

Gliwice, dnia 28 października 2019 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

---

**dotyczy:** przetargu nieograniczonego „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – roboty budowlane”, oznaczenie sprawy: ZA.271.98.2019.

**Zamawiający:** Miasto Gliwice Wydział Zamówień Publicznych, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, tel. +48 32/238-55-30, fax +48 32/238-55-27, adres strony internetowej Zamawiającego: [www.gliwice.eu](http://www.gliwice.eu) adres e-mail: [za@um.gliwice.pl](mailto:za@um.gliwice.pl)  
**ogłoszenie o zamówieniu:** nr ogłoszenia 2019/S 200-485061, 485061-2019 z dnia 16/10/2019.

**Odwołujący:** Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A., 44-100 Gliwice, Plac Piastów 10, tel. 032 3397030, fax 032 3397031, e-mail: [jerzy.bugla@mz.pl](mailto:jerzy.bugla@mz.pl) oraz [gpbp@mz.pl](mailto:gpbp@mz.pl), reprezentowany przez pełnomocnika Jerzego Bugłę.

## ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018, poz. 1986 – zwanej dalej ustawą), w imieniu Odwołującego składam odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z ustawą:

- w Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu,
- w Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 lit a) SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu,
- w Rozdziale 20 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - pkt 1 SIWZ w części „W zakresie kryterium „termin gwarancji i rękojmi” termin gwarancji i rękojmi musi być wyrażony w całych miesiącach (min. 60, max 120 miesięcy) licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie terminu dłuższego niż 120 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowane. W tej sytuacji wykonawca otrzyma 40 punktów.”

Składając niniejsze odwołanie zarzucamy Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

zawodowej Wykonawcy dotyczących doświadczenia jak i osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności;

- 2) art. 91 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert w sposób nadmierny, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób, a opisany w uzasadnieniu odwołania:
  - a) w Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB nr 1241 z ograniczeniem do budynku lotniska lub dworca kolejowego lub dworca autobusowego (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) wraz z budową lub przebudową układu drogowego dla powyższych obiektów o łącznej wartości robót budowlanych co najmniej 50.000.000,00 zł brutto każda.”

na zapis o treści:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB nr Działu 12 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) o wartości robót budowlanych co najmniej 30.000.000,00 zł brutto każda oraz co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na: budowie lub przebudowie układu drogowego o wartości robót budowlanych co najmniej 20.000.000,00 zł brutto każda.”

- b) w Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 lit a) SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu:

„O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy będą dysponować co najmniej:

a) 1 osobą (kierownik budowy) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadającą co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową co najmniej dwóch zadaszeń wolnostojących o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup> każdego z zadaszeń.”

na zapis o treści:

„O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy będą dysponować co najmniej:

a) 1 osobą (kierownik budowy) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadającą co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową co najmniej jednego zadaszenia wolnostojącego o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup>.”

c) w Rozdziale 20 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - pkt 1 SIWZ w części:

„W zakresie kryterium „termin gwarancji i rękojmi” termin gwarancji i rękojmi musi być wyrażony w całych miesiącach (min. 60, max 120 miesięcy) licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie terminu dłuższego niż 120 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowane. W tej sytuacji wykonawca otrzyma 40 punktów.”

na zapis o treści:

„W zakresie kryterium „termin gwarancji i rękojmi” termin gwarancji i rękojmi musi być wyrażony w całych miesiącach (min. 60, max 96 miesięcy) licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie terminu dłuższego niż 96 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowane. W tej sytuacji wykonawca otrzyma 40 punktów.”

3. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego Zamówienia, ponieważ jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który zamierza złożyć ofertę, która ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu zmiany sformułowanych w tym postępowaniu ww warunków udziału oraz kryterium oceny ofert w zakresie maksymalnej długości terminu gwarancji poprzez ich modyfikację na treść zaproponowaną. Utrzymanie sformułowanych obecnie w SIWZ oraz ogłoszeniu warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert wraz z opisem sposobu oceny ofert nadmiernie ogranicza zasadę uczciwej konkurencji oraz jest nieuzasadnione w odniesieniu do przedmiotu i zakresu zamówienia i – jako takie – pozbawia Odwołującego możliwości realnego

ubiegania się o zamówienie. W konsekwencji Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które ma możliwość uzyskać, ponieważ jest w stanie wykonać to zamówienie. Jednocześnie - na tym etapie postępowania – Odwołujący wnosi Odwołanie również w celu zapewnienia prawidłowości postępowania (zgodności z przepisami ustawy), nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą.

„Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo)” (wyrok z dnia 09.01.2009 r. KIO/UZP 1493/08).

Powyższe orzeczenie ma zastosowanie w stanie faktycznym tej sprawy. Mając powyższe na uwadze, Odwołującemu przysługuje co najmniej interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia sensu largo, zmierza bowiem do poprawienia wadliwego postępowania Zamawiającego.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Miasto Gliwice Wydział Zamówień Publicznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ogłoszenia z dnia 16.10.2019 r., którego przedmiotem są roboty budowlane „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – roboty budowlane”, oznaczenie sprawy: ZA.271.98.2019.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w treści SIWZ. W ocenie Odwołującego warunki udziału w postępowaniu opisane w:

- Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu,
  - Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 lit a) SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu,
- są ustalone przez Zamawiającego z naruszeniem ustawy, a w szczególności art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo Zamawiający określił kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert w Rozdziale 20 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty opisane w pkt 1 SIWZ w części „W zakresie kryterium „termin gwarancji i rękojmi” termin gwarancji i rękojmi musi być wyrażony w całych miesiącach (min. 60, max 120 miesięcy) licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie terminu dłuższego niż 120 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowane. W tej sytuacji wykonawca otrzyma 40 punktów.” w sposób nadmierny, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności, czym Zamawiający naruszył przepisy ustawy, a w szczególności art. 91 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Stosownie do treści art. 22 ust. 1a ustawy Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Kluczowe w większości postępowań o zamówienie publiczne jest wymaganie wykazania się przez wykonawcę zdolnością zawodową, zwłaszcza doświadczeniem. Służy ono wykazaniu, że ma on wystarczającą, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności lub wartości. Zdolność zawodowa (doświadczenie) wykonawcy daje zamawiającemu rękojmię, że realizacja zamówienia będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni jego wymagania (np. jakościowe, terminowe).

Uprawnienie Zamawiającego do żądania wykazania się odpowiednim doświadczeniem winno być zawsze proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ma też prawo żądać od wykonawcy wykazania się zdolnością zawodową w aspekcie zasobu ludzkiego, tj. osób zdolnych do realizacji zamówienia (np. o odpowiednich kwalifikacjach, doświadczeniu, wykształceniu) i to także w zakresie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Zasada ta oznacza zobowiązanie Zamawiającego do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych.

Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być proporcjonalny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zasada proporcjonalności występuje w art. 7 ust. 1 ustawy, przez co została uznana za zasadę kierującą całym systemem zamówień publicznych. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania zamawiający muszą postępować zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych – tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi. (Wyrok KIO z dnia 14.03.2017r., KIO 371/17; wyrok KIO z dnia 13.05.2016 r. KIO 650/16).

„Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest **ryzyko zawężenia kręgu wykonawców** mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, 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 potencjał dający rękojmię jego prawidłowej realizacji.**" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2018-01-30 sygn. KIO 83/18).

„Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne jedynie w zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o należyte, a zatem zgodne z wymaganiami zamawiającego, wykonanie przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego, dążącego do uzyskania produktu czy usługi o wysokiej jakości, odpowiadającego jego wymaganiom 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 dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.” (wyrok KIO z 2018-05-30 sygn. 898/18).

Określenie warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji, stosownie bowiem do treści art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

„Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który **uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres** czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2017-09-18 sygn. akt KIO 1776/17).

„Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być **uzasadnione** wartością zamówienia, **charakterystyką, zakresem**, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2017-05-15 sygn. akt. KIO 714/17).

„Zamawiający winien dostosować kryteria oceny zdolności wykonawcy do wielkości i stopnia złożoności przedmiotu zamówienia. Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nakazuje, aby zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne

poziomy zdolności, zatem **przepis ten nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega.** Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji **nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest obiektywnie racjonalne, zatem niezbędne do osiągnięcia celu prowadzonej procedury,** a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2018-01-24 sygn. akt KIO 82/18).

„Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z wymaganej proporcjonalności wyprowadzić można wniosek **o funkcjonalnej zbieżności przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu.**” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2017-09-19 sygn. akt KIO 1847/17).

