontrakt (inwestycję), w przypadku gdy na niektórych dużych

inwestycjach/zadaniach można wykonywać kilka tego typu, rozmiaru i wartości obiektów,

- e) **Kierownika robót w specjalności mostowej** - poprzez m.in. brak możliwości posiadania uprawnień mostowych i wymogu posiadania doświadczenia w wykonaniu robót mostowych (a nie drogowych) i sprawowaniu funkcji kierownika robót mostowych,
- f) **Kierownika robót w specjalności drogowej** - poprzez m.in. wymóg posiadania doświadczenia na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych a nie sprawowaniu funkcji kierownika robót branży drogowej oraz ograniczenie doświadczenie wykonaniu jedynie minimum drogi rowerowej bez uwzględnienia podobnych/tożsamyh do tych dróg - drogi pieszo – rowerowej/chodnika,
- g) **Architekta** – poprzez przewidzenie w ogóle wymogu dysponowania taką osobą, w okolicznościach gdy na podczas realizacji zadania z gotową koncepcją architektoniczną i wykonanym już nawet projektem budowlanym, dysponowanie taką osobą (w odróżnieniu do samych projektantów) jest na etapie projektowania projektu wykonawczego i samej już realizacji zbędne, a wręcz niespotykane,
- h) **Archeologa** - poprzez wymóg posiadania doświadczenia wykonania aż 3 zakończonych kontraktów dot. nadzoru archeologicznego, w tym aż dwóch przy obiektach znajdujących się na obszarach wpisanych do Rejestru Zabytków i co najmniej przez okres aż 12 miesięcy prowadzenia badań archeologicznych,

- tj. w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, co w każdym w/w przypadku z osobna oraz łącznie doprowadza do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, a także narusza zasadę proporcjonalności; tym samym może uniemożliwić zainteresowanym Wykonawcom, w tym i Odwołującemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Pzp;

- 2) Przepis **art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 Ustawy Pzp** poprzez ukształtowanie kryterium oceny ofert w sposób niemający wpływu na jakość wykonania zamówienia, a jednocześnie dyskryminujący doświadczenie osób, które nabyły doświadczenie zawodowe przy budowie kilku obiektów inżynierskich lub inżynieryjnych w ramach jednego kontraktu/inwestycji, co nie ma żadnego wpływu na jakość wykonania zamówienia.

## II. Wskazanie żądań Odwołującego

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów **Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania w całości oraz**

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian postanowień w Rozdziale VIII ust. 2 lit. d) kwadrat drugi Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów wobec zespołu osób, który Zamawiający wymaga aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia w następujący sposób (*pogrubienia oraz skreślenia Odwołującego*):

a) **Koordynator zespołu projektowego**

„(1) **Koordynator zespołu projektowego Wykonawcy** – wymagania:

- wykształcenie: wyższe techniczne;
- uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej lub konstrukcyjno- budowlanej, **mostowej** – zgodne z ustawą Prawo budowlane;
- min. staż projektowy – 60 miesięcy;
- doświadczenie – wykonał minimum ~~6 projektów~~ **4 projekty**, w tym co najmniej ~~2~~ **1** projekty wykonawcze dla inwestycji obejmującej budowę (w tym odbudowę) obiektu mostowego ~~o rozpiętości-prześł o długości~~ minimum 40 m (każdy obiekt);”

b) **Projektant branży mostowej**

„(3) **Projektant branży mostowej** – wymagania:

- uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej;
- min. staż projektowy – 60 miesięcy;
- liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności – 3, w tym minimum 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano- wykonawcze branży inżynierskiej mostowej obejmujący budowę (w tym odbudowę) obiektu mostowego ~~o rozpiętości-prześł o długości~~ minimum 50 m (każdy obiekt) nad wodą płynącą;”

c) **Projektant robót sanitarnych,**

„(5) **Projektant robót sanitarnych** – wymagania:

- uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych
- min. staż projektowy - 60 miesięcy;
- doświadczenie (liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności) – 4, w tym. ~~minimum 1 projekt odwodnienia obiektu mostowego oraz~~ minimum ~~2 1~~ projekty odwodnienia drogi/ulicy drogi/ulicy”

d) **Kierownik budowy,**

(8) **Kierownik Budowy** – min. 1 osoba posiadająca:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń,
- min. staż zawodowy – minimum 96-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,
- doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy **lub kierownika robot mostowych** przy ~~realizacji 4 budów (w tym odbudowy) lub przebudowy obiektów mostowych~~ **przy budowie/przebudowie 4 obiektów inżynierskich lub inżynierskich, z czego co najmniej jednego zrealizowanego w ramach** zakończonego kontraktu (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) ~~dla inwestycji obejmującej wybudowanie nowego obiektu inżynierskiego lub obiektu inżynierskiego, jako nowo wybudowanego obiektu inżynierskiego lub obiektu inżynierskiego,~~ który umożliwił pokonanie przeszkody lądowej w postaci rzeki o długości minimum 50 m, tym minimum **jedna jeden obiekt inżynierski lub inżynierski zrealizowany w ramach kontraktu** o wartości minimum 25.000.000,00 PLN brutto,

e) **Kierownika robót w specjalności mostowej,**

- „(9) **Kierownik robót w specjalności mostowej** – min. 1 osoba posiadająca: – uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej **drogowej mostowej** bez ograniczeń,
- min. staż zawodowy – minimum 72-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu ~~drogowymi~~ robotami budowlanymi w zakresie specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń,

– doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy **lub kierownika robót mostowych** przy realizacji min. 2 budów (w tym odbudowy) lub przebudów obiektów mostowych, z czego co najmniej jednego zakończonego kontraktu (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) dla inwestycji obejmującej wybudowanie nowego obiektu inżynierskiego lub obiektu inżynieryjnego, który umożliwił pokonanie przeszkody lądowej w postaci rzeki o długości minimum 40 m,”

f) **Kierownika robót w specjalności drogowej,**

„(10) **Kierownik robót w specjalności drogowej** – min. 1 osoba posiadająca: – uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

– min. staż zawodowy – minimum 36-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu drogowymi robotami budowlanymi w zakresie specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

– doświadczenie zawodowe ~~na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych~~ **kierownika robót branży drogowej** przy realizacji minimum 2 zakończonych inwestycji obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę drogi / ulicy o nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno- asfaltowej wraz z infrastrukturą w postaci minimum: drogi rowerowej/**drogi pieszo – rowerowej/ chodnika**, oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej i sieci telekomunikacyjnej o długości minimum 500 m każda,”

g) **Architekta,**

„(17) **Architekt** – wymagania:

– uprawnienia budowlane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi w branży architektonicznej bez ograniczeń,

– min. staż zawodowy – minimum 36-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami” – **poprzez jego wykreślenie w całości,**

h) **Archeologa,**

„(18) **Archeolog** – wymagania:

– minimum ~~3~~ **2** zakończone kontrakty dot. nadzoru archeologicznego przy ziemnych robotach budowlanych, w tym minimum ~~dwa~~ **jeden** przy obiektach znajdujących się na obszarach wpisanych do Rejestru Zabytków, z czego co najmniej jeden przez okres przynajmniej ~~12~~ **6** miesięcy badań archeologicznych,

- Wykształcenie: studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, w zakresie archeologii,
- Doświadczenie zawodowe może być nabyte poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian postanowień w Rozdziale XV pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia w następujący sposób (*pogrubienia oraz skreślenia Odwołującego*):

„4. Punkty za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB) – Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 11 do SIWZ, jako Kierownika Budowy, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Kierownik Budowy posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełnienia warunków wskazanych w niniejszej SWZ, doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy – za każdy zakończony **kontrakt obiekt inżynierski lub inżynieryjny zrealizowany w ramach zakończonego kontraktu** (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) ~~dla inwestycji obejmującej wybudowanie nowego jako nowo wybudowanego obiektu inżynierskiego~~ lub obiektu inżynieryjnego, który umożliwił pokonanie przeszkody lądowej w postaci rzeki o długości minimum 50 m – otrzyma 8 pkt.

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy (DKB) można uzyskać maksymalnie 16 pkt.”

### III. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego Odwołania, gdyż jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym z zakresu wszelkiego rodzaju obiektów inżynierskich, jest zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, jej wyborem przez Zamawiającego oraz wykonaniem zamówionych robót w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami.

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności najważniejszymi zasadami Prawa zamówień publicznych uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o



udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tym samym wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia mogą okazać się niemożliwe.

W wyniku naruszenia przez Zamawiających powyżej wskazanych przepisów Ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania i w konsekwencji realizacji zamówienia, a więc uzyskania wynagrodzenia z zyskiem.

Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego uwzględnienie umożliwi mu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia.

