Sygn. akt: KIO 49/21

WYROK

z dnia 12 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o. o., pl. Wiosny Ludów 2 61-831 Poznań

przy udziale wykonawców:

A)Graph'it sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa
B)Porr S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa

zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących § 19 ust. 2 pkt 2 lit. od f) do i), § 19 ust. 3 pkt 7 do 10, § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ – Wzoru Istotnych postanowień umowy oraz pkt 9.2.3.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.2, 9.2.3.2.2.1.2, 9.2.3.2.3.3, 9.2.3.2.4.3 SIWZ;
2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;
3.2. zasądza od wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa na rzeczPoznańskich Inwestycji Miejskich Spółka z o.o., pl. Wiosny Ludów 2 61-831 Poznań, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego
w Warszawie.

……...

……...

……...

Sygn. akt 49/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o., pl. Wiosny Ludów 2 61-831 Poznań prowadzi w imieniu i na rzecz VEOLIA ENERGIA POZNAŃ S.A. z siedzibą w Poznaniu, AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu, Enea Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz własnym, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Rewaloryzacja przestrzeni płyty starego rynku w Poznaniu wraz z przekształceniem fragmentu bloku śródrynkowego (ulicy Jana Baptysty Quadro) w pasaż kultury"*. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.12.2020 r. pod numerem 2020/S 250-623164. W dniu 4.01.2021 wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej również jako Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od ww. czynności Zamawiającego, w którym zarzucił mu naruszenie:

1) art. 647 Kodeksu cywilnego („Kc"), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353^1 Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie określonych w §19 ust. 2 pkt 2) lit. od f) do i) oraz § 19 ust. 3 pkt 7) do 10) oraz § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień 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, 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.

2) 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.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie części postanowienia pkt. 9.2.3 SIWZ (i odpowiednio także ogłoszenia
o zamówieniu):

9.2.3.1 Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie:

9.2.3.1.5. co najmniej 2 roboty budowlane polegające na remoncie sieci wodociągowej w technologii reliningu luźnego o długości co najmniej 350 m i średnicy min. 400,

9.2.3.1.6. co najmniej 3 roboty budowlane polegające na remoncie sieci kanalizacyjnej w technologii CIPP o długości co najmniej 300 m i średnicy min. DN400 łub równoważnej w przypadku kanałów jajowych,

9.2.3.1.1. co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze dotyczące robót budowlanych, obejmujących skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych iub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury, na terenie leżącym w strefie ochrony konserwatorskiej,

9.2.3.1.2. co najmniej 2 roboty budowlane, obejmujące skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda,"

„9.2.3.2.2. Projektantami branżowymi (min. 1 osoba w każdej branży) posiadającymi:

9.2.3.2.2.1. branża drogowa:

9.23.2.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.2.1.2. doświadczenie - liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności - 4, w tym minimum 2 projekty budowlane i wykonawcze łub projekty budowlano- wykonawcze dot. budowy nowej drogi/ ulicy lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej drogi/ ulicy o nawierzchni z kostki kamiennej lub betonowej,"

„9.*2.3.2.3. Kierownikiem Budowy - min. 1 osobą posiadającą:*

9.2.3.2.3.1.uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.3.2.min. staż zawodowy - minimum 5-letnie doświadczenie w nadzorowaniu/ kierowaniu robotami budowlanymi,

9.2.3.2.3.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda,

„9.*2.3.2.4. Kierownikiem robót w specjalności drogowej - min. 1 osobą posiadającą:*

9.23.2.4.1.uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.23.2.4.2.min. staż zawodowy - minimum 5-letnie doświadczenie

w nadzorowaniu/kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.23.2.4.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót

budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych łub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 oraz infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej) sieci gazowej oraz wodociągowej - o wartości robót co najmniej 15.000.000,00 PLN brutto każda,"

„9.2.3.2.12. Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie zgrzewania PE- min. 2 osoby posiadające:

9.2.3.2.12.1.odpowiednie uprawnienia do zgrzewania PE zgodnie z wymaganiami normy PN- EN 13067 lub równoważne,

9.2.3.2.13.Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie stosowania PE - min. 1 osoba posiadająca:

9.2.3.2.13.1.aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne (nie starsze niż 5 lat) potwierdzające wiedzę w zakresie stosowania polietylenu w sieciach gazowych, w tym do kierowania budową / nadzoru nad budową gazociągów z polietylenu,

9.2.3.2.14.Specjalistą ds. badania wizualnego połączeń spawanych - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.14.1.kwalifikacje w zakresie czynności jakie ma wykonywać, zgodnie z normą PN-EN ISO 9712 lub równoważne - wymagany certyfikat VT2 lub równoważny,

9.2.3.2.15.Spawacz-min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.15.1.aktualne uprawnienia wg normy PN-EN ISO 9606-1 lub równoważne."

„9.2.3.2. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony/ jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

9.2.3.2.1.Koordynatorem zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

9.2.3.2.1.2.min. staż projektowy - 3 lata,

9.2.3.2.1.3.doświadczenie - min. liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności -2, w tym minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej - gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu Wykonawcy do zastosowania metodyki BIM,"

„9.2.3.2.10. Koordynatorem / Projektantem BIM - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.10.1.doświadczenie szczegółowe: udział w wykonaniu min. 2 zamówień polegających na opracowaniu modelu BIM jako PFU lub projektu budowlanego i/lub wykonawczego, o wartości co najmniej300 000,00zł brutto,"

9.2.3.2.11. Managerem BIM-min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.11.1.wykształcenie wyższe,

9.2.3.2.11.2.doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera BIM
i faktycznej koordynacji minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego łub projektu budowlano-wykonawczego dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu/parkingu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej—gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu/parkingu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM,

3) 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 wskazuje, że Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie w pkt 18.2.4 SIWZ o treści:

„18.2.3. Punkty za kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej" (KB) - Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej, jeżeli jedna ze wskazanych osób w ciągu ostatnich pięciu lat pełniła ww. funkcję techniczną przy inwestycji w ramach której wykonano ponad2000 m2 nawierzchni z kostki z kamienia naturalnego układanej rzędowo. Zamawiający przyzna 6 pkt za każdą wykazaną inwestycję.

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej można uzyskać maksymalnie 12 pkt, pod warunkiem, że dwukrotność doświadczenia jest wykazywana przez jedną z ww. osób."

„18.2.4. Punkty za kryterium „doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta" (KZP) - Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 10 do SIWZ IDW, jako Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium.

W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Koordynator zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełniania odpowiedniego warunku, doświadczenie w wykonaniu projekt budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano- wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej — gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi /ulicy / placu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM - otrzyma 6 pkt."