Mając na uwadze treść ww przepisów ustawy oraz stanowisko wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu opisane w:

- Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu,
- Rozdziale 9 Warunki udziału w postępowaniu pkt 3 lit a) SIWZ i w sekcji III pkt III 1. Warunki udziału III.1.3) ppkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia o zamówieniu,

tj.

*„ Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na: budowie lub przebudowie budynków określonych symbolem PKOB nr 1241 z ograniczeniem do budynku lotniska lub dworca kolejowego lub dworca autobusowego (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) wraz z budową lub przebudową układu drogowego dla powyższych obiektów o łącznej wartości robót budowlanych co najmniej 50.000,00 zł brutto każda. ”*

oraz

*„ O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy będą dysponować co najmniej:*

*a) 1 osobą (kierownik budowy) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadającą co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień licząc od daty ich uzyskania oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową co najmniej dwóch zadaszeń wolnostojących o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup> każdego z zadaszeń. ”*

zostały przygotowane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy wymienionych na wstępie.

Warunki udziału w zakresie wymaganego doświadczenia dla wykonawcy w ww zapisie SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu jest nagromadzeniem tak wielu warunków w tej konkretnie konfiguracji, że powoduje, że na rynku praktycznie nie występują wykonawcy o żądanym doświadczeniu.

Zamawiający zawęził rodzaj wybudowanych lub przebudowanych budynków do tych określonych symbolem PKOB nr 1241 z ograniczeniem do budynku lotniska lub dworca kolejowego lub dworca autobusowego (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.). Przedmiot zamówienia wskazuje, że legitymowanie się posiadaniem doświadczenia przy budowie lub przebudowie budynku niemieszkalnego użyteczności publicznej (określonych symbolem PKOB nr Działu 12) jest adekwatne do opisanego przedmiotu zamówienia, bowiem rozwiązania konstrukcyjne podlegają rygorom przepisów ustawy Prawo budowlane, a nie podlegają uregulowaniom przepisów szczególnych. Zakres skomplikowania innych budynków użyteczności publicznej jest odpowiadającym i wystarczającym doświadczeniem wykonawcy, aby potwierdzić odpowiednie przygotowanie i zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia.

Dodatkowo wymagane aby robota budowlana obejmowała łącznie i budowę lub przebudowę budynku i budowę lub przebudowę układu drogowego dla tego budynku, nie znajduje uzasadnienia w konieczności stawiania takiego łącznego warunku dla wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się już co do kwestii, że **wykonawca nie musi wykazywać się doświadczeniem w wykonaniu takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega**. W ocenie Odwołującego wystarczającym warunkiem jest taki jak wyżej zaproponowany w rozbiciu na roboty budowlane w zakresie budynku i osobno w zakresie układu drogowego. Rozwiązanie takie zapewni Zamawiającemu zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminację, równe traktowanie oraz gwarancję, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji (patrz wyrok KIO 712/15 z 2015-04-23).

Odwołujący jest podmiotem działającym na rynku budowlanym, z powodzeniem, od 1945 roku i zrealizował już ogromną ilość robót budowlanych w zakresie budownictwa przemysłowego jak i budowy budynków użyteczności publicznej różnego rodzaju. Doświadczenie Odwołującego w zakresie realizacji robót budowlanych w dużym rozmiarze jest ogromne i ograniczenie możliwości udziału – złożenia oferty - w przedmiotowym postępowaniu dlatego, że nie wybudował lub przebudował dworca kolejowego, autobusowego, lotniska i to w określonej konfiguracji z robotami drogowymi powoduje nieuprawnione wyeliminowanie z postępowania. Takie formułowanie warunków udziału powoduje uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcy dającego rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Warunki udziału w zakresie wymaganego doświadczenia kierownika budowy w ww zapisie SIWZ w tej konkretnie konfiguracji – posiadane doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania budową co najmniej **dwóch zadaszeń wolnostojących o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup> każdego z zadaszeń** - powoduje, że na rynku praktycznie nie występują kierownicy budowy o żądanym doświadczeniu. Zatem sformułowany warunek ewidentnie nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego w najwyższym stopniu do wykonania zamówienia, ale wykonawcy, który dysponuje osobą, której kariera zawodowa była związana z kierowaniem robotami na inwestycjach obejmujących zadaszenia wolnostojące o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup> każdego z zadaszeń. Inwestycje tego rodzaju są relatywnie rzadko wykonywane, a zatem wykazanie się doświadczeniem kierownika przy realizacji co najmniej jednej takiej roboty jest wystarczające i zapewni Zamawiającemu zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminację, równe traktowanie oraz gwarancję, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji (patrz wyrok KIO 712/15 z 2015-04-23).

