

Kraków, 26.01.2024 r.

NZ.261.206.2023

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

Nr sprawy Zamawiającego: 3/XII/2023

sygn. akt KIO 97/24

Zamawiający: Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków,
email: sekretariat@zdmk.krakow.pl , tel. +48 12 61 67 000,
fax: +48 12 61 67 417,

Odwołujący: ZUE S.A., ul. K. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, KRS: 0000135388
email: ofertowanie@zue.krakow.pl

Przystępujący: Firma Handlowo – Usługowa WANTA Piotr Zębol, ul. Melejowska 90, 34-240
Jordanów, reprezentowane przez radcę prawnego Karola Pieróga email:
biuro@karolpierog.pl, , ul. Wrocławska 68/73a, 30-017 Kraków.

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania
p.n.: *Naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do
Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej - Obszar 3 Krowodrza obejmująca
Dzielnice IV, V, VI, VII (sprawa znak: 3/XII/2023)*

Odpowiedź na odwołanie

Działając w oparciu o przepis art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm., zwana dalej „pzp”) w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 4 stycznia 2024 r. (data wpływu 8 stycznia 2024 r.) sprawa o sygn. akt KIO 97/24, w imieniu Zamawiającego składam odpowiedź na odwołania oraz wnoszę o:

- 1. oddalenie odwołania z dnia 4 stycznia 2024 r. (data wpływu 8 stycznia 2024 r.) w całości.**
- 2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.**

Uzasadnienie

1. Stan faktyczny oraz treść zarzutów

W dniu 8 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie dotyczące warunków udziału w postępowaniu (które zostało zarejestrowane pod sygn. KIO 97/24) w którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) **art. 112 ust. 1 PZP** w zw. z **art. 116 ust. 1 PZP** w zw. z **art. 16 pkt 1 i 3 PZP** przez sformułowanie nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznych i zawodowych, w postaci

a) wiedzy i doświadczenia – w zakresie w jakim w części 3 pkt 3 lit. d) ppkt 1 SWZ Zamawiający wprowadził wymóg, by wykonawca wykazał się zrealizowaniem w określonym w SWZ terminie następujących prac:

- roboty budowlane na terenie miasta/aglomeracji miejskiej powyżej 500 000 mieszkańców polegające na wykonaniu:

-remontów nawierzchni bitumicznych – 200 000 m²,

-remontów częściowych nawierzchni bitumicznych – 1000 ton,

-wykonania nawierzchni tłuczniowych lub podbudów – 30 000 m²,

-wykonania remontów chodników z płytek i nawierzchni z kostki brukowej 20 000 m²,

-wykonania krawężników kamiennych lub betonowych – 20 000 mb,

-wykonania nawierzchni z kostki kamiennej – 1000 m².

-roboty utrzymaniowe na terenach zabytkowych objętych nadzorem Konserwatora Zabytków w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500 000 mieszkańców.

Zdaniem Odwołującego nadmierność i nieproporcjonalność przejawia się w żądaniu przedstawienia zwiększonych wymogów niż w poprzednim postępowaniu na to samo zadanie, a prowadzonym przez tegoż Zamawiającego pod sygnaturą 3/VIII/2021 (dalej „*Postępowanie 2021*”), w tym w szczególności wymagania zrealizowania prac na terenie powyżej 500 000 mieszkańców, wykonania wskazywanych ilości poszczególnych prac, w zakresie wyższym niż w *Postępowaniu 2021*, czy też wymogu prowadzenia prac na terenach zabytkowych objętym nadzorem Konserwatora Zabytków w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500 000 mieszkańców (**zarzut 1A**),

b) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe – w zakresie w jakim w części 3 pkt 3 lit. d) ppkt 2 tiret pierwszy SWZ Zamawiający wprowadził wymóg, by wykonawca dysponował „*co najmniej jedną osobą ... posiadającą minimum 3 letnie doświadczenie przy realizacji robót drogowych na terenach zabytkowych w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500 000 mieszkańców, przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2.08.2018 r.*”