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wniósł o:

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

a. § 19 ust. 2 pkt. 2) lit. od f) do i) Załącznika nr 1 do SIWZ — Wzoru Istotnych postanowień umowy:

f) jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, to Zamawiający odmówi odbioru, wyznaczając Wykonawcy dodatkowy termin na usunięcie wad, nie dłuższy jednak niż 14 dni roboczych,

g) Wykonawca po usunięciu wad stwierdzonych przez Zamawiającego w toku czynności, o których mowa w lit. f) powyżej, ponownie zgłasza gotowość do odbioru, o której mowa w lit. a) powyżej.

h) Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru w terminie 5 dni roboczych od dnia ponownego zgłoszenia gotowość do odbioru.

i) W przypadku gdy Zamawiający stwierdził wady nieistotne, o których mowa w lit. f), a Wykonawca usunął wady w terminie wyznaczonym przez Zmawiającego, poczytywać się to będzie jako wykonanie zobowiązań w terminach zgodnych z Umową."

- została zmieniona tak aby Zamawiający dokonywał odbioru robót budowlanych pomimo stwierdzenia wad nieistotnych a termin na usuniecie wad był uzgadniany pomiędzy stronami i zakładał technologiczne możliwości usunięcia wad w uzgodnionym terminie.

b. § 19 ust. 3 pkt. 7) do 10) Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień umowy:

7) jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nadające się do usunięcia - Zamawiający odmawia odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin usunięcia wad,

8) Wykonawca po usunięciu wad stwierdzonych przez Zamawiającego ponownie zgłasza gotowości do Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy,

9) Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru w terminie 5 dni roboczych od dnia ponownego zgłoszenia gotowość do odbioru,

10) w przypadku gdy Zamawiający stwierdził wady nieistotne, o których mowa w ust. 7), a Wykonawca usunął wady w terminie wyznaczonym przez Zmawiającego, poczytywać się to będzie jako wykonanie zobowiązań w terminach zgodnych z Umową;"

- została zmieniona tak, aby Zamawiający dokonywał odbioru robót budowlanych pomimo stwierdzenia wad nieistotnych a termin na usuniecie wad był uzgadniany pomiędzy stronami i zakładał technologiczne możliwości usunięcia wad w uzgodnionym terminie.

c. § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień umowy:

„8. Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% jego wartości wraz należnymi odsetkami, w przypadku wnoszenia zabezpieczenia w formie pieniężnej, wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy Wykonawcy w terminie 30 dni od daty skutecznego dokonania bezusterkowego odbioru końcowego."

- została zmieniona tak aby Zamawiający zwalniał lub zwracał Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy po dokonaniu odbioru końcowego bez wad istotnych, ewentualnie poprzez usunięcia w w/w postanowieniu słowa „bezusterkowego".

d. 9.2.3.1 SIWZ:

„9.2.3.1. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich **5 lat** przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie:

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.1. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich **10 lat** przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie: [...]"

e. 9.2.3.1.5. SIWZ:

„9.2.3.1.5. co najmniej 2 roboty budowlane polegające na remoncie sieci wodociągowej w technologii relining luźnego o długości co najmniej 350 m i średnicy min. Ø400,"

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.1.5. co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie/przebudowie/remoncie sieci wodociągowej ~~w technologii relining luźnego~~
o długości co najmniej 350 m i średnicy min400"

f. W pkt 9.2.3.1.6 SIWZ

„9.2.3.1.6. co najmniej 3 roboty budowlane polegające na remoncie sieci kanalizacyjnej w technologii CIPP o długości co najmniej 300 m i średnicy min. DN400 lub równoważnej w przypadku kanałów jajowych.

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.1.6. co najmniej 3 roboty budowlane polegające na remoncie sieci kanalizacyjnej ~~w technologii CIPP~~ o długości co najmniej 300 m i średnicy min. DN400 lub równoważnej w przypadku kanałów jajowych.

g. 9.2.3.1.1. SIWZ:

„9.2.3.1.1. co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze dotyczące robót budowlanych, obejmujących skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, Instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury, na terenie leżącym w strefie ochrony konserwatorskiej"

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.1.1. co najmniej 2 projekty budowlane i wykonawcze dotyczące robót budowlanych, obejmujących skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m2 **lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. chodniki, parkingi itp.)** obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji
i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury, na terenie leżącym w strefie ochrony konserwatorskiej*,"*

h. 9.2.3.1.2. SIWZ

„9.2.3.1.2. co najmniej 2 roboty budowlane, obejmujące skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub plac wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m obejmujących budowę lub przebudowę
sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda"

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.1.2. co najmniej 2 roboty budowlane, obejmujące skoordynowane: budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu wraz z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m 2 lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. chodniki, parkingi itp.) obejmujących budowę lub przebudowę sieci,*instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych oraz wykonaniem zieleni i małej architektury - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda,*

i. pkt 9.2.3.2.2. (9.2.3.2.2.1.2.) SIWZ:

9.2.3.2.2. Projektantami branżowymi (min. 1 osoba w każdej branży) posiadającymi:

9.2.3.2.2.1. branża drogowa:

9.2.3.2.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.2.1.2.doświadczenie - liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności - 4, w tym minimum 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano- wykonawcze dot. budowy nowej drogi / ulicy lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej drogi / ulicy o nawierzchni z kostki kamiennej lub betonowej,

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2.2. Projektantami branżowymi (min. 1 osoba w każdej branży) posiadającymi:

9.2.3.2.2.1. branża drogowa:

9.2.3.2.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.2.1.2.doświadczenie - liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności - 4, w tym minimum 2 projekty budowlane i wykonawcze lub projekty budowlano- wykonawcze dot. budowy nowej drogi / ulicy ***lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. place, chodniki, parkingi itp.)*** *lub rozbudowy lub przebudowy istniejącej drogi / ulicy lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. place, chodniki, parkingi itp.) o nawierzchni z kostki kamiennej lub betonowej,"*

j. 9.2.3.2.3. (9.2.3.2.3.3.) SIWZ:

9.2.3.2.3.Kierownikiem Budowy - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.3.1.uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.3.2.min. staż zawodowy - minimum 5- letnie doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,

9.2.3.2.3.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej 2

zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m^2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda,

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2.3. Kierownikiem Budowy - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.3.1.uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń/

9.2.3.2.3.2.min. staż zawodowy - minimum 5- letnie doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,

9.2.3.2.3.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu ***lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. chodniki itp.)*** *wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m^2 obejmujących budowę lub przebudowę sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, elektroenergetycznych, deszczowych, telekomunikacyjnych - o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto każda”*

k. 9.23.2.4 (9.23.2.4.3.) SIWZ:

9.2.3.2.4, Kierownikiem robót w specjalności drogowej - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.4.1.uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.4.2.min. staż zawodowy - minimum 5- letnie doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.4.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m^2 oraz infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej oraz wodociągowej - o wartości robót co najmniej 15.000.000,00 PLN brutto każda,

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2.4. Kierownikiem robót w specjalności drogowej - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.4.1. uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.4.2.min. staż zawodowy - minimum 5- letnie doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