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że kierowanie jedną budową



obejmującą zadanie wolnostojące o powierzchni co najmniej 1 tys. m<sup>2</sup> daje kierownikowi budowy wystarczające doświadczenie do realizacji następnych tego rodzaju obiektów, a zatem żądanie wielokrotności wykonania takich samych obiektów jest wymogiem całkowicie nieuzasadnionym i może mieć jedynie wymiar ograniczający dostęp do uzyskania zamówienia.

„Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. **Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby.** Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękopisem należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękopisem nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.”(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2017-09-18, sygn. KIO 1776/17).

W tej sytuacji takie określenie warunków udziału prowadzi do nadmiernego, w stosunku do potrzeb Zamawiającego, ograniczenia konkurencji i jest nadmiernie dyskryminujące.

W Rozdziale 20 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - pkt 1 SIWZ Zamawiający określił maksymalną długość gwarancji na 120 miesięcy: „W zakresie kryterium „termin gwarancji i rękopisem” termin gwarancji i rękopisem musi być wyrażony w całych miesiącach (min. 60, **max 120 miesięcy**) licząc od dnia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie terminu dłuższego niż 120 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowane. W tej sytuacji wykonawca otrzyma 40 punktów.”

Przedmiotowe kryterium jest jedynym pozacenowym kryterium oceny ofert o wadze wynoszącej aż 40%, tj. absolutnie kluczowym w kontekście uzyskania Zamówienia. Oznacza to, że przedmiotowe kryterium w obecnej treści nadmiernie ogranicza efektywną konkurencję i w istocie zawyża cenę zaoferowaną w ofertach, bowiem wykonawca zmuszony jest skalkulować wszelkie ryzyka związane z przedmiotem zamówienia w tak długim okresie.

Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że na rynku polskim niewiele firm ma możliwość uzyskania zabezpieczenia okresu realizacji i okresu rękopisem i gwarancji na tak długi okres. Polskie instytucja finansowe praktycznie nie udzielają tak długich gwarancji zabezpieczających tak długi okres (2 lata + 10 lat = łącznie 12 lat).

Z tych to powodów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ skracając ten maksymalny okres gwarancji do 96 miesięcy.

Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w sposób nadmierny, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności. Takie określenie kryteriów i sposobu oceny ofert prowadzi faktycznie do ograniczenia efektywnej konkurencji i w istocie dyskryminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, w tym Odwołującego. Stosownie zaś do treści art. 91 ust 3 ustawy kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego

wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, a kryteria i sposób oceny ofert określone przez Zamawiającego w SIWZ mogą być tak potraktowane.

Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postawił warunki nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Nieuprawnione działanie Zamawiającego ma bezpośredni wpływ na ograniczenie dostępu do zamówienia, co oznacza naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i nie zapewniają uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy).

Nieuprawnione działanie Zamawiającego narusza także art. 22d ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zmiana ww warunków udziału w postępowaniu w sposób zaproponowany na wstępie wypełni wytyczne ustawy o możliwości postawienia minimalnych warunków w zakresie doświadczenia jak i kwalifikacji zawodowych, a warunki będą adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosi zatem o dokonanie modyfikacji treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób określony na wstępie niniejszego odwołania.

Reasumując, ustalając treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy, gdyż przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego traktowania wykonawców.

**Zasada proporcjonalności po nowelizacji z 2016r. stała się jedną z nadrzędnych zasad całego systemu zamówień publicznych. Oznacza to, że zamawiający muszą mieć ją na względzie na każdym etapie postępowania.**

Każda czynność zamawiającego powinna być postrzegana przez pryzmat zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jawności, a teraz także zasady proporcjonalności i przejrzystości. Należy zatem w toku całego postępowania stosować tylko środki adekwatne do zamierzonego celu. Zamawiający muszą zachować równowagę w prowadzonej procedurze pomiędzy swoimi czynnościami i stawianymi wymogami, a zachowaniem konkurencji wykonawców.

W tym stanie sprawy wnioski postawione na wstępie są konieczne i w pełni uzasadnione.

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- odpis KRS Odwołującego,
- potwierdzenie wpłaty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- potwierdzenie wpłaty wpisu od odwołania,
- potwierdzenie doręczenia odwołania Zamawiającemu.