Nadmierność i nieproporcjonalność według Odwołującego przejawia się w żądaniu posiadania przez taką osobę doświadczenia w większym stopniu niż w poprzednim postępowaniu na to samo zadanie, a prowadzonym przez tegoż Zamawiającego pod sygnaturą 3/VIII/2021, tj. żądania posiadania przez taką osobę doświadczenia przy realizacji prac na terenach zabytkowych, na terenie powyżej 500 000 mieszkańców oraz przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków zgodnie z rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2.08.2018 r. (**zarzut 1B**) Odwołujący twierdzi, iż powyższe świadczy o przygotowaniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

2) **art. 121 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** przez wprowadzenie w części 1 pkt 1 lit. k SWZ wymogu osobistego wykonania części zadania w postaci „remontów częściowych” podczas, gdy ani nie można mówić, że jest to „kluczowe” zadanie dotyczące zamówienia na roboty budowlane, a ponadto wprowadzenie tego wymogu stoi w sprzeczności z wymogiem, aby Zamawiający przygotował postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalny

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wedle norm przepisanych
3. nakazanie Zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy postanowień SWZ i wprowadzenie zmian sprowadzających się do wprowadzenia wymogów, jakie zostały wprowadzone w odpowiednim zakresie w Postępowaniu 2021 (zarzut 1A i 1B), jak i usunięcia obowiązku osobistego wykonania zamówienia w zakresie „remontów częściowych”.

2. Replika na zarzut 1A

Odwołujący sformułował zarzut 1A oraz 1B, dotyczące nadmierności i nieproporcjonalności wymogów w stosunku do poprzednich wymogów jakie zostały postawione przez Zamawiającego dot. tego samego rejonu utrzymania dróg a konkretnie w odniesieniu do wymogów zawartych w zamówieniu oznaczonym jako 3/VIII/2021.

Po pierwsze trzeba wskazać, iż okres w którym ZDMK ogłosił poprzednie postępowanie tj. 2021 r. – kiedy to istniały szczególne okoliczności wywołane epidemią COVID-19 i spowodowały różnorodne trudności w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ale także wywołały problemy z realizacją kontraktów już zawartych. W zaistniałej sytuacji ustawodawca podjął działania mające na celu dostosowanie obowiązujących regulacji prawnych do aktualnych realiów. Ustawodawca, przewidując, że sytuacja epidemiczna będzie miała istotnie negatywny wpływ na realizację większości zamówień publicznych, przyjął ustawę, na mocy której zmodyfikowano ogólne zasady udzielania zamówień publicznych. Wprowadzone rozwiązania rzutowały w sposób istotny na udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Początkowo ustawodawca koncentrował się na wprowadzaniu doraźnych rozwiązań mających na celu ułatwienie działań, przede wszystkim podmiotom leczniczym, związanych z udzielaniem zamówień stricte związanych z nabywaniem dostaw i usług mających pomóc bezpośrednio w walce z pandemią. Z uwagi na stopniowe pogorszenie kondycji ekonomicznej znacznej części przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych kolejne regulacje prawne wkraczały także w sferę wykonywania zawartych już umów i udzielania zamówień publicznych. Uznano, że jest to konieczne, gdyż konsekwencją pogłębiania się stagnacji na rynku może być utrata przez wspomniane podmioty płynności finansowej, a w efekcie ich zdolności do pozyskiwania nowych zamówień publicznych, a także realizacji już zawartych umów udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, że dotychczasowe rozwiązania normatywne przewidziane na wypadek sytuacji nadzwyczajnych okazały się niewystarczające. Na mocy ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych i kolejnych tzw. tarcz antykryzysowych zostały one poszerzone oraz zmodyfikowane. Ustawa z dnia 31 marca 2020 roku

o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 była kołem ratunkowym dla umów zawartych przed pojawieniem się COVID-19, gdy wiedza o panującej pandemii była niemożliwa nie tylko do przewidzenia, lecz także wyobrażenia. Sytuacja wykonawców i zamawiających ulegała ciągłej dynamicznej zmianie. Strony umowy o zamówienie publiczne nie były w stanie przewidzieć, jak będzie wyglądał stan osobowy danego podmiotu, jakie będą realne zasoby finansowe.

