Sygn. akt: KIO 2654/20

WYROK
z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2020 r. przez Odwołującego **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu (ul. Zielona 8, 61-851 Poznań)** oraz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie I. 1 i 2 odwołania
2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3.kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** i
3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)**tytułem wpisu od odwołania,
3.2zasądza od Odwołującego **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu (ul. Zielona 8, 61-851 Poznań)** oraz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2654/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „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 POIIŚ 5.1-35 pn. Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III" w systemie „projektuj i buduj".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 października 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 193-465489.

Odwołujący Budimex S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenieart. 647 Kodeksu cywilnego, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353^1 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 -warunków umwy 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 orzeczniczą 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, 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 zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, 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, 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednio zmian w treści SIWZ i ewentualnie odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu.

Punkt 13 powinien zdaniem Odwołującego otrzymać 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.

Natomiast postanowienie 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" (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) w opinii Odwołującego powinna zostać w całości usunięta i zastąpiona postanowieniem o następującej treści: „Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia".

Punkt 8.6.1. SIWZ o treści:

„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,"

powinien w ocenie Odwołującego otrzymać 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 min złotych brutto obejmującą budowę drogi klasy Z o długości min. 2 km.

b) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 10 min 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 oraz co najmniej dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/rozbudowy drogi klasy min. Z o długości minimum 2,0 km."

Punkt 8.6.2. pkt. 1) SIWZ: **„1) projektant branży mostowej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej, 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"**

powinien w ocenie Odwołującego otrzymać nowe, następujące brzmienie:

„1) projektant branży mostowej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej posiadająca co najmniej 10 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta w tym zrealizował (zakończył) jako projektant dwie usługi projektowe (projekt budowlany i wykonawczy) budowy/przebudowy wiaduktu/tunelu (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub pozwolenia na budowę"

Punkt 8.6.2 pkt. 3) o treści:

„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 min. zł brutto obejmującą budowę wiaduktu/tunelu nad/pod czynną linią kolejową/".

powinien w ocenie Odwołującego otrzymać 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 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

Punkt 8.6.2 pkt. 4) SIWZ o treści:

„4) projektant branży drogowej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej 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),"

powinien w ocenie Odwołującego otrzymać nowe, następujące brzmienie:

„4) projektant branży drogowej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej drogowej, posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie (licząc od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku projektanta, w tym zrealizował (zakończył) jako projektant 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)/".

Punkt 8.6.2 pkt. 10) SIWZ o treści:

„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,"

powinien otrzymać w ocenie Odwołującego 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 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,".
Punkt 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 inżynieryjnej 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 inżynieryjnej 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.;
powinien otrzymać w opinii Odwołującego 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 inżynieryjnej 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 funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych na robocie budowlanej obejmującej swym zakresem budowę wiaduktu/tunelu drogowego 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 Inżynieryjnej 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 funkcję kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, na dwóch robotach budowlanych obejmujących swym zakresem budowę wiaduktu/tunelu drogowego oraz budowę/przebudowę infrastruktury towarzyszącej w postaci odwodnienia i kolizji sieci podziemnych, o wartości nie mniejszej niż 10 mln złotych brutto każda - 20 pkt.
Punkt 20.7.4 SIWZ o treści:
„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 funkcje 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 linię 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.
powinien w opinii Odwołującego otrzymać 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 funkcje przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.
Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:
1)Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że zrealizował (zakończył) dwa projekty (projekt budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu 5 pkt.
2)Wskazanie projektanta branży mostowej, który wykaże, że zrealizował (zakończył) następujące trzy projekty (projekt