9.2.3.2.4.3.doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub robót budowlanych przy realizacji co najmniej 2 zakończonych kontraktów (przez zakończony kontrakt rozumieć uzyskanie pozwolenia na użytkowanie lub zgłoszenie zakończenia robót budowlanych do nadzoru budowlanego) obejmujących budowę lub przebudowę drogi lub ulicy lub placu lub parkingu ***lub innych elementów infrastruktury (takich jak np. chodniki itp.)*** *wraz z nawierzchnią z kostki betonowej lub kamiennej lub płyt kamiennych lub betonowych o powierzchni min. 5000 m^2 oraz infrastrukturą w postaci co najmniej oświetlenia drogowego, kanalizacji deszczowej, sieci gazowej oraz wodociągowej - o wartości robót co najmniej 15.000.000,00 PLN brutto każda”,*

l. 9.2.3.2.12, 9.2.3.2.13, 9.2.3.2.14, 9.2.3.2.15 SIWZ:

9.2.3.2.12. Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie zgrzewania PE - min. 2 osoby posiadające:

9.2.3.2.12.1. odpowiednie uprawnienia do zgrzewania PE zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 13067 lub równoważne,

9.2.3.2.13. Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie stosowania PE - min. 1 osoba posiadająca:

9.2.3.2.13.1.aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne (nie starsze niż 5 lat) potwierdzające wiedzę w zakresie stosowania polietylenu w sieciach gazowych, w tym do kierowania budową / nadzoru nad budową gazociągów z polietylenu,

9.2.3.2.14. Specjalistą ds. badania wizualnego połączeń spawanych - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.14.1.kwalifikacje w zakresie czynności jakie ma wykonywać, zgodnie z normą PN-EN ISO 9712 lub równoważne - wymagany certyfikat VT2 lub równoważny,

9.2.3.2.15. Spawacz - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.15.1.aktualne uprawnienia wg normy PN-EN ISO 9606-1 lub równoważne.

- zostanie wykreślona.

m. 9.2.3.2. SIWZ

*9.*2.3.2. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

9.2.3.2.1. Koordynatorem zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

9.2.3.2.1.2. min. staż projektowy - 3 lata,

9.2.3.2.1.3. doświadczenie - min. liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności - 2, w tym minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej - gdzie powierzchnia zaprojektowanej dróg i/ulicy/placu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu Wykonawcy do zastosowania metodyki BIM.

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

9.2.3.2.1. Koordynatorem zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.1.1.uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,

9.2.3.2.1.2. min. staż projektowy - 3 lata,

*9.2.3.2.1.3.doświadczenie - min. liczba wykonanych projektów w odpowiedniej specjalności - 2, w tym minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu/**parkingu/chodnika itp. ~~wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu jest nie mniejsza niż 5000 m2~~**, który został zrealizowany ~~przy umownym zobowiązaniu Wykonawcy do zastosowania~~ **przy zastosowaniu** metodyki BIM”,*

n. 9.2.3.2.10. SIWZ

9.2.3.2.10. Koordynatorem / Projektantem BIM - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.10.1.doświadczenie szczegółowe: udział w wykonaniu min. 2 zamówień polegających na opracowaniu modelu BIM jako PFU lub projektu budowlanego i / lub wykonawczego, o wartości co najmniej 300 000,00 zł brutto,

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2.10. Koordynatorem / Projektantem BIM - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.10.1.doświadczenie szczegółowe: udział w wykonaniu min. 1 zamówienia polegającego na opracowaniu modelu BIM jako PFU lub projektu budowlanego i / lub wykonawczego, ~~o wartości co najmniej 300 000,00 zł brutto~~"

o. 9.2.3.2.11. SIWZ

9.2.3.2.11. Managerem BIM - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.11.1. wykształcenie wyższe,

9.2.3.2.11.2. doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera BIM i faktycznej koordynacji minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu/parkingu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej - gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu/parkingu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM.

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„9.2.3.2.11. Managerem BIM - min. 1 osobą posiadającą:

9.2.3.2.11.1.wykształcenie wyższe,

*9.2.3.2.11.2.doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera BIM i faktycznej koordynacji minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu/**parkingu/chodnika itp.** ~~wraz z infrastrukturą; odwodnieniem/ oświetleniem, przebudową kolizji/ znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu/parkingu jest nie mniejsza niż 5000 m^2~~ który został zrealizowany ~~przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania~~ **zastosowaniu** metodyki BIM,"*

p. 18.2.3. SIWZ:

18.2.3. Punkty za kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej" (KB) - Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej, jeżeli jedna ze wskazanych osób w ciągu ostatnich pięciu lat pełniła ww. funkcję techniczną przy inwestycji w ramach której wykonano ponad 2000 m2 nawierzchni z kostki z kamienia naturalnego układanej rzędowo. Zamawiający przyzna 6 pkt za każdą wykazaną inwestycję.

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej można uzyskać maksymalnie 12 pkt, pod warunkiem, że dwukrotność doświadczenia jest wykazywana przez jedną z ww. osób.

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„18.2.3. Punkty za kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej" (KB) - Zamawiający przyzna następująco:

*Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej, jeżeli jedna ze wskazanych osób w ciągu ostatnich pięciu-lat pełniła ww. funkcję techniczną przy inwestycji w ramach której wykonano ponad 2000 m2 nawierzchni z kostki **lub płyty kamiennej** ~~z kamienia naturalnego układanej rzędowo~~. Zamawiający przyzna 6 pkt za każdą wykazaną inwestycję.*

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności drogowej można uzyskać maksymalnie 12 pkt, pod warunkiem, że dwukrotność doświadczenia jest wykazywana przez jedną z ww. osób."

q. 18.2.4. SIWZ

18.2.4. Punkty za kryterium „doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta" (K2P) - Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 10 do SIWZIDW, jako Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium.

W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Koordynator zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełniania odpowiedniego warunku, doświadczenie w wykonaniu projekt budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano- wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi / ulicy / placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej — gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi /ulicy / placu jest nie mniejsza niż 5000 m^2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM - otrzyma 6 pkt.

Razem w kryterium Doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta można uzyskać maksymalnie 12 pkt.

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„18.2.4. Punkty za kryterium „doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy/ Architekta" (KZP) - Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 10 do SIWZ IDW, jako Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium.

W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Koordynator zespołu projektowego Wykonawcy / Architekt posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełniania odpowiedniego warunku, doświadczenie w wykonaniu projekt budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano- wykonawczy branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi / ulicy / placu / chodnika itp. ~~wraz z infrastrukturą: odwodnieniem oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strofie ochrony konserwatorskiej gdzie powierzchnia za projektowań oj drogi /ulicy / placu jest nie mniejsza niż 5000 m^2~~ który został zrealizowany przy ~~umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania~~ zastosowaniu metodyki BIM - otrzyma 6 pkt".

Razem w kryterium Doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy /Architekta można uzyskać maksymalnie 12 pkt.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Ad pkt 1 ppkt 1)

Odwołujący wywodzi, że w zakresie regulacji umownych dokonywania odbiorów robót budowanych, w odpowiednio wyżej szczegółowo wymienionych postanowieniach §19 ust. 2 pkt. 2) lit. od f) do i) oraz § 19 ust. 3 pkt 7) do 10) oraz § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień umowy, jaka ma zostać zawarta z wybranym Wykonawcą, Zamawiający wprowadził postanowienia, zgodnie z którymi w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający odmówi odbioru robót będących odpowiednio przedmiotem odbioru częściowego, podetapu oraz końcowego.