Zamawiający konstruując wymagania w 2021 r. z obawy o słaby odzew na ogłoszony przetarg zmniejszył wymagania wobec Wykonawców. Powyższe było tylko i wyłącznie podyktowane panującą sytuacją epidemiologiczną. W tamtym okresie również z uwagi na wprowadzane przez rząd lockdowny nastąpiło gwałtowne zmniejszenie natężenia ruchu w mieście.

Co warto podkreślić, wymóg dysponowania doświadczeniem w aglomeracji o określonej liczbie mieszkańców wynika właśnie z konieczności prowadzenia robót budowlanych przy ruchu w odpowiednio zagęszczonej zabudowie, z natężeniem ilości komunikacji miejskiej (tak autobusowej jak i tramwajowej). Obszar 3 – Dzielnice IV-VII Krowodrza, jest to obszar nieporównywalny do innych obszarów Miasta Krakowa charakteryzujący się największą gęstością zaludnienia, zwartą zabudową zlokalizowaną w centrum miasta.

Aby odnieść się do konkretów w tej materii dla porównania poniżej przedstawiamy dane z Miast Krakowa, Tarnowa.

a) Miasto Kraków:

Liczba Mieszkańców – 804 tysiące (stan na 30.06.2023r.)

Liczba zarejestrowanych samochodów ponad 520 tysięcy, dodatkowo wokół miasta zarejestrowanych jest ponad 640 tysięcy.

Dodatkowo codziennie wjeżdża do miasta ponad 250 tysięcy pojazdów mechanicznych.

Pomiar natężenia ruchu na skrzyżowaniach w dniach 01.10 – 30.11.2023 r przedstawia w załączeniu tabela gdzie dobowe natężenie ruchu przekracza 89 tysięcy pojazdów na dobę.

b) Miasto Tarnów:

Liczba Mieszkańców – 104 tysięcy

Liczba zarejestrowanych pojazdów mechanicznych – ponad 84 tysiące.

Pomiar natężenia ruchu na skrzyżowaniach przeprowadzony w m-c. styczniu 2024r nie przekroczył 26 tysięcy pojazdów mechanicznych na dobę.

Dane te zostały pozyskane od:.

- Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie – email z dnia 22.01.2024 r.

- Wydziału Miejskiego Inżyniera Ruchu w Krakowie – email z dnia 19.01.2024 r.

(pisma stanowią załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Jako, że Odwołujący odnosi swoje zarzuty do wymogów zawartych w innych postępowaniach Zamawiającego, należy wskazać, iż wymogi te obecnie również są określone w inny sposób niż miało to miejsce w postępowaniu z 2021 r. W chwili obecnej, chcąc zapewnić możliwość wyboru Wykonawców z największym doświadczeniem, Zamawiający w postępowaniach 15/IV/2022 „Naprawa i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe –

Obszar 1 obejmujący Dzielnice I,II, III” oraz 10/VI/2022 „Naprawa i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe – Obszar 4 Nowa Huta obejmujący Dzielnice XIV-XVIII” wymagał wykazaniem się prac na terenie miasta/aglomeracji miejskiej powyżej 400 tys. mieszkańców oraz na terenach zabytkowych objętych nadzorem Konserwatora Zabytków w miastach/aglomeracjach miejskich również powyżej 400 tys. Mieszkańców (w załączeniu zmiany w zakresie zamówień publicznych w „Tarczy Antykryzysowej”).