budowlany i wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji ZRID lub decyzji pozwolenia na budowę wiaduktu/tunelu - 10 pkt.
Maksymalnie w kryterium „doświadczenie projektanta branży mostowej w zakresie opracowanych dokumentacji" oferta Wykonawcy może uzyskać 10 pkt.
Zarzut z pkt I ppkt. 1)
Zamawiający wprowadził postanowienia, zgodnie z którymi: 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, zacytowana część postanowienia §29 projektu umowy stanowi naruszenie art. 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353 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.
Odwołujący wskazał, że takie uprawnienie Zamawiającego jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353^1 Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru umowy. Na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez wstrzymywanie odbiorów, co jest praktyką niedopuszczalną.
Odwołujący przytoczył liczne wyroki sądów w tym zakresie.
Zarzut powyższy został przez Odwołującego wycofany w trakcie posiedzenia z udziałem stron.
Zarzut z pkt I ppkt. 2)
Zamawiający wprowadził obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, określając jego 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.
Odwołujący wskazał, że 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.
Zarzut powyższy został przez Odwołującego wycofany w trakcie posiedzenia z udziałem stron.
Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 3)
Odwołujący wskazał, że Zamawiający regulując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w znaczny sposób ograniczył krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.
W ocenie Odwołującego ustanowienie warunków udziału nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach oraz narusza wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.
Zamawiający jest zobowiązany do opisania 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.
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 zbytnio zawęził w pkt. 8.6.1. 5-letnl 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 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 doświadczenie w wykonaniu tego typu obiektów inżynierskich oraz dysponowanie wymaganym personelem, sprawującym m.in. samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, dając tym samym rękojmię należytego i rzetelnego wykonania przedmiot zamówienia.
Odwołujący zwrócił uwagę, że na przestrzeni 5 ostatnich lat trudno doszukać się wielu tak skomplikowanych zadań obejmujących, w szczególności projekt 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 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. 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 jedynie projektantami głównymi, bowiem tak skomplikowane zadania musiały być projektowane przez wieloosobowe biura projektowe, koordynowane jedynie przez projektanta „głównego". Stopień skomplikowania tego typu inwestycji obejmują także zadania obejmujące swym zakresem przebudowę tego typu obiektów, a nie tylko jego budowę i nie ma większego znaczenia czy dany obiekt był czy nie był budowany czy przebudowywany nad lub pod linią kolejową.
Odwołujący zwrócił uwagę, że w obowiązujących przepisach, w szczególności w szerokorozumianym 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 przedstawił Odwołujący wobec zarzutu i wniosku 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.
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.
Odwołujący argumentował, że 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. 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. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości.
Ad. Zarzut z pkt I ppkt. 4)
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. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to zdaniem Odwołującego, 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).
Odwołujący wskazał, że: „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 budowę 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 ocenił, że wystarczającym i proporcjonalnym warunkiem oraz kryterium oceny ofert dającym rękojmie 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.
4listopada 2020 roku, celem rozszerzenia konkurencji, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ m.in. w następującym zakresie:
- zmiany w zakresie §29 ust. 13 pkt 1) tom II SIWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym w odwołaniu,
- w zakresie pkt. 23.1 nadając mu brzmienie „Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: - wykonanie konstrukcji nośnej wiaduktu/tunelu. Zastrzeżenie to nie obejmuje specjalistycznych robót torowych na wiadukcie/tunelu oraz fundamentów ze ścian szczelinowych - nr poz. W RCO - 5a".

a)w zakresie projektanta branży mostowej (pkt. 8.6.2 ppkt. 1 SIWZ) zrezygnowano z posługiwania się pojęciem projektant główny,
b)w zakresie kierownika budowy (pkt. 8.6.2 ppkt. 3 SIWZ) rozszerzono okres umożliwiający się wykazaniem odpowiednią robotą budowlaną z 5 do 7 lat,
c)w zakresie projektanta branży drogowej (pkt. 8.6.2 ppkt. 4 SIWZ) zrezygnowano z posługiwania się pojęciem projektant główny,
d)w zakresie kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych (pkt. 8.6.2 ppkt. 10 SIWZ) zmniejszono okres wymaganego doświadczenia z 5 do 3 lat.