Zdaniem Odwołującego, cyt. treść §19 ust. 2 pkt. 2) lit. od f) do i) oraz § 19 ust. 3 pkt 7) do 10) oraz § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień umowy stanowi naruszenie art 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353^1 Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy 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.

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

Odwołujący podaje w wątpliwość wynikające z zapisów § 8 ust. od 13 do 15 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień umowy oczekiwanie, by tak złożone
i skomplikowane pod względem inżynierskim obiekty budowlane jak torowiska, 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). Zdaniem Odwołującego 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.

Odwołujący wskazuje, że nie twierdzi, 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 ustawy 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. Zdaniem Odwołującego w przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353^1 Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Jako reprezentatywny przykład powoływanej linii orzeczniczej w tej sprawie jest Odwołujący powołuje wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07. Wskazuje, że
w analogiczny sposób wypowiadał się Sąd Najwyższy w innych Wyrokach: z dnia 14.02.2007 r. II CNP 70/06 3 oraz z dnia 05.03.1997 r. II CKN 28/97. 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. Dalej Odwołujący powołuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12. Odwołujący wskazuje, że powyższy kierunek orzekania znalazł pełną kontynuację również w najnowszym orzecznictwie sądów apelacyjnych, z którego Odwołujący przytacza w szczególności: wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku
z 04.04.2014 r. I ACa 860/13, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r. I ACa 1302/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 20.12.2012 r. I ACa 405/12, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12, wyrok Sądu Apelacyjnego
w Katowicach z 21.04.2009 r. V ACa 88/09. Zdaniem Odwołującego 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. Odwołujący podkreśla, 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.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że przyznanie Zamawiającemu w §19 ust. 2 pkt. 2) lit. od f) do i) oraz § 19 ust. 3 pkt. 7) do 10) oraz § 24 ust. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzoru Istotnych postanowień 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.

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

Ad pkt 1 ppkt 2)

Odwołujący podnosi, że 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 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. Odwołujący wskazuje, że 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.). Odwołujący podnosi, że 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.

Zdaniem Odwołującego 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. Podnosi, że 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. 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 zbytnio zawęził w pkt. 9.2.3.1. okres, w którym to wykonawcy wykazać się muszą wykonaniem podobnych zadań. Mnogość wymogów oraz ich szczegółowość w zestawieniu z tak krótkim - 5 letnim - okresem możliwości wykazania się podobnymi zadaniami znacząco ogranicza konkurencję i nie pozwala na dopuszczenie większej liczy oferentów zainteresowanych i mogących wziąć udział w przetargu nieograniczonym na wykonanie zadania.

Zdaniem Odwołującego wszystkie w/w wymogi Zamawiającego (do tego w tak dużej liczbie i w takiej szczegółowości) drastycznie ograniczają konkurencją w ramach niniejszego zamówienia, pomimo tego że wykonawcy są w stanie wykazać w szerszym zakresie doświadczeniem w wykonaniu tego typu obiektów inżynierskich oraz dysponowaniem wymaganym personelem, sprawującym m.in. samodzielne funkcje techniczne
w budownictwie, dając tym samym rękojmię należytego i rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. Jest to wymóg w znaczący sposób ograniczający liczbę wykonawców zdolnych, zdaniem Odwołującego, do wykonania zamówienia, bowiem na przestrzeni 5 ostatnich lat trudno doszukać się wielu tak skomplikowanych zadań obejmujących tak wiele elementów składowych.

Dodatkowo wykonawcy w tym względzie muszą wykazać się doświadczeniem w zakresie wykonania robót polegających:

a)na remoncie sieci wodociągowej w technologii reliningu luźnego o długości co najmniej 350 m i średnicy min. Ø400.

Odwołujący podnosi, że jest to zbyt szczegółowo i na wyrost opisany warunek, stawiający na pozycji uprzywilejowanej wybrane firmy specjalizujące się w tego typu robotach budowlanych. Wykonawca powinien posiadać doświadczenie w poszczególnych branżach, ale nie powinno się oczekiwać od niego legitymowania się referencjami w wykonaniu zadania danej branży w tak dużym stopniu szczegółowości. Zadanie takie jest bowiem
w stanie wykonać przy pomocy wykwalifikowanych podwykonawców i swoim doświadczeniu zdobytym z zakresu budowy/przebudowy wodociągów o wymaganych parametrach.

b)na remoncie sieci kanalizacyjnej w technologii CIPP o długości co najmniej 300 m
i średnicy min. DN400 lub równoważnej w przypadku kanałów jajowych - w dodatku aż na 3 zadaniach.

Odwołujący podnosi, że w związku z tym, że jest to bardzo rzadko stosowana technologia, postawienie warunku w postaci aż 3 takich robót jest znacznym ograniczeniem konkurencji. Ponadto wskazuje, że taki wymóg wyznacza w praktyce konkretną firmę specjalizującą się
w tego typu robotach, natomiast procedura przetargowa dotyczy zmówienia wielobranżowego i powinna wyłonić Wykonawcę do realizacji, który posiada doświadczenie w wielu branżach i potrafi koordynować prace wszystkich branż, a nie specjalizującego się
w bardzo wąskiej dziedzinie.

W opinii Odwołującego w w/w pkt. 9.2.3.1 oraz 9.2.3.2 SIWZ Zamawiający znacząco ograniczył konkurencję przez określenie wymogu wykazania się doświadczeniem przedsiębiorstwa oraz samej kadry sprawującej samodzielne funkcje w budownictwie
w zakresie obejmujące projektowanie i budowę jedynie drogi lub ulicy lub placu wraz
z nawierzchnią z kostki kamiennej lub betonowej lub płyt kamiennych lub betonowych
o powierzchni min. 5000 m^2 i tym samym wyłączając inne elementy infrastruktur/ takie jak chociażby chodniki i parkingi, które w sposobie wykonania czy nadzoru nie różnią się praktycznie niczym od w/w obiektów

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że warunek postawiony w pkt 9.2.3.2.12. dot. dysponowania Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie zgrzewania PE, w pkt 9.2.3.2.13. dot. dysponowania Specjalistą ds. robót gazowych w zakresie stosowania PE oraz w pkt 9.2.3.2.14. dot. dysponowania Specjalistą ds. badania wizualnego połączeń spawanych czy w pkt 9.2.3.2.15. dot. dysponowania Spawaczem - z odpowiednio opisanymi bardzo szczegółowo uprawnieniami, w ocenie Odwołującego warunkiem niewspółmiernym
i nieproporcjonalnym w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyszły Wykonawca zapewnić musi taki personel w trakcie prowadzenia realizacji skoro specyfika robót i wymagania prawne oraz techniczne ich realizacji będą tego wymagać, ale nie musi osób z tak wyspecjalizowanej branży wykazywać na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zwłaszcza, iż wyżej wymienione osoby nie pełnią samodzielnych funkcji technicznych
w budownictwie.