Kwestionowane wymagania w zakresie posiadanego doświadczenia wynikają z ilości wykonanych remontów realizowanych na podstawie umowy zawartej w tymże postępowaniu z 2021 r. do którego odnosi się Odwołujący (3/VIII/2021) oraz robót wykonanych na podstawie zamówienia polegającego na realizacji robót podobnych do – określonego w postępowaniu oznaczonym 15/XI/2022 „Naprawa i remonty dróg w Zarządzie Dróg Miasta Krakowa oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej – Dzielnice IV, V, VI, VII”.

Wymogi dotyczące doświadczenia w zakresie ilości wykonanych robót są porównywalne z postępowaniami prowadzonymi na obszarze 3 (czyli dzielnicach Krakowa nr IV, V, VI, VII) od 2016 roku. Poniżej zestawienie wymaganych prac od roku 2016:

Roboty budowlane	2016	2019	2021	2023
Remonty częściowe i bieżące nawierzchni bitumicznych	10 000,00 m ²	10 000,00 m ²	100 000,00 m ²	Remonty nawierzchni bitumicznych - 200 000,00 m ² Remonty częściowe - 1000,00 t. przy śr. Gr. 6 cm powierzchnia = ok. 6700,00 m ²
Remonty częściowe i bieżące nawierzchni tłuczniowych	5 000 m ²	5 000 m ²	20 000,00 m ²	30 000,00 m ²
Remonty częściowe i bieżące chodników z płyt betonowych i kostki betonowej	2 000 m ²	2 000 m ²	20 000,00 m ²	20 000,00 m ²
Remonty częściowe i bieżące nawierzchni brukowych z kamienia naturalnego	1 000 m ²	1 000 m ²	1 000 m ²	1 000 m ²
Remonty częściowe i bieżące krawężników kamiennych	1 000 mb	1 000 mb	20 000 mb	20 000 mb
Remonty częściowe i bieżące nawierzchni żywicznych typu ECO - way			200,00 m ²	
Ułożenie geokarty typu GeomaX			500,00 m ²	

Odnosząc się do zarzutu o nadmiarowe doświadczenie w zakresie prac na terenach zabytkowych objętych nadzorem konserwatora zabytków, wyjaśniamy, że w postępowaniu

15/IV/2022 „Naprawa i remonty dróg zarządzanych przez ZDMK w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej z podziałem na 4 obszary utrzymaniowe – Obszar 1 obejmujący Dzielnice I,II, III” Zamawiający wymagał dodatkowo:

Cyt.: „Wykonawca winien wykazać się robotami utrzymaniowymi na terenach zabytkowych objętych nadzorem konserwatora zabytków miastach / aglomeracji miejskiej powyżej 400 tys. mieszkańców, co najmniej:

- nawierzchnia z piaskowca – 200 m²
- nawierzchnie wapienne – 2 500 m²
- nawierzchnie granitowe – 10 000 m²
- nawierzchnie porfirowe – 8 000 m²
- nawierzchnie z bazaltu – 50 m²”

Natomiast w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania Zamawiający biorąc pod uwagę obszar działania wymaga jedynie:

Cyt.: „wiedzy i doświadczenia ...następujących prac:

- roboty utrzymaniowe na terenach zabytkowych objętych nadzorem Konserwatora Zabytków w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500 000 mieszkańców.”

Ponadto w ramach wykonanych prac na terenach zabytkowych związanych z postępowaniem 3/VIII/2021 oraz na podstawie umowy zawartej w trybie art. 214 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (postępowaniem oznaczone nr 15/XI/2022 dot. realizacji zadania: „Naprawa i remonty dróg w Zarządzie Dróg Miasta Krakowa oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej – Dzielnice IV, V, VI, VII”) zostały zrealizowane następujące roboty:

