

Poznań, 15 października 2020 r.

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

**Odwołujący: Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
tel. (+48) 797 229 512  
fax: (61) 811 22 07  
e-mail: [emil.mikula@budimex.pl](mailto:emil.mikula@budimex.pl)  
e-mail: [daniel.palczewski@budimex.pl](mailto:daniel.palczewski@budimex.pl)

**Zamawiający: Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu**  
ul. Zielona 8, 61-851 Poznań  
tel. (61) 859 34 30  
fax: (61)859 34 29,  
e-mail: [sylwia.godlewska@zdp.poznan.pl](mailto:sylwia.godlewska@zdp.poznan.pl); [zdp@powiat.poznan.pl](mailto:zdp@powiat.poznan.pl)  
oraz  
**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**  
ul. Targowa 74  
03-734 Warszawa

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.:  
**„BUDOWA WIADUKTU KOLEJOWEGO/TUNELU DROGOWEGO W UL. SWARZĘDZKIEJ W KOBYLNICY W CIĄGU DROGI POWIATOWEJ NR 2407P KOZIEGŁOWY - SWARZĘDZ W ZAMIAN ZA LIKWIDACJĘ PRZEJAZDU KOLEJOWO - DROGOWEGO KAT. A W KM 7,532 LINII KOLEJOWEJ NR 353, W RAMACH PROJEKTU POIIS 5.1-35 PN. POPRAWA BEZPIECZEŃSTWA NA SKRZYŻOWANIACH LINII KOLEJOWYCH Z DROGAMI - ETAP III” W SYSTEMIE "PROJEKTUJ I BUDUJ”**  
Znak sprawy u Zamawiającego: **ZDP.WO.261.2.21/20**

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu **05.10.2020** roku pod numerem **2020/S 193-465489**.

## ODWOŁANIE

### I.

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. Zm.) – dalej: „PZP” lub „Ustawy Pzp” lub „Ustawy” – wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu, który zgodnie z art. 16 ustawy Pzp jest Zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, polegającej na niezgodnym z przepisami określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: „SIWZ”.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, **zarzucając mu naruszenie:**

- 1) art. 647 Kodeksu cywilnego („Kc” ), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 14 ust. 1 PZP oraz art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie określonych w §29 ust. 13 pkt 1) TOM II SIWZ - WARUNKI UMOWY w postaci warunków odbioru robót budowlanych od Wykonawcy w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonych postanowień Wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia i nie uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi.**
- 2) art. 36a ust. 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp - przez zastrzeżenie do osobistego wykonania (pkt. 23.1. TOM I SIWZ) przez wykonawcę kluczowych części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji i bezzasadnie zawęży krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.**

*„23.1. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia:*

*- wykonanie konstrukcji nośnej wiaduktu/tunelu – nr poz. w RCO – 5a”*

- 3) art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 5) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie części postanowienia pkt. **8.6.1 i 8.6.2 TOM I SIWZ (IDW)** (i odpowiednio także ogłoszenia o zamówieniu):

**8.6.1.** *W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:*

- a) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 5 mln złotych brutto obejmującą budowę drogi klasy Z o długości min. 2 km.*
- b) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu o rozpiętości w świetle podpor min. 20 m nad/ pod czynną linią kolejową.*
- c) co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową (w tym jeden projekt budowy tunelu pod linią kolejową) oraz co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/rozbudowy drogi klasy min. Z o długości minimum 2,0 km.*

**8.6.2.** *W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:*

- 1) **projektant branży mostowej** - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej posiadająca co najmniej 10 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) jako projektant główny dwie usługi projektowe (projekt budowlany i wykonawczy) budowy wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę),*

[...]

- 3) **kierownik budowy** – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle obowiązujących przepisów prawa, posiadającego co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych nad min. jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10,0 mln. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu nad/pod czynną linią kolejową,*

*4) **projektant branży drogowej** – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) jako projektant główny jedną usługę projektową (projekt budowlany i wykonawczy) dla budowy lub rozbudowy drogi klasy min. Z o długości min. 2,0 km. (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID),*

*[...]*

*10) **kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych**, minimum 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje kolejowe sieci trakcyjne, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych,*

*[...]*

- 4) art. 91 ust. 2 pkt. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a przede wszystkim w sytuacji, gdy tak sformułowane wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia pozostają bez istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia i tym samym niczym nieuzasadnione preferowanie wykonawców spełniających zakwestionowane kryterium oceny ofert.

Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie w pkt. 20.7.3 SIWZ o treści:

#### **20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy**

*W kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.*

*Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:*

**1)** wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych **na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem :**

**a) budowę wiaduktu kolejowego nad czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej**

**niż 10 mln złotych brutto**

**b) budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto**

**– 10 pkt.;**

2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, **na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt.;**

#### **20.7.4. Doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji**

Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na projektanta branży mostowej, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie projektant branży mostowej będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

1) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich **5 lat** przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) **dwa projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - **5 pkt.;**

2) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich **5 lat** przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) następujące **trzy projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - **10 pkt.**

Maksymalnie w kryterium „doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji” oferta Wykonawcy może uzyskać 10 pkt.

## **II.**

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów **Odwolujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednio zmian<sup>1</sup> w treści SIWZ i ew. odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

**a. §29 ust. 13 pkt 1) TOM II SIWZ - WARUNKI UMOWY**

„13. Jeżeli w toku czynności odbioru prac lub robót zostaną stwierdzone wady lub usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady lub usterki można usunąć:”
  - a) uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad lub usterek, wskazując jednocześnie termin usunięcia wad i datę kolejnego odbioru;
  - b) umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, **może** dokonać odbioru wyznaczając termin usunięcia wad;

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„13. Jeżeli w toku czynności odbioru prac lub robót zostaną stwierdzone wady lub usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady lub usterki można usunąć:”
  - a) uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad lub usterek, wskazując jednocześnie termin usunięcia wad i datę kolejnego odbioru;
  - b) umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, **dokona odbioru** wyznaczając termin usunięcia **tych wad lub usterek, na koszt Wykonawcy. Zamawiający przystąpi do odbioru usuniętych wad lub usterek w terminie 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia. Z czynności tej zostanie sporządzony protokół, którego podstawą sporządzenia będzie skuteczne ich usunięcie.**

- b.** w postaci obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia określonego w pkt 23.1. SIWZ tj. sformułowanie, że:

„23.1 Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia:

- wykonanie konstrukcji nośnej wiaduktu/tunelu – nr poz. w RCO – 5a”

<sup>1</sup> dla większej przejrzystości wnioskowanych zmian Odwołujący zastosował poniżej pogrubienia oraz przekreślenia

(tj. budowa konstrukcji wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego (bez elementów nawierzchni drogowej i wyposażenia) pod linią kolejową nr 353 i pod ul. Dworcową (z uwzględnieniem konstrukcji pod przyszłą budowę dodatkowych torów – przyp. Odwołującego)

**zostanie w całości usunięte i zastąpione postanowieniem o następującej treści:**

„Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia”.

**c. 8.6.1. SIWZ:**

„8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

- a) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 5 mln złotych brutto obejmującą budowę drogi klasy Z o długości min. 2 km.
- b) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu o rozpiętości w świetle podpor min. 20 m nad/ pod czynną linią kolejową.
- c) co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową (w tym jeden projekt budowy tunelu pod linią kolejową) oraz co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/rozbudowy drogi klasy min. Z o długości minimum 2,0 km.”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich **10 lat** przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

- a) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 5 mln złotych brutto obejmującą budowę drogi klasy Z o długości min. 2 km.
- b) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu o rozpiętości w świetle podpor min. 20 m nad/ pod czynną linią kolejową.
- c) co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową ~~(w tym jeden projekt budowy tunelu pod linią kolejową)~~ oraz co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/rozbudowy drogi klasy min. Z o długości minimum 2,0 km.”

**d. 8.6.2. pkt. 1) SIWZ:**

„1) **projektant branży mostowej** - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej posiadająca co najmniej 10 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) jako projektant główny dwie usługi projektowe (projekt budowlany i wykonawczy) budowy wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę,”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„1) **projektant branży mostowej** - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej posiadająca co najmniej 10 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta w tym ~~w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ zrealizował (zakończył) jako projektant **główny** dwie usługi projektowe (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/**przebudowy** wiaduktu/tunelu ~~nad/ pod linią kolejową~~ (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę,”

**e. 8.6.2 pkt. 3)**

„3) **kierownik budowy** – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle obowiązujących przepisów prawa, posiadającego co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych nad min. jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10,0 mln. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu nad/pod czynną linią kolejową,”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„3) **kierownik budowy** – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle obowiązujących przepisów prawa, posiadającego co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych nad min. jedną robotą budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10,0 mln. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu ~~nad/ pod~~ **czynną linią kolejową,”**