Podobnie zdaniem Odwołującego zbyt szczegółowo, a więc z naruszeniem przepisów ustawy Pzp Zamawiający opisał wymogi w zakresie dysponowania Koordynatorem zespołu projektowego Wykonawcy / Architektem oraz Koordynatorem / Projektantem BIM a także Managerem BIM.

Odwołujący podnosi, że wskazywanie tak konkretnych i szczegółowych wymogów pozwala na przyjęcie, że warunek ten został niejako „uszyty na miarę" pod konkretnego wykonawcę, a praktyka taka jest zakazana. Ogranicza ona bowiem dostęp do zamówienia i oznacza, że Zamawiający nie traktuje równo wykonawców. Proporcjonalność 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 opinii Odwołującego opisany wyżej warunek jest więc zbyt szczegółowy i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Wskazuje, że 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 odnośnie doświadczony personel, zasoby techniczne, finansowe itd.

Odwołujący podkreśla, że 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". Odwołujący podnosi, że 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.

Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1030/17, gdzie Izba 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. Odwołujący podnosi, że 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 Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/Ofl), 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. pkt I ppkt. 3)

Odwołujący podnosi, że 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. 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, parametr/ 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.

Odwołujący podkreśla, 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.

Odwołujący zaznacza, 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). Zachodzi zatem ograniczenie swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

W świetle w/w argumentów Odwołujący podnosi, 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 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
zdaniem Odwołującego zaliczyć w zakresie doświadczenia kierownika budowy czy kierownika robót drogowych - sposobu układania kostki i to z kamienia „naturalnego układanego rzędowo". Kierownik Budowy czy Kierownik Robót Drogowych mający doświadczenie przy budowie drogi, ulicy, placu itp. o wartości robót budowalnych odpowiednio ponad 15 min brutto dla Kierownika Robót Budowlanych i ponad 20 min brutto dla Kierownika Budowy, zawierających również wyszczególnione branże w opisie warunku udziału w postępowaniu z powodzeniem jest w stanie pełnić samodzielną funkcję techniczną na inwestycji, na której kostkę kamienną układa się w sposób rzędowy.

Podobnie w opinii Odwołującego - niezgodnie z normami ustawy Pzp - są określone kryteria w zakresie doświadczenia Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta. Połączenie ochrony konserwatorskiej z metodyką BIM wykonywania projektów jest daleko idącym ograniczeniem konkurencji i wskazującym konkretnego Wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że sama metodyka BIM wykonania projektu jest jeszcze na naszym rynku rzadko spotykana, a do tego Zamawiający narzuca, aby projektowany obiekt znajdował się w strefie ochrony konserwatorskiej. Przy usłudze projektowej ochrona konserwatorska wpływa na jedynie na uzyskanie opinii konserwatora zabytków i ewentualne wprowadzenie zmian
w projekcie uwzględniających jego zalecenia.

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

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

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

Do postępowania skutecznie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawca Graph'it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 5.02.2021 złożył odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie. Oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących treści: § 19 ust. 2 pkt 2) lit. od f) do i), § 19 ust. 3 pkt 7) do 10), §

24 ust. 8. Ponadto w zakresie punktu 9.2.3.1. SIWZ uwzględnił żądanie z lit. d i nadał mu brzmienie „Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest – krótszy – w tym okresie), wykonał należycie:".

Nadto Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie:

- pkt 9.2.3.1.1 (żądanie z lit. g) – uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem również chodnika lub parkingu,

- pkt 9.2.3.1.2 (żądanie z lit. h) - uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem również chodnika lub parkingu,

- pkt 9.2.3.2.2.1.1 (żądanie z lit. i) - uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem projektu również chodnika lub parkingu,

- pkt 9.2.3.2.3.3 (żądanie z lit. j) - uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem również chodnika,

- pkt 9.2.3.2.4.3 (żądanie z lit. k) - uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem również chodnika,

- pkt 9.2.3.2.1.3 (żądanie z lit. l) - uzupełniając warunek o możliwość legitymowania się wykonaniem projektu również chodnika lub parkingu,

- pkt 18.2.3 (żądanie z lit. p) – usuwając z kryterium wymóg by nabyte punktowane doświadczenie zdobyte było w ciągu ostatnich pięciu lat,

- pkt. 18.2.4 (żądanie z lit. q) – uzupełniając kryterium o możliwość powołania się na wykonanie również projektu chodnika.

Przystępujący nie wnieśli sprzeciwu od częściowego uwzględnienia odwołania.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący oświadczył, że uznaje żądania z liter od a – d za uwzględnione i cofa żądania oznaczone literami od g do k z uwagi na dokonanie istotnych zmian przez Zamawiającego. Oświadczył, że podtrzymuje żądania z liter E, F, N i O w całości, z kolei żądania z litery M, P i Q podtrzymuje w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego tj. w zakresie żądanych wykreśleń.

W toku posiedzenia Odwołujący złożył pismo procesowe w którym uzupełnił argumentację odwołania. Przystępujący Graph'it złożył pismo w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp" lub „nowa Pzp")

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Rewaloryzacja przestrzeni płyty starego rynku w Poznaniu wraz z przekształceniem fragmentu bloku śródrynkowego (ulicy Jana Baptysty Quadro) w pasaż kultury".* W dniu 23 grudnia 2020 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ. W dniu 4.01.2021 wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od postanowień SIWZ.

Przytoczone w treści odwołania postanowienia SIWZ odpowiadają ich rzeczywistej treści, wobec czego nie będą tu powtarzane.

Izba dopuściła dowody z SIWZ wraz z załącznikami oraz dowody zamawiającego i przystępującego złożone na rozprawie za wyjątkiem dowodu nr 3 – wyciągu z książki dotyczącej BIM obiektów zabytkowych wobec złożenia go w języku obcym bez tłumaczenia.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy nPzp umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów z których Odwołujący