1. Ul. Pomorska 1541 m2 wyremontowanej nawierzchni drogi, kwota wynagrodzenia 807637,43 zł brutto.
2. Ul. Prądnicka : 10 720 m2 wyremontowanej nawierzchni drogi, kwota wynagrodzenia 5 383 198,97 zł brutto.
3. Al. Słowackiego/Mickiewicza : wyremontowanej nawierzchni drogi 14053 m, kwota wynagrodzenia 2 630 717,84 zł brutto.
4. Ul. Kaczorówka 2043 m2 wyremontowanej nawierzchni drogi, kwota wynagrodzenia 1 912 869,94 zł brutto.
5. Al. Krasińskiego 2125 m2 wyremontowanej nawierzchni drogi, kwota wynagrodzenia 576 400,61 zł brutto.
6. Peron przystankowy przy Kopcu T. Kościuszki 165 m2 wyremontowanej nawierzchni drogi, kwota wynagrodzenia 54 653,26 zł brutto.

W poprzednich latach Zamawiający na obszarze 3 (obejmującym dzielnice IV-VII) nie planował i nie realizował zadań na terenach objętych ochroną konserwatorską w tak dużym zakresie. W związku z tym zaistniała konieczność wprowadzenia do obecnej specyfikacji doświadczenia Wykonawcy w zakresie robót utrzymaniowych na terenach objętych nadzorem konserwatora zabytków.

Reasumując należy wskazać, iż wymagania Zamawiającego – zwiększone z w odniesieniu do wymagań zawartych w postępowaniu z 2021 r. wynikają z innych uwarunkowań w 2023 r. związanych w szczególności z odmiennymi warunkami (jeśli chodzi o natężenie ruchu) w jakich realizowane będą roboty objęte zamówieniem. Jednocześnie wymogi te mają ścisły związek z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (vide wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 844/23) *postawienie jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia ogranicza konkurencję w tym sensie, że zawęży krąg wykonawców mogących złożyć*

oferty do wykonawców, którzy posiadają określone doświadczenie. Okoliczność, że jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie spełnia warunku, nie zobowiązuje do obniżenia wymogów przez zamawiającego. Warunek udziału w postępowaniu określa się w korelacji do przedmiotu zamówienia, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe przygotowane postępowanie nie narusza zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

3. Replika na zarzut 1B

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. osobami posiadającymi wykształcenie i kwalifikacje zawodowe, należy wskazać, iż Zamawiający wymaga w przedmiotowym postępowaniu co najmniej jednej osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz posiadającej minimum **3 letnie doświadczenie** przy realizacji robót drogowych na terenach zabytkowych w miastach/aglomeracjach miejskich powyżej 500 000 mieszkańców, przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 02.08.2018 r.

Odnosząc się do wymogów zawartych w innych podobnych zamówieniach (dot. utrzymania dróg na terenie miasta Krakowa), należy wskazać, iż w postępowaniu oznaczonym numerem 15/IV/2022 obejmującym utrzymanie dróg na terenie Dzielnic I-III, Zamawiający również wymagał 3 letnie doświadczenie w realizacji prac na terenach zabytkowych.

Wymaga podkreślenia, iż powyższy wymóg nie odnosi się do posiadania uprawnień lecz doświadczenia przy tego typu pracach.

Ponadto, co należy z całą mocą podkreślić, wymóg posiadania ww. doświadczenia jest stricte związany właśnie z faktem, iż Dzielnice nr IV-VII (czyli teren na którym będzie realizowane zamówienia) jest objęty ochroną konserwatora zabytków. Zatem realizacja robót na tymże obszarze wymaga ścisłej współpracy z konserwatorem zabytków, w zakresie np. uzgodnień sposobu realizowanych robót, uzgodnienia użycia rodzaju materiału. Realizacja robót w takim obszarze wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia, zatem wymóg ten, wbrew temu co twierdzi Odwołujący jest niezbędny celem prawidłowej realizacji zamówienia.

4. Replika na zarzut nr 2

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego wymogu osobistego spełnienia świadczenia w zakresie remontów częściowych.