Zamawiający dokonał także modyfikacji SIWZ w zakresie doświadczenia kierownika budowy (pkt. 20.7.3 SIWZ) poprzez rozszerzenie okresu umożliwiającego wykazanie się odpowiednią robotą budowlaną z 5 do 7 lat.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z uwagi na okoliczność, że Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zarzuty odwołania opisane w punkcie I 1 i 2 odwołania, konieczne stało się umorzenie postępowania w zakresie tych zarzutów.
W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.
Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie miały artykuły: 22 ust. 1a oraz 22d ust. 1, a także 91 ust. 1, art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z artykułem 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
Zgodnie z artykułem 22d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.
Zgodnie z artykułem 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu było określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i 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.
Ponadto zdaniem Odwołującego, sformułowane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu „skazują" wykonawcę na współpracę z podmiotami trzecimi. Zamawiający nie zachował zatem równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego a wykonawców.
Zarzuty Odwołującego są bezzasadne.
Zamawiający nie naruszył żadnego z ww. artykułów. Odwołujący nie wykazał, aby warunki udziału w postępowaniu zostały skonstruowane w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
Okoliczność, że warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny dla Odwołującego, nie oznacza, że Zamawiający ograniczył konkurencyjność w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia.
Warunki udziału w postępowaniu stanowią sprawdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Zamawiający ustanawia warunki udziału w postępowaniu w tym celu, aby zamówienie było realizowane przez wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu służy zatem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia i uzyskaniu potwierdzenia, że wykonawca zapewni należyte wykonanie zamówienia.
Nie można uznać, aby warunki udziału w postępowaniu były nadmierne. Przeciwnie, odpowiadają one założeniom wynikającym z ustawy. Zamawiający ustanawiając warunki udziału w postępowaniu w celu wykazania się odpowiednią zdolnością techniczną przez wykonawców, wymagał okresu zgodnego z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W myśl § 2 ust. 4 pkt. 2 tego rozporządzenia, okres taki wynosi 5 lat. Natomiast (stosownie do treści rozporządzenia) w zakresie usług projektowych, Zamawiający może żądać wykazaniem się zamówieniami zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wydłużył okres do 5 lat.
W żaden sposób nie można uznać, aby Zamawiający, który stosuje przepisy Rozporządzenia, naruszał ustawę Prawo zamówień publicznych, ograniczał konkurencyjność w postępowaniu.
Tym bardziej, że wskazany okres w treści Rozporządzenia służy celom, jakie zostały opisane w doktrynie, na co także powoływał się Zamawiający: „Określenie granicznego terminu, w jakim można posługiwać się zdobytym doświadczeniem, pozwala na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców posiadających aktualne doświadczenie i wiedzę pochodzące z wykonania odpowiednich robót budowlanych, dostaw lub usług. W związku z ciągłym rozwojem technologii, doświadczenia i wiedza zdobyte we wcześniejszym okresie działalności mogą być bowiem przynajmniej częściowo nieadekwatne do wymagań formułowanych w prowadzonym postępowaniu" (J. Pieróg (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2015, Legalis 2020). Ponadto jak wskazał Zamawiający, zarówno PKP Polskie Linie Kolejowe S.A oraz Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzą szereg inwestycji wartych miliardy złotych finansowanych bądź współfinansowanych ze środków UE, w trakcie realizacji