#### **IV. Termin na wniesienie odwołania**

Stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U z 2019 r.) 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 Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.04.2022 roku. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 07.05.2022 roku. Jednakże biorąc pod uwagę, iż dzień 07.05.2022 roku to sobota, a także mając na uwadze przepis art. 509 ust. 2 Ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 (tj. w dniu 09.05.2022 r.).

Wobec powyższego niniejsze odwołanie zostaje wniesione w wymaganym ustawowym terminie.

#### **Uzasadnienie**

W specyfikacji warunków zamówienia w Rozdziale VIII ust. 2 punkt d) kwadrat drugi pkt 1) Zamawiający sformułował wobec zespołu osób, który Zamawiający wymaga aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia bardzo szczegółowe i drobiazgowo wymagania.

Natomiast w Rozdziale XV pkt 4 dyskryminujące kryterium oceny, które nie ma wpływu na jakość wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego wskazane wyżej warunki udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert sformułowane zostały w sposób niezgodny z przepisami Ustawy Pzp.

#### **I.**

Analizę powyższych wymagań Zamawiającego należy rozpocząć od wskazania przepisu art.112 ust.1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.



Proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oznacza, że warunek powinien być związany z przedmiotem zamówienia i współmierny, odpowiedni do przedmiotu zamówienia. Tym samym postawiony warunek musi odpowiadać doświadczeniu wykonawcy w ten sposób, iż poprzez postawienie warunku Zamawiający ma wyłonić wykonawcę, który posiada doświadczenie do zrealizowania zamówienia.

Na fakt, iż warunek dotyczący doświadczenia kadry jest nadmierny wskazuje całokształt wymaganego doświadczenia.

W ocenie Odwołującego nie należy analizować doświadczenia kadry przez pryzmat mnogości wykonanych projektów, ich bardzo szczegółowych cech, faktu czy zaprojektowanie i realizacja kilku obiektów była wykonana w ramach jednej umowy czy projektowanie i realizacja jeden obiektu przypada na jedną umowę (kontrakt) o roboty budowlane ale przez pryzmat stopnia skomplikowania budowy i czasu realizacji.

Cechy i okoliczności zaskarżone niniejszym Odwołaniem nie determinują stopnia skomplikowania inwestycji i nie powinny ograniczać zdobywanego doświadczenia.

I tak, w odniesieniu do poszczególnych osób, Zamawiający nadmiernie wymaga aby w odniesieniu do **Koordynatora zespołu projektowego** – wykonawca nie mógł wykazać się dysponowaniem osoby, która posiada uprawnienia w specjalności mostowej. Niniejsza inwestycja polega w znaczącej bowiem mierze na budowie mostu przez dwie rzeki. Ograniczenie takie nie ma racji bytu i znacząco wpłynie na krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w ramach tego postępowania.

Zamawiający wymaga także aby osoba taka posiadała doświadczenie w wykonaniu aż 6 projektów w tym aż 2 projektów wykonawczych. Liczba ta jest bardzo znacząca, tym bardziej, że inwestycje tego typu nie należą wcale do inwestycji często spotykanych tak jak np. inwestycje stricte drogowe czy kubaturowe.

Dodatkowo Zamawiający określił cechy obiektu poprzez długość przęseł co jeszcze bardziej wybiórczo określa możliwości dysponowania określoną kadrą. W ocenie Odwołującego wystarczająco proporcjonalnym wskaźnikiem może być długość samego obiektu mostowego.

Ten sam argument dotyczy ograniczenia doświadczenia osoby na stanowisko **Projektanta branży mostowej**. Dodatkowo postanowienie o rozpiętości przęseł rodzi wątpliwości interpretacyjne czy chodzi o sumaryczną rozpiętość wszystkich przęseł w obiekcie czy też o minimalną rozpiętość pojedynczego przęsła.

W odniesieniu do szczegółowych wymogów dot. doświadczenia **Projektanta robót sanitarnych** w zakresie projektowania jest konieczność wykazania go w zakresie projektu odwodnienia samego obiektu mostowego.

Odwołujący podnosi, że zakres prac projektowych w tym zakresie stanowi zwykle zakres odpowiedzialności projektanta mostowego. Przepisy Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Rozdział 6. Odprowadzenie wód opadowych z obiektów inżynierskich § 136. Odprowadzenie wód opadowych z obiektów) wymagają od Projektantów mostowych zaprojektowania odprowadzenia wód opadowych z obiektów inżynierskich i jest to zawarte w Projekcie mostowym.