Remonty częściowe zostały precyzyjnie zdefiniowane w treści SWZ a konkretnie w treści Załącznika nr 6 – w Szczegółowych Specyfikacjach technicznych, gdzie Zamawiający dokonał rozróżnienia na:

- 1) w załączniku nr D-05.03.01a. określone zostały wymagania dla remontu częściowego nawierzchni z kostki kamiennej;
- 2) w załączniku nr D - 05.03.17 w pozycji 1.4.1. remont częściowy nawierzchni bitumicznych został jasno zdefiniowany jako :
zespół zabiegów technicznych, wykonywanych na bieżąco, związanych z usuwaniem uszkodzeń nawierzchni zagrażających bezpieczeństwu ruchu, jak również zabiegi obejmujące

małe powierzchnie (do 5,0m²), hamujące proces powiększania się powstałych uszkodzeń. Pojęcie „remont cząstkowy nawierzchni” mieści się w ogólnym pojęciu „utrzymanie nawierzchni”, a to z kolei jest objęte ogólniejszym pojęciem „utrzymanie dróg”;

- 3) w załączniku nr D - 05.03.17a *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy nawierzchni bitumicznych remonterem;*
- 4) w załączniku D - 05.03.23b *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy nawierzchni z betonowej kostki brukowej – gdzie wskazano, iż naprawa pojedynczych uszkodzeń nawierzchni z betonowej kostki brukowej o powierzchni do około 5m².*
- 5) w załączniku D - 08.02.01a *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy chodnika z płyt betonowych;*
- 6) w załączniku D - 08.02.02a *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy chodnika z betonowej kostki brukowej;*
- 7) w załączniku D-08.05.03a *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy ścieku przykrawężnikowego kostka kamienna;*
- 8) w załączniku D-08.05.06b *określone zostały wymagania p.n.: remont cząstkowy ścieku przykrawężnikowego kostka betonowa.*

Należy wskazać, iż wbrew temu co twierdzi Odwołujący jakoby termin remont cząstkowy „ jest pojęciem pod którym tak naprawę nie wiadomo co się mieści” – Zamawiający jasno i precyzyjnie określił i zdefiniował rodzaj robót zwanych remontem cząstkowym.

Należy zwrócić uwagę, iż Przystępujący zadał pytanie do treści SWZ (pytanie nr 6), w którym wnosił o doprecyzowanie Zamawiający pod pojęciem remont cząstkowy nawierzchni bitumicznych. Są to zatem punktowe i rozmiarowo niewielkie prace polegające m.in. na uzupełnianiu ubytków w nawierzchni, bądź napraw elementów infrastruktury drogowej w niewielkim zakresie robót.

Najczęstszymi robotami wchodzącymi w zakres remontów cząstkowych są remonty nawierzchni bitumicznej – czyli na realizacji robót polegających m.in. na tzw. łataniu dziur w nawierzchniach asfaltowych, głównie w okresie wiosennym. Pozostałe remonty cząstkowe są wykonywane znacznie rzadziej.

Na marginesie, należy również wskazać, iż jeśli Odwołujący miał wątpliwości, dotyczące zakresu tegoż pojęcia to mógł zadać stosowne pytanie Zamawiającemu, czego nie uczynił.

Natomiast należy szerzej również odnieść się do kwestii, z jakiego powodu Zamawiający uznał kluczowy zakres zamówienia, wymagający doświadczenia wykonawcy związane ze specyfiką wykonania napraw w mieście o gęstej zabudowie jak również na głównych ciągach komunikacyjnych o strategicznym znaczeniu dla miejskiego transportu.

W remontach tych, czas oraz jakość wykonania jest priorytetem dla Zamawiającego. Każda, nawet niewielka wada nawierzchni, taka jak dziura w drodze, zagłębienie, stanowi potencjalne zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu drogowego. Stanowi również potencjalne zagrożenie z tytułu dochodzonych od zarządcy drogi odszkodowań z tytułu szkód, których przyczyną jest niewłaściwy stan

infrastruktury drogowej. Rocznie względem Zarządu Dróg Miasta Krakowa kierowanych jest kilka-set roszczeń z tego tytułu.