**f. 8.6.2 pkt. 4) SIWZ:**



„4) **projektant branży drogowej** – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) jako projektant główny jedną usługę projektową (projekt budowlany i wykonawczy) dla budowy lub rozbudowy drogi klasy min. Z o długości min. 2,0 km. (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID),”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„4) **projektant branży drogowej** – osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta, w tym ~~w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ zrealizował (zakończył) jako projektant **główny** jedną usługę projektową (projekt budowlany i wykonawczy) dla budowy lub rozbudowy drogi klasy min. Z o długości min. 2,0 km. (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID),”

**g. 8.6.2 pkt. 10) SIWZ:**

„10) **kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych**, minimum 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje kolejowe sieci trakcyjne, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych,”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„10) **kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych**, minimum 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje kolejowe sieci trakcyjne, posiadająca co najmniej ~~5-letnie~~ **3 letnie** doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych,”

**h. 20.7.3. SIWZ**

**„20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy**

W kryterium „**doświadczenie kierownika budowy**”, Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty.

Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

**1)** wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych **na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem :**

**a) budowę wiaduktu kolejowego nad czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej**

**niż 10 mln złotych brutto**

**b) budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż**

**10 mln złotych brutto**

**– 10 pkt.;**

2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, **na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących**

**swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt.;**

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

### **„20.7.3. Doświadczenie kierownika budowy**

W kryterium **„doświadczenie kierownika budowy”**, Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na kierownika budowy, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie kierownik budowy będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

**1)** wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych ~~na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem~~

~~a) budowę wiaduktu kolejowego nad czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto~~

~~b) budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto~~

~~—10 pkt.;~~

**na robocie budowlanej obejmującej swym zakresem budowę wiaduktu /tunelu drogowego nad/pod czynną linią kolejową oraz budowę/przebudowę infrastruktury towarzyszącej w postaci odwodnienia i kolizji sieci podziemnych, o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto – 10 pkt.;**

2) wskazanie kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, umożliwiające realizację przedmiotu zamówienia, posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (licząc od dnia uzyskania uprawnień), który pełnił ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, ~~na minimum dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda —20 pkt.;~~

**na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę wiaduktu/tunelu drogowego nad/pod czynną linią kolejową oraz budowę/przebudowę infrastruktury towarzyszącej w postaci odwodnienia i kolizji sieci podziemnych, o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda – 20 pkt.;**

**i. 20.7.4 SIWZ:**

„20.7.4. Doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na projektanta branży mostowej, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie projektant branży mostowej będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

1) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich **5 lat** przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) **dwa projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - **5 pkt.;**

2) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że w okresie ostatnich **5 lat** przed upływem terminu składania ofert zrealizował (zakończył) następujące **trzy projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia

na budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową) - **10 pkt.**

Maksymalnie w kryterium „doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji” oferta Wykonawcy może uzyskać 10 pkt.

### Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„20.7.4. Doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji Zamawiający oceni doświadczenie osoby wyznaczonej na projektanta branży mostowej, które Wykonawca określi w formularzu oferty. Wskazany w ofercie projektant branży mostowej będzie pełnił swoją funkcję przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

1) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ zrealizował (zakończył) **dwa projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu ~~nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową)~~ - **5 pkt.**

2) Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że ~~w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert~~ zrealizował (zakończył) następujące **trzy projekty** (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu ~~nad/pod linią kolejową (w tym jeden projekt tunelu pod linią kolejową)~~ - **10 pkt.**

Maksymalnie w kryterium „doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji” oferta Wykonawcy może uzyskać 10 pkt. „

2) o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

### III.

Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego Odwołania, gdyż jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym z zakresu 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 w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w odniesieniu do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny, uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tym samym wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu oraz nadmiernych w stosunku do postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, kwalifikacji i doświadczenia personelu, kryteriów oceny a także nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, skutkujących ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, a tym samym naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego uwzględnienie umożliwi mu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia. Może również doznać szkody poprzez brak możliwości uzyskania i w konsekwencji realizacji zamówienia, a więc uzyskania wynagrodzenia z zyskiem.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane w dniu 05 października 2020 roku wobec czego należy stwierdzić, że niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

## UZASADNIENIE

### Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 1)

W zakresie regulacji umownych dokonywania odbiorów robót budowanych, w odpowiednio wyżej szczegółowo wymienionych postanowieniach §29 ust. 13 pkt 1) TOM II SIWZ - WARUNKI UMOWY, jaka ma zostać zawarta z wybranym Wykonawcą, Zamawiający wprowadził postanowienia, zgodnie z którymi:

„13. Jeżeli w toku czynności odbioru prac lub robót zostaną stwierdzone wady lub usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady lub usterki można usunąć:
  - a) uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad lub usterek, wskazując jednocześnie termin usunięcia wad i datę kolejnego odbioru;
  - b) umożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, **może dokonać odbioru** wyznaczając termin usunięcia wad”.