Zwyczajowo miejscem, gdzie pojawia się zakres odpowiedzialności tzw. „branży hydro” i od którego projektanci Ci przejmują kwestię zaprojektowania odpływu wody- jest pierwsza studnia za obiektem, do której przekazywana jest woda z obiektu.

W związku z powyższym ogranicza to bardzo znacząco uczciwą konkurencję, przy czym nie ma to wpływu na zdolność wykonania przez danego wykonawcę takiego obiektu.

W sposób bardzo istotny Zamawiający naruszył przepisy Ustawy Pzp w odniesieniu do szczegółowych wymogów w odniesieniu do **Kierownika budowy**. Postanowienia SWZ w obecnym brzmieniu mocno ograniczają uczciwą konkurencję i nadmierne wymagają legitymowaniem się doświadczeniem zdobytym na realizacji aż 4 obiektów, każdy zrealizowany na osobnym kontrakcie.

Realizacja wymaganej ilości obiektów na odrębnych kontraktach nie dowodzi zdobyciu większego doświadczenia. Obiekt inżynierski stanowi odrębną konstrukcję i Kierownik Budowy prowadzi dla takiego obiektu odrębny dziennik budowy. Pełnienie funkcji Kierownika Budowy lub kierownika robót mostowych odnosi się do danego obiektu o wymaganych parametrach i nie ma znaczenia czy obiekty są realizowane na jednym kontrakcie czy na odrębnych. Na wielu dużych inwestycjach/zadaniach – takich jak budowa autostrad i dróg szybkiego ruchu można wykonywać kilka tego typu, rozmiaru i wartości obiektów. Wykonawcy takich inwestycji w sposób nieuprawniony są zatem w ramach niniejszego zadania w sposób nieuprawniony dyskryminowani ponieważ pomimo doświadczeniu w wybudowaniu kilku obiektów mostowych w ramach jednego zadania np. o wartości ok 1-2 mld złotych, nie spełniają wymogu Zamawiającego w ramach niniejszego przetargu (o wartości potencjalnie o wiele mniejszej).

Dodatkowo w zakresie postulowanego żądania zmiany nomenklatury w ramach w/w warunku Odwołujący podnosi, że pojęcie obiektu „inżynierskiego” jest szerzej definiowane i pod pojęciem są uwzględnione takie obiekty jak: obiekty mostowe, tunele, przepusty i mury oporowe (Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie z dnia 30 maja 2000 r. Dz.U. Nr 63, poz. 735).

Zamawiający posługuje się na zmianę to pojęciem obiektu mostowego, to obiektu inżynierskiego lub inżynieryjnego. Aby opis warunku udziału był czytelny należy ujednolicić nomenklaturę, zwłaszcza że Zamawiający wymaga aby z obiektów mostowych wyodrębnić inżynierski lub inżynieryjny, a to jest niemożliwe ze względu na fakt, iż obiekty mostowe są w podzbiorze obiektów inżynierskich.

Nadmiernym obostrzeniem jest także brak możliwości posiadania doświadczenia w wykonywaniu funkcji kierownika robót mostowych, szczególnie że przedmiotem niniejszej inwestycji jest wykonanie obiektu mostowego.

W zakresie wymagań dot. sprawowania funkcji **Kierownika robót w specjalności mostowej** znamieny jest fakt, że osoba ta pomimo specyfiki swojej funkcji nie może posiadać uprawnień mostowych i doświadczenia w wykonaniu robót mostowych oraz sprawowaniu funkcji kierownika robót mostowych, a jedynie uprawnienia kierownika budowy i uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń.

W ocenie Odwołującego warunek ten w sposób nieuprawniony promuje wykonawców dysponujących takimi osobami, które pomimo posiadania uprawnień drogowych posiadają doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji obiektów mostowych o tak szczegółowej specyfikacji.

Podobnie ocenić należy wymogi Zamawiającego odnoszące się do funkcji **Kierownika robót w specjalności drogowej**, gdzie istnieje wymóg posiadania doświadczenia na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych, a nie sprawowaniu funkcji kierownika robót branży drogowej.

Jest to niczym nieuzasadnione zawężenie doświadczenia co do sprawowania funkcji inspektora nadzoru w odniesieniu do planowanego skierowania takiej osoby do wykonywania funkcji kierownika robót, czyli czynności odnoszących się do kierowania realizacją robót budowlanych (a nie nadzoru inwestorskiego).

Obie funkcje znacząco się różnią co do podstaw prawnych ich wykonywania, w oparciu o przepisy Ustawy Prawo budowlane, a także samej specyfiki ich wykonywania i wymaganego doświadczenia.