których możliwe było nabycie pożądanego w SIWZ doświadczenia, uzyskanego w okresie ostatnich lat.
Nie jest zatem w ocenie Izby nadmiernym postawione wymaganie w zakresie doświadczenia projektantów i kierownika budowy. Wykazanie doświadczenia w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert ma związek z okresem wynikającym z Rozporządzenia, a nadto z ciągłym rozwojem, gdzie wiedza i doświadczenie zdobyte we wcześniejszym okresie działalności mogą być przynajmniej częściowo nieadekwatne do wymagań, którymi objęte jest sporne pomiędzy stronami zamówienie.
W zakresie żądania usunięcia z treści warunku projektu budowy tunelu pod linią kolejową Zamawiający wskazał, że jest to najważniejszy zakres przedmiotowego zadania. Zamawiający wskazał także, że zrezygnował z żądania wykazania się wykonaniem robót budowlanych w tym zakresie (dopuszczono bowiem wykonanie wiaduktu / tunelu nad lub pod linią kolejową), natomiast zrezygnowanie z tego wymogu również na etapie projektowania byłoby w opinii Zamawiającego niecelowe.
Nie można uznać, aby żądanie Zamawiającego odnoszące się do wykazania doświadczenia w zakresie projektowania istotnego elementu, który stanowi przedmiot zamówienia, a więc tunelu pod linią kolejową, stanowiło wymaganie nadmierne. Wręcz przeciwnie, żądanie wykazania umiejętności zrealizowania takich elementów, które będą stanowiły przedmiot zamówienia, jest naturalne i prawidłowe. Jak wskazano powyżej, Zamawiający ustanawia warunki udziału w postępowaniu w tym celu, aby zamówienie było realizowane przez wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy. Zamawiający poszukuje wykonawcy doświadczonego w realizacji konkretnego zadania w tym celu, aby mieć pewność, że wykonawca ten podoła określonemu zadaniu. Odwołujący nie wykazał, aby umiejętność zrealizowania projektu budowy estakady czy obiektu mostowego odpowiadała wiedzy, umiejętnościom i doświadczeniu w zakresie projektu tunelu pod linią kolejową.
Co istotne, Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w sposób identyczny, jak w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym nie jest zasadny zarzut nadmierności opisu warunku udziału w postępowaniu.
Odwołujący nie wykazał także, aby nadmierne było wymaganie Zamawiającego dotyczące warunku w zakresie doświadczenia projektanta branży mostowej i kierownika budowy (pkt 8.6.2 ppkt. 1 i 3 SIWZ), w którym zawarto wymóg wykonania projektu/budowy wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową. Zamawiający wyjaśnił, że żądanie rozszerzenia tego wymogu w zakresie projektanta branży mostowej o „przebudowę" nie jest adekwatne, ponieważ dla Zamawiającego istotna jest znajomość procedur związanych z przejęciem terenów przyległych i włączeniem ich w pas drogi publicznej. Projektant, który dokonywał jedynie przebudowy wiaduktu bądź tunelu ze względu na brak doświadczenia w tym zakresie, nie będzie zatem dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia. Izba uznała za wystarczające wyjaśnienia Zamawiającego. Ponownie należy uznać, że Zamawiający uprawniony jest do opisania wymagań, które zapewnią mu wyłonienie wykonawcy, który będzie posiadał adekwatne doświadczenie.
Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał, że warunki postawione przez Zamawiającego „skazują" wykonawcę na współpracę z podmiotami trzecimi lub w ramach konsorcjum, co także wpływa na cenę zamówienia. W jego ocenie, lepiej byłoby powierzyć zadanie podmiotowi, który będzie realizował zamówienie w oparciu o zasoby własne, nie zaś współpracował z innymi podmiotami, których nie zna tak dobrze, jak pracowników własnych.
Podstawą zarzutu nie jest zatem okoliczność, że Odwołujący nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, a okoliczność, że nie będzie miał możliwości zrealizować go samodzielnie.
Nie jest zadaniem Zamawiającego dostosowywanie opisu warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby umożliwić wykonawcy samodzielny udział w postępowaniu, bez podmiotu trzeciego, czy podwykonawcy. Zamawiający, wbrew twierdzeniu Odwołującego w pierwszej kolejności zobowiązany jest zabezpieczyć prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, a to może osiągnąć dzięki dokonaniu wyboru wykonawcy, który posiada doświadczenie w realizacji zadania takiego samego lub podobnego do tego, które stanowi przedmiot zamówienia. W gestii wykonawcy jest decyzja, w jaki sposób przystąpi do złożenia oferty i realizacji zamówienia – samodzielnie, z pomocą podwykonawców, czy przy udziale podmiotów trzecich. Okoliczność, że wykonawca nie jest w stanie samodzielnie realizować zamówienia, a jedynie przy udziale innych podmiotów, nie oznacza utrudnienia konkurencyjności przez Zamawiającego. Udział podmiotów trzecich w postępowaniu jest czymś naturalnym na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można zatem uznać, aby poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu, których Odwołujący nie jest w stanie spełnić samodzielnie, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.
Oznacza to, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Tym bardziej, że jest to jedno z kilku różnych kryteriów oceny ofert.
W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w odniesieniu do kierownika budowy Zamawiający określił dwa zadnia, z których w jednym można uzyskać 10, a w drugim 20 punktów. Wykonawca ma zatem dwie możliwości spełnienia tego kryterium.
Ponadto obydwa zadania są związane z przedmiotem zamówienia, nie są to jednak zadania identyczne jak te, które określa przedmiot zamówienia. Zadanie to pozwala na premiowanie wykonawcy, który posiada wiedzę i doświadczenie w ramach elementów, które są związane z niniejszym przedmiotem zamówienia oraz dodatkowe. Jak wyjaśnił Zamawiający, zrealizowanie robót w czynnym ruchu kolejowym związane jest w szczególności z koniecznością uwzględnienia ruchu pociągów, w tym zwłaszcza aspektu zamknięć torowych oraz specyfiki funkcjonowania takiego placu budowy. Nie sposób zaprzeczyć, że osoba, która wykonywała już prace na czynnej linii kolejowej da wykonawcy, a przez to także Zamawiającemu, większą jakość i pewność co do należytego wykonania zamówienia.
Zrealizowanie projektu obejmującego swym zakresem budowę wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową daje lepsze przełożenie na jakość wykonania zamówienia niż wykazanie się doświadczeniem jedynie w realizacji projektów obejmujących swym zakresem budowę jedynie budowę wiaduktu/tunelu drogowego.
Z treści przepisów nie wynika, aby kryterium musiało być identyczne z przedmiotem zamówienia, może ono dotyczyć przedmiotu zamówienia.
Odwołujący nie wykazał także, aby projektowanie wiaduktu nad linią kolejową było identyczne z projektowaniem tunelu pod tą linią. Projektant tunelu musi wziąć pod uwagę inny sposób realizacji tego zamówienia, uwzględniający jego specyfikę.