wywodził żądania od a do d, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony przystępujących.
Na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy nPzp Izba umorzyła postepowanie w zakresie zarzutów
z których Odwołujący wywodził żądania od g do k, wobec ich cofnięcia przez Odwołującego.
Wobec powyższego merytorycznemu rozpoznaniu podlegały zarzuty naruszenia: 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 odniesieniu do punktu 9.2.3.1.5 SIWZ (żądanie e), pkt 9.2.3.1.6 SIWZ (żądanie f)pkt 9.2.3.2.12, 9.2.3.2.13, 9.2.3.2.14, 9.2.3.2.15 SIWZ (żądanie l),9.2.3.2 (żądanie m), 9.2.3.2.10 SIWZ (żądanie n), 9.2.3.2.11 (żądanie o), oraz
zarzut naruszenia 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 odniesieniu do punktów - 18.2.3 (żądanie p) oraz 18.2.4 (żądanie q) – w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia 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 należy na wstępie wskazać, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co za tym idzie, po stronie Odwołującego leżał ciężar udowodnienia, iż Zamawiający tworząc warunki udziału w postępowaniu naruszył powołane przepisy.
Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp 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.
Art. 22d ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.
W art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca określił podstawowe zasady prawa zamówień publicznych – zgodnie z nimi 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.
Mając powyższe na uwadze należy uznać, że dla stwierdzenia zasadności postawionych zarzutów koniecznym było wykazanie przez Odwołującego, że postawione warunki udziału w postępowaniu były nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia lub nieprzydatne do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zarzuty odwołania okazałyby się potwierdzone również w przypadku stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji bądź proporcjonalności.
Ad pkt 9.2.3.1.5 – żądanie e.
We wskazanym punkcie Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem
w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na remoncie sieci wodociągowej w technologii reliningu luźnego o długości co najmniej 350 m i średnicy min. Ø 400.
Odwołujący żądał wykreślenia wymogu, by roboty referencyjne wykonane były
w technologii reliningu luźnego, wskazując, że jest to warunek zbyt szczegółowo i na wyrost opisany, stawiający w pozycji uprzywilejowanej wybrane firmy specjalizujące się w tego typu robotach, a takie zadanie jest w stanie wykonać przy pomocy wykwalifikowanych podwykonawców i przy posiadanym doświadczeniu.
Izba uznała zarzut za niepotwierdzony. Odwołujący w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, że tak sformułowany warunek w sposób nadmierny ogranicza konkurencję. Odwołujący poprzestał jedynie na ogólnym twierdzeniu o zbytniej szczegółowości warunku, nie poparł niczym swego twierdzenia o tym, że warunek ten stawia na pozycji uprzywilejowanej wybrane firmy. Nie wykazał również, by był to warunek zbędny czy nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Ad pkt9.2.3.1.6. – żądanie f.

Zamawiający określił, że o zamówienie ubiegać mogą się wykonawcy którzy wykonali co najmniej 3 roboty budowlane polegające na remoncie sieci kanalizacyjnej w technologii CIPP o długości co najmniej 300 m i średnicy min. DN400 lub równoważnej w przypadku kanałów jajowych.

Odwołujący wywodził, że technologia CIPP jest bardzo rzadko stosowana, wobec czego postawienie warunku aż 3 takich robót jest znacznym ograniczeniem konkurencji
i oznacza on faworyzowanie konkretnego wyspecjalizowanego wykonawcy, podczas gdy przedmiot zamówienia ma charakter wielobranżowy, wobec czego wyłoniony wykonawca winien posiadać doświadczenie we wszystkich koniecznych pracach.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej celem wykazania prawdziwości twierdzeń o rzadkości technologii CIPP i faworyzowaniu konkretnego wykonawcy. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał jedenaście podmiotów stosujących rzeczoną technologię (okoliczność ta nie była przez Odwołującego podważana), co obala twierdzenie o faworyzowaniu konkretnego wykonawcy (czy nawet wąskiej ich grupy). W ocenie Izby nie można również wielobranżowym charakterem zamówienia uzasadniać żądania takiego sformułowania warunków, by mógł je spełnić jeden podmiot nie korzystający z podwykonawców i zasobów podmiotów trzecich. Taka konstrukcja warunków byłaby właśnie niezgodna z zasadami zamówień publicznych, bowiem faworyzowałaby największe podmioty, nie otwierając postępowania na mniejsze przedsiębiorstwa, mogące występować właśnie jako podmioty trzecie.

Oceniając zasadność żądań Odwołującego w zakresie doświadczenia wykonawcy (żądania e i f) nie może również ujść uwadze, że Zamawiający zgodnie z żądaniem odwołania dwukrotnie wydłużył okres referencyjny, a zatem wpływ warunku na ograniczenie konkurencji został znacznie zredukowany.
Ad pkt 9.2.3.2.12, 9.2.3.2.13, 9.2.3.2.14, 9.2.3.2.15 SIWZ – żądanie l.
Zamawiający żąda, by wykonawca dysponował specjalistą ds. robót gazowych
w zakresie zgrzewania PE - min. 2 osoby posiadające odpowiednie uprawnienia do zgrzewania PE zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 13067 lub równoważne, specjalistą ds. robót gazowych w zakresie stosowania PE - min. 1 osoba posiadająca aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne (nie starsze niż 5 lat) potwierdzające wiedzę w zakresie stosowania polietylenu w sieciach gazowych, w tym do kierowania budową / nadzoru nad budową gazociągów
z polietylenu, specjalistą ds. badania wizualnego połączeń spawanych - min. 1 osobą posiadającą kwalifikacje w zakresie czynności jakie ma wykonywać, zgodnie z normą PN-EN ISO 9712 lub równoważne - wymagany certyfikat VT2 lub równoważny, spawacz - min. 1 osobą posiadającą aktualne uprawnienia wg normy PN-EN ISO 9606-1 lub równoważne.
Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. warunków, podnosząc że są to warunki nadmiernie szczegółowo opisane, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.
Izba uznała zarzut i żądanie za bezpodstawne. Odwołujący sam wskazał, że skoro specyfika robót i wymagania prawne oraz techniczne ich realizacji będą tego wymagać, to wykonawca musi taki personel zapewnić w trakcie realizacji robót. Już ta okoliczność jest wystarczająca dla uznania, że warunek nie jest nieproporcjonalny. Nadto należy zwrócić uwagę, że