W ocenie Odwołującego bezpodstawnie Zamawiający ogranicza także doświadczenie w doświadczeniu realizacji tego kierownika infrastruktury w postaci drogi rowerowej. Podobną (tożsamą) specyfiką posiadają obecnie także inwestycji, której przedmiotem są budowy dróg pieszo-rowerowych/chodników, szczególnie takie po których mogą poruszać się także rowerzyści. Przy realizacji inwestycji drogowej nie ma znaczenia, czy kierownik robót wykona w jej zakresie drogę rowerową, drogę pieszo – rowerową czy chodnik, ponieważ technicznie i technologicznie w większości przypadków jest to ten sam rodzaj konstrukcji. Żądana przez Odwołującego zmiana postanowienia SWZ rozszerzy uczciwą konkurencję, a Zamawiający jednocześnie uzyska pewność należytego wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ osoba przeznaczona na to stanowisko z takim doświadczeniem będzie w stanie podołać należytej realizacji zadania w zakresie swoich kompetencji i odpowiedzialności.

Kompletnie niezrozumiały, a konsekwencji naruszający powszechnie obowiązujące przepisy i podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych jest także w ocenie Odwołującego wymóg dysponowania przez wykonawcę w ramach niniejszego postępowania osobą **Architekta**.

Jest to wymaganie nadmierne, w szczególności gdy Zamawiający posiada już określoną wizję obiektu i opisał przedmiot zamówienia także za pomocą projektu budowlanego. Architekt jest bowiem zazwyczaj autorem projektu, odpowiada za to, jak będzie on wyglądał i jaki będzie jego kształt. Funkcja ta znajduje się na pograniczu stanowisk technicznych oraz artystycznych, w związku z powyższym, mając na względzie specyfikę niniejszego postępowania polegającego jedynie na wykonaniu projektu wykonawczego oraz realizację robót budowlanych mających na celu przede wszystkim wybudowanie obiektu mostowego - wymóg ten jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Jest to poza tym bardzo rzadko spotykana funkcja nawet przy dużych i architektonicznie skomplikowanych projektach kubaturowych, które też na dużą skalę wykonuje Odwołujący, a nie ma doświadczenia ze stawianiem takich wymagań.

W obliczu w/w argumentów Odwołujący pragnie przypomnieć, że Zamawiający jest zobowiązany do opisu warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a także aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO w tym zakresie nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji (tak: wyrok KIO 1081/17 z 19.06.2017 r., wyrok KIO 1030/17 z 8.06.2017 r.).

Postawienie określonego rodzaju warunków udziału w postępowaniu nie może zatem prowadzić, czy też mieć na celu uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do należytego wykonania danego zamówienia. Jednocześnie przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu należy mieć na względzie przede wszystkim to, iż postawienie określonych warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ma na celu przede wszystkim umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny, czy wykonawca składający ofertę jest w stanie wykonać dane zamówienie.

Zasada proporcjonalności nakazuje, aby zamawiający w postępowaniu podejmował tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tj. sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia). Cel ten nie

może być jednak interpretowany w ten sposób, aby od potencjalnego wykonawcy wymagać wykazania się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia.

Zamawiający regulując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób opisany jak wyżej w znaczny sposób ograniczył krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Ustanowienie warunków udziału w ten właśnie sposób nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach oraz narusza wynikającą z art. 16 Ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

W ocenie Odwołującego wszystkie w/w wymogi Zamawiającego (do tego w tak dużej liczbie i w takiej szczegółowości) drastycznie ograniczają konkurencję w ramach niniejszego zamówienia, pomimo tego że wykonawcy są w stanie wykazać w szerszym zakresie doświadczeniem w wykonaniu tego typu obiektów inżynierskich oraz dysponowaniem wymaganym personelem, sprawującym m.in. samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, dając tym samym rękojmię należytego i rzetelnego wykonania przedmiot zamówienia.

W konsekwencji takiego działania Zamawiającego zostają ewidentnie naruszone obowiązujące normy prawne. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt. KIO 371/17 stwierdziła, iż, swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie. Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter "minimalny", co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personel, zasoby techniczne, finansowe itd.

Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za „minimalny”.

Jednocześnie w dotychczasowym orzecznictwie podkreślane jest, iż naruszeniem wymogów, jakie ustawodawca stawia Zamawiającemu, będzie ograniczenie - w zakresie możliwego do powołania doświadczenia o takie do prac tożsamyh z pracami, jakie mają być zrealizowane.