Zdaniem Odwołującego, cyt. część postanowienia §29 projektu umowy (*dotatkowo wyżej pogrubiona przez Odwołującego*) stanowi naruszenie art. 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 PZP i art. 14 P ust. 1 PZP poprzez wprowadzenie jedynie możliwości a nie obowiązku dokonania odbioru przedmiotu prac lub robót, które posiadają wprawdzie wady nieistotne, jednak umożliwiające użytkowanie przedmiotu odbioru.

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem – wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom

umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 – 658 Kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 Kc <sup>2</sup>.

Już z literalnej wykładni art. 647 Kc wynika, że ustawowym obowiązkiem inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Poza dokonaniem wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w tym przekazaniem terenu budowy, dostarczeniem projektu oraz zapłatą umówionego wynagrodzenia, odbiór wykonanych robót budowlanych jest podstawowym obowiązkiem inwestora. Nie budzi również wątpliwości zarówno w doktrynie prawa jak i w orzecznictwie sądowym, że roboty budowlane stanowią zaawansowane technicznie i złożone świadczenie niepieniężne, składające się z poszczególnych elementów, które tak w całości, jak i z osobna cechuje wysoki poziom skomplikowania inżynierskiego, długotrwały okres realizacji, etapowanie oraz zinstytucjonalizowany nadzór budowlany. Odbiory robót unormowane są także w art. 654 Kc, a nadto – w zakresie w jakim związane jest to z wykonywaniem robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową – dotyczy ich przepis art. 656 § 1 Kc.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych – a zatem wad nie mających istotnego charakteru, skoro dają się usunąć – **Zamawiający jest zobowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w protokole odbioru Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie.** Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót.

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót – por. Pkt 1 tezy Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09** <sup>3</sup>. Analogiczne stanowisko zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w Pkt 2 Wyroku z dnia 09.10.2012 r. **I ACa 892/12**, przyjmując, iż „wady są istotne, jeżeli wskutek ich

---

<sup>2</sup> Art. 647 Kc: *Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.04.2009 r. V ACa 88/09:

1. *O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.*

2. *Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.*

3. *Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie do powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC.*

*wystąpienia przedmiot umowy jest niezdatny do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (...)."*

W pierwszej kolejności wypadałoby poddać w wątpliwość wynikające z zapisów § 20 ust. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ - Projektu umowy oczekiwanie, by tak złożone i skomplikowane pod względem inżynierskim obiekty budowlane jak wiadukt, drogi czy roboty sieciowe i świadczenia towarzyszące, stanowiące przedmiot zamówienia, zostały wykonane całkowicie bezusterkowo. Wniosek ten płynie wprost z zaskarżonego niniejszym Odwołaniem postanowienia Wzoru umowy, skoro Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy odbioru również w razie wystąpienia wad nieistotnych, nadających się do usunięcia (np. nierówno postawiony znak drogowy, drobne braki w zieleni drogowej lub asortymentach brukarskich), z czym niestety Odwołujący spotyka się czasem w trakcie realizacji swoich zadań.

Takie uprawnienie Zamawiającego jest **sprzeczne z naturą stosunku prawnego** umowy o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru umowy.

Odwołujący nie twierdzi rzecz jasna, iż nie ma obowiązku usunięcia wad swoich robót, lecz podnosi, że na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez wstrzymywanie odbiorów, co jest praktyką niedopuszczalną.

Powyższa wykładnia – mająca przez wzgląd na treść art. 139 ust. 1 PZP zastosowanie także w umowach w sprawie zamówień publicznych – nie budzi wątpliwości i jest poparta ugruntowaną już na przestrzeni ostatnich lat linią orzeczniczą. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad i ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem powoływanej przez Odwołującego linii orzeczniczej w tej sprawie jest **Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07**. Zgodnie z jego tezą: „1. *Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*

2. *Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.*” W analogiczny sposób wypowiadał się Sąd Najwyższy w innych Wyrokach: z dnia 14.02.2007 r. **II CNP 70/06**<sup>4</sup> oraz z dnia 05.03.1997 r. **II CKN 28/97**<sup>5</sup>. Z kolei w uzasadnieniu Wyroku z 24.07.2009 r. **II CSK 61/09** Sąd Najwyższy stwierdził, że *inwestor może odmówić dokonania odbioru robót, jeśli stwierdzi w nich wady istotne*, co a contrario oznacza, że nie może tego uczynić w przypadku wad nieistotnych, nadających się do usunięcia.