Zamawiający wyjaśnił, że działając z zamiarem rozszerzenia konkurencyjności, zmniejszył wymóg do wykazania się projektami budowy wiaduktu/tunelu nad/pod linią kolejową. Jak wskazał, jest dla Zamawiającego oczywiste, że osoba mająca takie doświadczanie, w lepszy sposób przyczyni się do należytego wykonania zamówienia, niż proponowany przez Odwołującego projektant wiaduktu bądź tunelu drogowego, który z linią kolejową nie miał nic wspólnego.
Odwołujący nie wykazał, aby tak ustalone kryteria oceny ofert naruszały zasady konkurencji, w szczególności poprzez faworyzowanie jednego spośród potencjalnych wykonawców. Okoliczność, że Odwołujący mógłby otrzymać mniejszą niż maksymalna liczbę punktów nie oznacza, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Kryteria oceny ofert w powiązane są z przedmiotem zamówienia i mogą się przyczynić do jego lepszego zrealizowania, co wyczerpuje dyspozycję art. 91 ust. 2 pkt. 5 Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Odwołującego, bardziej adekwatnym kryterium byłby np. 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.
Jak wskazano powyżej, przedmiotowe kryterium jest jednym z kilku innych kryteriów oceny ofert, zaś kryterium w postaci okresu rękojmi zostało przez Zamawiającego już określone.
Odwołujący przedstawił wyciągi z SIWZ w pięciu innych postępowaniach prowadzonych przez pięciu innych Zamawiających, w których występował podobny przedmiot zamówienia, ale warunki nie były tak szczegółowe.
W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego dowody pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Dowody w postaci wyciągów ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innych postepowaniach w ocenie Odwołującego miały na celu wykazać, że powszechnym działaniem Zamawiających jest ogólne opisywanie warunków udziału w postępowaniu w przeciwieństwie do niniejszego postępowania.
Jak wskazano powyżej, Zamawiający ma prawo określić warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, aby odpowiadał on temu, co będzie realizowane jako przedmiot zamówienia. Okoliczność, że w innych postępowaniach przetargowych Zamawiający określili inne warunki udziału w postępowaniu nie oznacza automatycznie, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył przepisy ustawy, w szczególności, że naruszył zasady konkurencyjności w postępowaniu.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……..