Wskazała to m.in. KIO w wyroku sygn. akt KIO 1030/17, gdzie podniosła, że trudno doszukiwać się proporcjonalnych warunków w sytuacji domagania się tego, by wykonawca przedstawił doświadczenie w realizacji tożsamego zadania w stosunku do tego, które jest objęte przedmiotem zamówienia. Izba wskazała, że: „Odwołując się do ugruntowanego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego rozumienia pojęcia "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", użytego w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które zachowuje swą aktualność, Izba wskazuje, że zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. W orzecznictwie wypracowano pogląd, iż pod pojęciem "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania, (np. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014r. Sygn. akt KIO 2358/15, wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014r. Sygn. akt KIO 938/14, uchwała KIO z dnia 8 października 2014r.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Cdmune di Milano (C-376/Ofi), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, wymagania. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15).

## II.



W zakresie zarzutu nr 2), Odwołujący wskazuje, na kolejny aspekt nadmierności i nieproporcjonalności wymagań, tym razem dotyczący kryterium oceny ofert. W Rozdziale XV pkt 4 Zamawiający wskazał, iż cyt.:

*„4. Punkty za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB) – Zamawiający przyzna następująco:*

*Zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w **Załączniku nr 11 do SIWZ**, jako Kierownika Budowy, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Kierownik Budowy posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełnienia warunków wskazanych w niniejszej SWZ, doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy – za każdy zakończony kontrakt (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) dla inwestycji obejmującej wybudowanie nowego obiektu inżynierskiego lub obiektu inżynieryjnego, który umożliwił pokonanie przeszkody lądowej w postaci rzeki o długości minimum 50 m – otrzyma 8 pkt.*

*Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy (DKB) można uzyskać maksymalnie 16 pkt.”*

Poprzez wprowadzenie takiego kryterium Zamawiający ograniczył możliwości powoływania się na zdobycie doświadczenia określonego w ramach kryterium wyłącznie w zakresie obiektów realizowanych pojedynczo w ramach jednego kontraktu (umowy o realizację robót budowlanych).

Wymóg wykazania się doświadczeniem, czy to w realizacji jednego obiektu w ramach jednego kontraktu, czy kilku obiektów w ramach jednego kontraktu nie ma w ogóle wpływu na jakość wykonania zamówienia, stąd zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp kryterium to nie powinno być tak sformułowane. W obu bowiem przypadkach wykonawstwo obiektów jest tożsame tj. prowadzone jest w reżimie tych samych norm i przepisów ogólnie pojętego Prawa budowlanego i w ramach przepisów gwarantujących należyte przygotowanie i realizację obowiązków przez osobę wykonującą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie jaką jest kierownik budowy. Podstawa umowna (kontrakt) nie może wpływać w jakimkolwiek zakresie na zakres tych bezwzględnie obowiązujących norm.

Zamawiający zatem poza warunkami udziału w postępowaniu dodatkowo niejako „promuje” wykonawców, którzy dysponują kadrą (kierownikiem budowy) z bardzo „wybiórczym” doświadczeniem w realizacji zadań o powyżej opisanej charakterystyce.



W opinii Odwołującego taki opis kryteriów oceny ofert narusza art. 16 ust. 1 Ustawy PZP tj. poprzez działanie nie zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz sprzeczne z zasadami proporcjonalności.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, iż kryteria, w tym także kryterium dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia mogą być wyznaczone, jeśli mają znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Odwołujący w związku z tym pragnie podkreślić, że zmiany zaproponowane w pkt II niniejszego odwołania uzasadnia zwiększeniem aspektu konkurencyjności do rynkowego poziomu, przy jednoczesnym zachowaniu promowanej przez Zamawiającego wysokiej jakości nadzoru nad robotami budowlanymi.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp powołanych w niniejszym Odwołaniu, wnosi jak na wstępie, zastrzegając jednocześnie możliwość bardziej szczegółowego rozwinięcia w/w uzasadnienia na rozprawie.

Zdaniem Odwołującego zaproponowana zmiana treści warunków udziału w postępowaniu i opis kryterium, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny oferty doprowadzi do umożliwienia złożenia oferty i udziału w postępowaniu Odwołującemu, a także innym podmiotom dającym gwarancję realizacji zamówienia w zakresie obiektów inżynierskich na najwyższym poziomie.

#### **Załączniki:**

1. odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis Odwołującego z KRS,
3. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.