<sup>4</sup> Wyrok SN z 14.02.2007 r. II CNP 70/06: *Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.*

<sup>5</sup> Wyrok SN z 05.03.1997 r. II CKN 28/97: *Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.*

Kolejnym przykładem tej linii orzeczniczej stanowi Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 „Należy przy tym zauważyć, że zasadniczo w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. **Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania** (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 nie publ. ).”

Powyższy kierunek orzekania znalazł pełną kontynuację również w najnowszym orzecznictwie sądów apelacyjnych, z którego Odwołujący przytacza w szczególności:

1) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r. **I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

2) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r. **I ACa 1302/13:**

„1. Przyczyn rażącego wygórowania kary umownej upatrywać należy w jej stosunku do poniesionej przez stronę szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym wysokość szkody może stanowić istotne kryterium redukcji kary umownej.  
2. Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

3) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 20.12.2012 r. **I ACa 405/12:**

„Czym innym jest zgłoszenie odbioru robót, czym innym stwierdzenie wad w wykonaniu robót. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 654 KC). W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad.”

4) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r. **I ACa 1046/12:**

„1. Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne.



2. *Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.*

3. *Choć poprzez odesłanie zawarte w art. 656 KC ustawodawca dopuścił odpowiednie stosowanie części zapisów dotyczących umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane, to w jednak w katalogu zawartym w tym przepisie, brak jest odesłania do art. 632 KC. Nawet w sytuacji uznania stanowiska, co do możliwości zastosowania ostrożnej analogii przepisów dotyczących umowy o dzieło do umów o roboty budowlane również w tej kwestii zważyć należy, że dotyczy on wyłącznie uprawnienia do domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przez przyjmującego zamówienie."*

5) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09**:

*„1. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.*

*2. Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.*

*3. Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC."*

Wszystkie wyżej przytoczone judykaty świadczą o prawidłowości takiej wykładni powołanych przez Odwołującego przepisów, zgodnie z którą po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru robót, Zamawiający ma obowiązek odbioru dokonać, zaś w razie ujawnienia w toku odbioru wad nadających się do usunięcia, strony umowy winny wady wyspecyfikować i poczynić ustalenia dotyczące sposobu i terminu ich usunięcia, jednak dopóki w robotach nie występują wady istotne, Zamawiający nie może odmówić dokonania odbioru.

Prawo Zamawiającego do domagania się usunięcia wad robót (zwłaszcza nieistotnych) realizowane jest na gruncie przepisów o odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Podkreślić należy, że dokonanie odbioru częściowego i końcowego nie pozbawia inwestora uprawnień do żądania usunięcia wad odbiorowych, tak m. in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CSK 120/15 „*Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego*

*poszczególnych części. Dlatego też odbiór części robót i zapłata części wynagrodzenia nie jest równoznaczne z rozliczeniem stron w tym zakresie ze skutkiem wygaśnięcia wzajemnych roszczeń i pretensji. Końcowe rozliczenie robót może obejmować bowiem także już odebrane prace i rozliczone finansowo, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko co do dokonanych już wcześniej rozliczeń częściowych. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli do końcowego rozliczenia robót nie dojdzie, nie oznacza to, że wykonawcy nie przysługują żadne wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak w przypadku, gdyby nie przedstawiały one żadnej wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn."*

Przyznanie zatem Zamawiającemu w § 29 projektu umowy uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robót w przypadku stwierdzenia w nich wad nieistotnych i usuwalnych, jest sprzeczne z ustawą oraz naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane.

Wypada też zaznaczyć, że treść tych postanowień Wzoru umowy w brzmieniu proponowanym przez Odwołującego, nie pozbawia Zamawiającego żadnych uprawnień jakie mu przysługują z mocy ustawy.

## **Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 2)**

Zamawiający wprowadził obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, określając jego zakres jako zakres jako wykonanie konstrukcji nośnej wiaduktu/tunelu – nr poz. w RCO – 5a. Zgodnie z opisem tej pozycji jest to budowa konstrukcji wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego (bez elementów nawierzchni drogowej i wyposażenia) pod linią kolejową nr 353 i pod ul. Dworcową (z uwzględnieniem konstrukcji pod przyszłą budowę dodatkowych torów).

Zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 PZP zastrzeżenie takie możliwe jest dla „kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi” – zatem Zamawiający jest ograniczony w swobodzie dokonywania takiego zastrzeżenia. Orzecznictwo KIO wypracowało jasne stanowisko co do określenia czym jest kluczowa część zamówienia – w Wyroku **KIO 923/14** wskazano, że:

*„Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.*

***Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek***

*dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś **ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia.** Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania. Przykładowo można wskazać, że takim wyjątkiem może być wykonanie dzieła w postaci utworu, który może wykonać tylko dany wykonawca, wykonanie prac renowacyjnych, gdzie wykonawcą może być tylko podmiot posiadający w tym zakresie specjalistyczną wiedzę i doświadczenie, itd.*

*Izba w tym zakresie podziela stanowisko, zaprezentowane przez KIO w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 gdzie stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. **Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej** np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp. Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określönemu kręgowi wykonawców”.*

Również w wyroku z dnia 21 września 2017 r. **KIO 1837/17** Izba odwołała się do ww. uchwały, odnosząc się do realiów budowlanych:

*„Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.”*

Analogiczna do powyższej sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu – prace w postaci wykonania/budowy konstrukcji wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego są typowymi pracami budowlanymi, wykonywanymi na podstawie projektu szczegółowo je opisującego, co powoduje, że każdy fachowy zespół wykonując je zgodnie z projektem wykona je w takiej samej jakości. Postawienie wymogu osobistego wykonania tego zakresu prac w żaden sposób nie wpływa na jakość realizacji, a jedynie ułatwia dostęp do niniejszego zamówienia firmom lokalnym lub o wąskim lub nawet bardzo wąskim zakresie specjalizacji.

Założenie, że tylko osobista realizacja konstrukcji wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego zapewni prawidłową jakość i terminowość robót, a także możliwość należytego nadzoru inwestorskiego nad realizacją prac – stanowi w ocenie Odwołującego istotne naruszenie podstawowych zasad obowiązujących w ramach prawa zamówień publicznych, którymi w swoich czynnościach powinien kierować się Zamawiający.

Obowiązkiem Zamawiającego jest ustanowienie takich warunków udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie zdolności technicznych wykonawców, by zapewnić wybór kompetentnego, zdolnego do realizacji zadania wykonawcy. Zamawiający dysponuje jednak narzędziami prawnymi pozwalającymi mu również na weryfikację zdolności technicznych podwykonawców wskazanych do realizacji całości lub

części przedmiotu zamówienia - i w przypadku przedmiotowej sprawy to z nich powinien skorzystać, chcąc zapewnić odpowiedni profesjonalizm ze strony podmiotów wykonujących roboty budowlane.

Potwierdzenie takiej wykładni w/w przepisów znajdujemy także w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – m.in. w Wyroku z dnia 27 maja 2019 r. sygn. **KIO 867/19**, gdzie w uzasadnieniu czytamy, że:

*„Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.”*

### **Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 3)**

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. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

Tymczasem Zamawiający jest zobowiązany do opisanie 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. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

Tymczasem Zamawiający jest zobowiązany do opisanego 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.

W opinii Odwołującego Zamawiający zbyt wąsko określił w pkt. 8.6.1. 5-letni okres, w którym to wykonawcy wykazać się muszą wykonaniem zadań, obejmujących:

- a) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 5 mln złotych brutto obejmującą budowę drogi klasy Z o długości min. 2 km.*
- b) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu o rozpiętości w świetle podpor min. 20 m nad/ pod czynną linią kolejową.*

*c) co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu nad/ pod linią kolejową (w tym jeden projekt budowy tunelu pod linią kolejową) oraz co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/rozbudowy drogi klasy min. Z o długości minimum 2,0 km."*

W ocenie Odwołującego wszystkie w/w wymogi Zamawiającego, w szczególności tak szczegółowo opisane w zakresie projektowym (projekt budowy tunelu pod linią kolejową) 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 rękąmię należytego i rzetelnego wykonania przedmiot zamówienia.

Jest w ocenie Odwołującego wymóg w znaczący sposób ograniczający liczbę wykonawców zdolnych zdaniem Odwołującego do wykonania zamówienia. Na przestrzeni bowiem 5 ostatnich lat trudno doszukać się wielu tak skomplikowanych zadań obejmujących, w szczególności w zakresie projektu budowy tunelu pod linią kolejową. Inwestycje w zakresie tego typu obiektów inżynierskich są rzadkością a dla wykazania doświadczenia, a tym samym możliwości ich wykonywania, w ocenie Odwołującego nie ma większego znaczenia czy biegnie akurat pod linią kolejową. Pod względem technologicznym nie ma to tak istotnego znaczenia aby stanowiło to warunek udziału w postępowaniu, a w konsekwencji tym samym tak znacząco ograniczało konkurencję.

Dodatkowo wykonawcy w tym względzie muszą wykazać się doświadczeniem w zakresie zarówno projektowania oraz wykonawstwa a takie zadania polegające na projektowaniu a następnie realizacji z racji stopnia skomplikowana wykonywane są zazwyczaj przez relatywnie bardzo długi okres czasu (zwykle ok 2-3 lat). W ocenie Odwołującego minimalnym okresem jaki powinien przyjąć w tym zakresie Zamawiający jest okres 10 lat.