Odwołujący w odwołaniu nie podnosił nawet, by on sam nie dysponował takimi osobami bądź ich pozyskanie stanowiło trudność.
W toku rozprawy Odwołujący uzupełnił argumentację w tym zakresie, wskazując, że Zamawiający wymaga osób z kwalifikacjami dotyczącymi rur PE, podczas gdy mogą być użyte inne rury, jak również podniósł, że zamówienie dotyczy również innych branż, a mimo to warunki dotyczą aż czterech osób ds. robót gazowych.
Również ww. argumenty Izba uznała za nieprzekonujące. Na stronie 79 PFU w akapicie „Dobór materiałów do gazociągów" wprost określono, że „Do budowy gazociągów
i przyłączy należy stosować rury polietylenowe klasy PE 100 i klasy PE 100 RC SD17,6 oraz SDR11 dla średnic Dz63 lub mniejszej", zatem w tym zakresie wykonawcy nie przyznano swobody doboru materiałów. Dalej, jakkolwiek bezsporną była okoliczność, że zamówienie ma charakter wielobranżowy, to za uzasadnione należy uznać szczególne wymogi dotyczące kwalifikacji wykonawcy w zakresie robót gazowych. Roboty te będą wykonywane w przestrzeni gęsto zabudowanej, przy czynnych budynkach i sieci gazowej, co stwarza ryzyko dużo większe niż roboty w innych branżach. Ponadto jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego – zasad określania wymagań względem wykonawców ubiegających się uzyskanie zamówień dotyczących inwestycji sieciowych obowiązujących w Polskiej Spółce Gazownictwa z siedzibą w Tarnowie, wymagania dotyczące spawacza i personelu badającego połączenia spawane określone są odgórnie przez jednego z gestorów (a równocześnie jednego z Zamawiających w tym postępowaniu). Jakkolwiek dokument taki nie ma charakteru prawa stanowionego, to wskazuje na zasadność postawionego warunku, którego treść podyktowana jest uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.
Mając powyższe na uwadze, Izba zarzut w omawianym zakresie uznała za nieuzasadniony i nieudowodniony i jako taki podlegający oddaleniu.
Ad pkt 9.2.3.2. SIWZ – żądanie m.
Zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował Koordynatorem zespołu projektowego wykonawcy/ architektem, który m.in. będzie posiadał doświadczenie w przynajmniej 2 projektach wykonanych w odpowiedniej specjalności w tym min. 1 projekcie budowlanym
i wykonawczym lub projekcie budowlano-wykonawczym branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej - gdzie powierzchnia zaprojektowanej dróg i/ulicy/placu jest nie mniejsza niż 5000 m^2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM.
Odwołujący żądał wykreślenia wymagań minimalnej powierzchni, by projekt obejmował ww. infrastrukturę i znajdował się w strefie ochrony konserwatorskiej oraz wymagania by zastosowanie metodyki BIM było wymogiem umownym w zamówieniu referencyjnym, a nadto wnioskował o rozszerzenie warunku o możliwość powołania się na projekt przebudowy parkingu, chodnika lub tym podobnych.
Zamawiający uwzględnił zarzut w zakresie rozszerzenia rodzaju obiektów objętych modelem i dopuścił powołanie się na wykonanie modelu parkingu lub chodnika. W tej części zarzut został wycofany przez Odwołującego, wobec czego w tym zakresie nie podlegał rozpoznaniu.

Odwołujący podtrzymał zarzut w zakresie pozostałych żądanych zmian. Odwołujący podnosił, że poziom szczegółowości warunku wskazuje, że faworyzuje on konkretnego wykonawcę, a także, że warunek jest nieproporcjonalny. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że wymóg, by doświadczenie w modelowaniu BIM pochodziło z zamówienia, gdzie BIM wymagany był umową jest także zbędny, gdyż doświadczenie może być zdobyte i bez tego wymogu, a nie gwarantuje on ułatwienia w jego weryfikacji.
Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodne z żądaniem Odwołującego całkowite wykreślenie wymogu, by doświadczenie obejmowało infrastrukturę, znajdowało się w obszarze ochrony konserwatorskiej i dotyczyło minimalnej powierzchni, czyniłoby przedmiotowy warunek pozornym. Wystarczającym bowiem byłoby wykazanie się wykonaniem jakiegokolwiek modelu placu, ulicy, chodnika czy parkingu, niezależnie od jego powierzchni i istnienia jakichkolwiek elementów dodatkowej infrastruktury. Taki warunek w śladowy jedynie sposób wpływałby na selekcję wykonawców, co należy uznać za niewystarczające, mając na uwadze przedmiot zamówienia, w szczególności jego zakres i poziom skomplikowania – a zatem uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Należy również zauważyć, że warunek wymaga wykazania się wykonaniem modelu dotyczącego powierzchni min. 5000 m^2, tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie dokumentacji przy użyciu BIM dla placu o powierzchni 29 869 m^2 - nie można zatem uznać, by warunek był w tym zakresie nieproporcjonalny. Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie żądania wykreślenia wymogu, by model referencyjny dotyczył obszaru objętego ochroną konserwatorską, co motywował tym, że ma to minimalny wpływ na sposób wykonania zamówienia. W ocenie Izby wymóg postawiony przez Zamawiającego jest w pełni racjonalny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, które dotyczy objętego ochroną, unikalnego obiektu zabytkowego. Odwołujący sam wskazał, że ochrona konserwatorska powoduje konieczność uzyskania opinii konserwatora zabytków i ewentualne wprowadzenie zmian w projekcie uwzględniających jego zalecenia. Zatem ochrona konserwatorska jest cechą zamówienia, która ma wpływ na sposób jego wykonania, Zamawiający jest więc uprawniony do sformułowania warunku odpowiadającego tej potrzebie.

W przedmiocie wymogu, by doświadczenie w wykonaniu modelu BIM nabyte było
w zamówieniu, gdzie zastosowanie metodyki było wymuszone umową, Izba stwierdza, że przedstawiona w tym zakresie argumentacja stanowiła nieuprawnione rozszerzenie odwołania. W treści odwołania Odwołujący w najmniejszym stopniu nie odniósł się do postawionego żądania wykreślenia tego wymogu, dokonując tego dopiero na rozprawie i w złożonym wówczas piśmie. Należy wskazać, że na zarzut składa się powołana podstawa prawna oraz jego uzasadnienie prawne i faktyczne (art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy nPzp). Wobec powyższego,
z uwagi na brak uzasadnienia – powołania okoliczności faktycznych i prawnych postawionego *w petitum* zarzutu, należało uznać, że zarzut w tym zakresie nie został postawiony. Zgodnie natomiast z art. 555 ustawy nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.
Ponadto Odwołujący w żadnym zakresie nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił twierdzeń o tym, iż rzeczony warunek jest tak skonstruowany, by ograniczyć konkurencję do jednego, preferowanego podmiotu.
Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.
Ad pkt 9.2.3.2.10 SIWZ - żądanie n.

Zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował koordynatorem/projektantem BIM, który brałudział w wykonaniu min. 2 zamówień polegających na opracowaniu modelu BIM jako PFU lub projektu budowlanego i / lub wykonawczego o wartości co najmniej 300 000,00 zł brutto.

Odwołujący żądał usunięcia określenia wartości modelu BIM, w którego wykonaniu brał udział ww. koordynator. Podnosił, że sposób opisania wymogu co do doświadczenia koordynatora BIM jest nadmiernie szczegółowy, co ogranicza konkurencję i wskazuje na zaprojektowanie siwz pod konkretnego wykonawcę.

Omawiany zarzut Izba uznała za niepotwierdzony. Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej, nie uzasadnił nawet dlaczego uważa określenie minimalnej wartości modelu BIM za wymóg nadmierny, jak również nie

wyjaśnił żądania całkowitego wykreślenia wskazania ww. minimalnej wartości. Określanie minimalnych poziomów doświadczenia poprzez wskazanie wartości wykonanych robót/usług jest powszechnym standardem, bowiem pozwala zamawiającym na weryfikację skali nabytego doświadczenia i odniesienie go do przedmiotu zamówienia. Zasadnie podnosił Zamawiający, iż wykreślenie wskazania wartości pozwoliłoby na potwierdzenie posiadanego doświadczenia udziałem w wykonaniu jakichkolwiek modeli BIM, nawet całkowicie nieprzystających do poziomu skomplikowania i wartości przedmiotu zamówienia, co czyniłoby rzeczony warunek iluzorycznym.
Ad pkt 9.2.3.2.11 – żądanie o.
Zamawiający wymagał dysponowania managerem BIM - min. 1 osobą posiadającą wykształcenie wyższe i doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera BIM i faktycznej koordynacji minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego dot. przebudowy istniejącej drogi/ulicy/placu/parkingu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się
w strefie ochrony konserwatorskiej - gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi/ulicy/placu/parkingu jest nie mniejsza niż 5000 m^2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM.
Odwołujący, dokładnie tak jak w żądaniu m – żądał wykreślenia wymogu, by projekt obejmował również infrastrukturę oraz wymogu objęcia ochroną konserwatorską i minimalnej powierzchni oraz rozszerzenia przedmiotu projektu o chodniki i tym podobne. Wnosił również o wykreślenie warunku, by zastosowanie metodyki BIM było wymogiem umownym w zamówieniu referencyjnym.