Stąd zatem wynika priorytet i kluczowość robót związanych z realizacją remontów częściowych. Tak, też Zamawiający określił zapisy Projektowanych postanowień umownych, gdzie w § 3 ust. 25 i ust. 26 wprowadzono zapis, iż Wykonawca realizując umowę zobowiązany jest, aby:

25. *Uszkodzenia nawierzchni jezdni lub chodników zagrażające bezpieczeństwu ruchu Wykonawca oznakuje lub zabezpieczy w okresie do 1 godziny od przyjęcia zgłoszenia i naprawi w okresie do 12 godzin od momentu przyjęcia zgłoszenia. Do prac zabezpieczających Wykonawca może zastosować masę na zimno w przypadku ubytków.*
26. *Uszkodzenia powstałe w wyniku sytuacji awaryjnych, zagrażające bezpieczeństwu ruchu, Wykonawca oznakuje w okresie do 1 godziny od przyjęcia zgłoszenia i rozpocznie prace niezwłocznie, lecz nie później niż do 2 godzin od momentu przyjęcia zgłoszenia”.*

Należy wskazać, również kolejną okoliczność, czyli fakt, że zamówienie dotyczy napraw i remontów dróg, nakłady czasu pracy wymagane do wykonania remontów częściowych są nieporównywalnie większe niż wykonanie pozostałego zakresu prac wykazanego w przedmiarze robót.

Ustawa p.z.p. nie definiuje pojęcia kluczowych części zamówienia, natomiast istnieje szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Za „kluczowe zadania dotyczące zamówień na roboty budowlane” i „kluczowe zadania dotyczące prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy” należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego doświadczenie zapewni należyte wykonanie zamówienia (vide wyrok z 27.05.2019 r., KIO 867/19, , oraz wyrok z 21.09.2017 r., KIO 1837/17).

W wyroku z 3.11.2021 r., KIO 3053/21, skład orzekający zwrócił uwagę, że „owszem, można polemizować, czy dana zastrzeżona część jest kluczowa dla danego zamówienia, jednak należy zauważyć, że w pierwszej kolejności będzie to indywidualna, subiektywna ocena danego zamawiającego dokonana w odniesieniu do danego zamówienia. Ocena ta, oczywiście, powinna być weryfikowalna również obiektywnie, tzn. czy nie jest znacząco rozbieżna z powszechnym poglądem w branży, wiedzą techniczną, racjonalnością itp., ale może być odmienna od indywidualnych i subiektywnych poglądów innych podmiotów, np. w tym wypadku Odwołującego. Spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym można postrzegać właśnie jako spór pomiędzy dwiema subiektywnymi opiniami dwóch podmiotów, z których każdy dokonywał oceny poprzez pryzmat swoich interesów – Zamawiający, jaki sposób wykonania uznaje za najbardziej bezpieczny dla jego jakości i terminowości, a Odwołujący – jaki jest dla niego najkorzystniejszy jako podmiotu gospodarczego zainteresowanego realizacją lub udziałem w realizacji przedmiotu zamówienia”.

Jak wykazał Zamawiający za uznaniem kluczowości części robót, wskazanych przez Zamawiającego w oparciu o dyspozycję art. 121 p.z.p. stoją obiektywne przesłanki. Ponadto w ocenie Zamawiającego zastrzeżenie osobistego wykonania tychże, kluczowych zadań przez wykonawcę nie będzie prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia.

Zarzut nr 2 należy uznać zatem za nieuzasadniony.

Reasumując należy stwierdzić, iż podniesione zarzuty w treści odwołania są zdaniem Zamawiającego niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie wobec czego wnoszę jak we wstępie.

Załączniki:

- email Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie z dnia 22.01.2024 r.
- email Wydziału Miejskiego Inżyniera Ruchu w Krakowie z dnia 19.01.2024 r.

w imieniu Zamawiającego