Podobnym zbyt daleko idącym w opinii Odwołującego jest określenie w zakresie projektanta branży mostowej:

- 5-letniego ograniczenia
- w zakończonej już realizacji
- i to jako projektanta głównego
- dwóch usług projektowych
- jedynie budowy (bez przebudowy) wiaduktu/tunelu
- nad/pod linią kolejową
- i to wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę.

Mnogość w/w wymogów oraz stopień ich szczegółowości jest w ocenie Odwołującego nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

W szczególności nie ma wpływu na ocenę warunków jedynie 5 letni okres, w którym trzeba się wykazać realizacją takich zadań, fakt, że projektant był jedynie projektantem głównym, a zadanie obejmowało budowę wiaduktu/tunelu i to do tego nad lub pod linią kolejową.

Warunek spełniać powinny w tym zakresie także wykonawcy dysponujący osobami, które zrealizowały takie zadania wcześniej niż w ciągu ostatnich 5 lat, do tego nie musiały być przecież jedynie projektantami głównymi bowiem tak skomplikowane zadania musiały być projektowane przez wieloosobowe biura projektowe, koordynowane jedynie przez projektanta „głównego”. Dodatkowo stopień skomplikowania tego typu inwestycji obejmują także zadania obejmujące swym zakresem przebudowę tego typu obiektów, a nie tylko jego budowę i tak jak to było już podnoszone wyżej – nie ma też większego znaczenia czy dany obiekt był czy nie był budowany czy przebudowywany nad lub pod linią kolejową.

Odwołujący w tym miejscu zwraca uwagę, że w obowiązujących przepisach, w szczególności w szerokokorozumianym prawie budowlanym, nie została uregulowana także samodzielna funkcja w budownictwie w postaci „projektanta głównego”. Projektant ma jedynie, w razie potrzeby, zapewnić w udział w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego. Rola taka pozostaje zatem jedynie w sferze prawa cywilnego tj. w określonej funkcji nadanej mu przez np. postanowienia umowne, które w realiach każdego zadania nie są jednolite.

Podobne uzasadnienie ma zarzut i wniosek o zmianę tak konkretnych i szczegółowych wymogów w zakresie doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (pkt 8.6.2. pkt 3) SIWZ TOM I IDW) i projektanta branży mostowej (pkt 8.6.2. pkt 4) SIWZ TOM I IDW). Pozwala na przyjęcie, że warunek ten został niejako „uszyty na miarę” pod konkretnego wykonawcę. Praktyka taka jest zakazana. Ogranicza ona bowiem dostęp do zamówienia i oznacza, że Zamawiający nie traktuje równo wszystkie podmioty z powodzeniem zdolne do zaprojektowania i wykonania tego typu inwestycji.

Proporcjonalność bowiem warunku do opisu sposobu dokonania jego oceny powinna zakładać taki stosunek opisu do warunku aby nie powodowała wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienia.

W ocenie Odwołującego w zakresie doświadczenia (liczonego od dnia uzyskania uprawnień) kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych adekwatnym warunkiem będzie także obniżenie nieproporcjonalnego wymogu 5 lat do 3 lat.

W doświadczeniu kierownika robót jedynie w tak wąsko opisanej już branży uwzględnienia wymaga także długi okres nauki na specjalistycznych studiach wyższych, następnie zdobywania uprawnień kierownika budowy/robót, w tym obowiązkowego okresu praktyki zawodowej. Sprawując tego typu samodzielną funkcję w budownictwie 3-letni okres jest w zupełności wystarczającym dla oceny zdolności należytego wykonania niniejszego zamówienia po stronie wykonawców.

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 tożsamych 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).



**Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 4)**

Odwołujący jest świadomy, że Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08). W opinii Odwołującego warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny muszą być obiektywne i nie mogą nie tylko utrudniać udziału w postępowaniu, ale nie mogą też nikogo faworyzować. Analogiczną zasadę znajdujemy także w przypadku kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż cena jest obligatoryjnym, lecz nie jednym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Obok ceny zamawiający powinien co do zasady zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy PZP ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. W konsekwencji oznacza to, iż zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy PZP. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do zamawiającego. To sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy PZP). W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

W świetle w/w argumentów Odwołujący pragnie jednakże podnieść, że kryteria mają wpływ na wartość samej oferty. Położenie nadmiernego akcentu na niektóre aspekty zamówienia, które nie wpływają **w znaczący sposób** na jakość, terminowość ani inne aspekty należytego wykonania zamówienia spowoduje, że tylko wykonawca dysponujący takim zasobem jak określony w SIWZ **kierownik budowy** oraz **projektant branży mostowej** ma de facto szansę na złożenie konkurencyjnej oferty w ramach niniejszego zamówienia.