Zamawiający rozszerzył warunek o możliwość powołania się na wykonanie projektu chodników. W tej części zarzut został wycofany przez Odwołującego, wobec czego w tym zakresie nie podlegał rozpoznaniu.
W odniesieniu do rozpatrywanego zarzutu i żądania Odwołujący powołał argumentację wspólną jak do żądania m - pkt 9.2.3.2, wobec czego został on tak samo oceniony przez Izbę jako niepotwierdzony, aktualne w odniesieniu do niniejszego zarzutu pozostają rozważania Izby poczynione na kanwie ww. zarzutu.
W zarzucie nr 3 Odwołujący podniósł naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mające polegać na sformułowaniu nadmiernych kryteriów w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy, które pozostają bez istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a tym samym stanowią nieuzasadnione preferowanie wykonawców spełniających te kryteria.
Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp 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.
Ad pkt 18.2.3 SIWZ – żądanie p.
Zamawiający określił, że przyzna punkty za doświadczenie kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności drogowej jeżeli jedna z tych osób w ciągu ostatnich pięciu lat pełniła ww. funkcję w ramach której wykonano ponad 2000 m^2 nawierzchni z kostki z kamienia naturalnego układanej rzędowo – 6 pkt, maksymalnie 12.
Odwołujący żądał wykreślenia ograniczenia okresu w którym miało być nabyte doświadczenie oraz zastąpienie w kryterium doświadczenia z wykonania nawierzchni kostką
z kamienia naturalnego układanej rzędowo doświadczeniem wykonania nawierzchni z kostki lub płyty kamiennej. Odwołujący wywodził, że wymóg układania kostki z kamienia naturalnego układnego rzędowo nie wpływa w znaczący sposób na jakość wykonania zamówienia
a Kierownik budowy czy kierownik robót drogowych posiadających doświadczenie w robotach o wartości odpowiednio 15 i 20 mln złotych posiadają doświadczenie wystarczające dla pełnienia samodzielnej funkcji technicznej na inwestycji gdzie kostkę kamienną układa się sposób rzędowy.
Zamawiający zmodyfikował SIWZ wykreślając wymóg, by ww. doświadczenia nabyte zostało w ciągu ostatnich 5 lat, Odwołujący cofnął w tej części zarzut, w tym zakresie zatem nie będzie on rozpatrywany.

Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny. Przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie nawierzchni z kostki z kamienia naturalnego, układanej rzędowo. Jak wskazywał Zamawiający i co nie było podważane, sposób ułożenia i materiał nawierzchni wynika ze wskazań konserwatora zabytków. Logicznym również jest argument Zamawiającego, że układanie kostki z kamienia z dwóch stron łupanego - niejednolitej, niegładkiej jest trudniejsze niż układanie gładkiej kostki z kamienia sztucznego. Mając na uwadze wyjątkowy charakter przedmiotu zamówienia, uzasadnionym jest premiowanie przez Zamawiającego ofert wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w realizacjach jak najbardziej zbliżonych – wykorzystujących tożsame materiały i technologię. Ponadto chybionym jest argument Odwołującego, że tylko wykonawca dysponujący określonym w SIWZ kierownikiem budowy ma szansę na złożenie konkurencyjnej oferty. Po pierwsze, waga tego kryterium to jedynie 12%, zatem w dalszym ciągu wykonawcy mogą konkurować w ramach innych kryteriów, w szczególności ceny (60%). Po drugie, Odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że chociażby on sam nie dysponuje i nie jest w stanie pozyskać osoby posiadającej punktowane doświadczenie. Ponadto należy zważyć, że Zamawiający zgodnie z żądaniem odwołania wykreślił wymóg by ww. doświadczenie nabyte zostało w ciągu ostatnich pięciu lat, dzięki czemu znacznie poszerzono krąg osób, którymi dysponowanie mogą wykazywać wykonawcy.
Ad pkt 18.2.4 – żądanie q.
Zamawiający określił, że przyzna 6 pkt (maksymalnie 12) za doświadczenie Koordynatora zespołu projektowego Wykonawcy / Architekta (KZP) - jeżeli osoba powołana na ww. stanowisko posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełniania odpowiedniego warunku, doświadczenie w wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego branży architektonicznej dot. przebudowy istniejącej drogi / ulicy / placu wraz z infrastrukturą: odwodnieniem, oświetleniem, przebudową kolizji, znajdujących się w strefie ochrony konserwatorskiej — gdzie powierzchnia zaprojektowanej drogi /ulicy / placu jest nie mniejsza niż 5000 m2, który został zrealizowany przy umownym zobowiązaniu wykonawcy do zastosowania metodyki BIM.
Odwołujący żądał wykreślenia wymogu, by projekt obejmował również infrastrukturę oraz wymogu objęcia ochrona konserwatorską i minimalnej powierzchni oraz rozszerzenia przedmiotu projektu o chodniki i tym podobne. Wnosił również o wykreślenie warunku, by zastosowanie metodyki BIM było wymogiem umownym w zamówieniu referencyjnym.

Zamawiający rozszerzył kryterium o możliwość powołania się na wykonanie projektu chodników. Odwołujący cofnął w tej części zarzut, w tym zakresie zatem nie będzie on rozpatrywany.
Izba zauważa, że zarówno treść zarzutu, żądania jak i argumentacja Odwołującego pokrywają się zarzutami dotyczącymi pkt 9.2.3.2. (żądanie m) i pkt 9.2.3.2.11 (żądanie l). Wobec tego aktualną pozostaje ocena Izby tego zarzutu jako bezzasadnego, a rozważania dotyczące ww. zarzutów znajdują w całości zastosowanie do obecnie rozpatrywanego. Dodać ponadto należy, że tak jak uznano za zasadne stawianie warunku dotyczącego projektu obejmującego infrastrukturę, z określoną minimalną powierzchnią oraz umownym zobowiązaniem do stosowania BIM, tym bardziej uprawnione jest ze strony Zamawiającego premiowanie wykonawców dysponujących szczególnie doświadczonym w tym zakresie personelem. Wobec bezpośredniego odniesienia kryterium do przedmiotu zamówienia wpływ na jakość wykonania zamówienia jest w tym wypadku jasny i nie można stwierdzić, że celem kryterium jest faworyzowanie jednego

z wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w zakresie zarzutów nieuwzględnionych i nie wycofanych i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……...

……...

……...