Do aspektów takich, w świetle także postawionych przez Zamawiającego także warunków udziału w niniejszym postępowaniu, na pewno nie można w ocenie Odwołującego zaliczyć w zakresie

doświadczenia kierownika budowy (pkt. 20.7.3 TOM I SIWZ) posiadania dodatkowego, poza wykazanym na potrzeby warunków udziału w postępowaniu, doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy w bardzo krótkim okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (mając na uwadze na zwykle 2-3 letni okres realizacji tego typu inwestycji) – na aż 2 robotach budowlanych.

Dodatkowo promowane są jedynie bardzo szczegółowo określone roboty obejmujące zakresem odpowiednio budowę i wiaduktu kolejowego nad linią kolejową za min. 10 mln złotych brutto oraz budową tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o tej samej wartości.

Zamawiający poza warunkami udziału w postępowaniu dodatkowo jeszcze „promuje” w kryteriach oceny wykonawców, którzy dysponują kadrą (kierownikiem budowy) z licznym doświadczeniem w realizacji zadań o powyżej drobiazgowo opisanej charakterystyce i to w dodatku jedynie (jak to było już podnoszone wcześniej) w zakresie budowy tunelu drogowego pod czynną linią kolejową o wartości min. 10 mln złotych brutto każda.

Odpowiednie jak wyżej uzasadnienie mają także zarzuty w zakresie sformułowania przez Zamawiającego kryteriów ocen dot. doświadczenia projektanta branży mostowej (pkt. 20.7.4. TOM I SIWZ). Tutaj także mamy nieproporcjonalnie określone, a tym samym znacząco zawężające kryterium oceny ofert, dodatkowo punktowane kryterium doświadczenia w zakresie wykonania, jedynie w okresie ostatnich 5 lat, odpowiednio dwóch (za 5 pkt.) oraz trzech (za 10 pkt.), projektów budowlanych i wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę. I tu także napotykamy się na promowanie jedynie takich zadań, w których budowa wiaduktu oraz tunelu miała miejsce pod/nad linią kolejową, które pod względem technologicznym nie ma uzasadnienia. Nie ma bowiem istotnej różnicy pod względem technologicznym w budowie tunelu pod linią kolejową czy np. pod drogą.

W opinii Odwołującego taki opis kryteriów oceny ofert narusza art. 7 ust. 1 Ustawy PZP tj. poprzez działanie nie zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz sprzeczne z zasadami proporcjonalności.

W świetle argumentów wskazanych już powyżej aż dwukrotne (lub trzykrotne) wykonanie takiego zamówienia w tak krótkim (w realiach branży budowlanej) – 5 letnim okresie czasu, w ocenie Odwołującego nie wpływa w żaden sposób, a już tym bardziej w sposób znaczący, na przyszłą jakość wykonania zamówienia.

W ocenie Wykonawcy bardziej adekwatnym kryterium może być na przykład okres udzielonej przez Wykonawcę gwarancji jakości i rękojmi na wykonane usługi niż fakt legitymowania się przez kadrę Wykonawcy tak dużą liczbą wykonanych zadań, w tak krótkim czasie.

Wprawdzie kryterium oceny ofert może wiązać się z oceną personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia jeśli odnosi się do przedmiotu zamówienia i jeśli może mieć znaczący wpływ na jakość jego wykonania jednak musimy w tym zakresie poruszać się także w ramach, które wyznacza art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

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

W związku z powyższym Odwołujący ocenia, że wystarczającym i proporcjonalnym warunkiem oraz kryterium oceny ofert dającym rękojmię jakości wykonanych robót będzie wykazanie się przez wykonawców mniejszą ilością wykonanych zamówień (i to nie tak szczegółowo opisanych) przez dysponowaną kadrę bądź też zastąpienie ich innymi kryteriami stricte odnoszącymi się do jakości wykonywanych robót.

## PODSUMOWANIE

Zdaniem Odwołującego zaproponowana zmiana treści warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia i opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy ocenie 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.

**Wobec wyżej wskazanych czynności Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów PZP oraz Kodeksu cywilnego wnoszę jak na wstępie niniejszego Odwołania, zastrzegając jednocześnie możliwość bardziej szczegółowego rozwinięcia w/w uzasadnienia, w tym przedłożenia stosownych dowodów, na rozprawie.**

### 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.