Sygn. akt: KIO 2760/21
KIO 2769/21
KIO 2778/21

WYROK

z 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 13 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2021 r. przez wykonawców:

1. Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (KIO 2760/21),

2. Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (KIO 2769/21),

3. Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze działający przez Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§., Oddział w Polsce z siedzibą

w Warszawie (KIO 2778/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców:

A. Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu,

B. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

C. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

D. Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie,

E. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie po stronie odwołujących do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2760, KIO 2769/21 i KIO 2778/21

orzeka:

1. Umarza postępowanie o sygn. akt KIO 2760/21 w zakresie zarzutów o numerach 2B oraz 3 w części dotyczącej wymogu minimalnego kilometrażu określonego w kryterium Doświadczenia Kierownika Budowy. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2769/21.

3. Umarza postępowanie o sygn. akt KIO 2778/21 w zakresie zarzutów o numerach 1, 2, 3,

5, 6, 8, 9, 10, 11 i 13. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2760/21 obciąża odwołującego:

Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od odwołującego: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego: Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2769/21 obciąża odwołującego:

Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie i:

5.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

5.2 zasądza od odwołującego: Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2778/21 obciąża odwołującego:

Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze działającego przez Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§., Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie i:

6.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

6.2 zasądza od odwołującego: Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze działającego przez Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§., Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2760/21
KIO 2769/21
KIO 2778/21

Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji pn.: Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i Pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego”, numer: DWZ/74/2021, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 września 2021 r. pod numerem 2021/S 176-459524.

KIO 2760/21

20 września 2021 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Strabag lub Odwołujący Strabag), wniósł odwołanie o sygn. akt KIO 2760/21 wobec niezgodnych z Pzp postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie uwzględniał wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności przez wskazanie w SWZ zbyt krótkiego terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. 22 miesięcy od dnia podpisania Kontraktu, podczas gdy wykonanie całego przedmiotu zamówienia wymaga 37 miesięcy realizacji, w tym 31 miesięcy na wykonanie podstacji trakcyjnych.

2. art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszający zasadę uczciwej konkurencji, tj.:

a) wskazanie w pkt 5.1.2.2 SWZ wymagania, aby doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia zostało nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,

b) wskazanie w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 SWZ wymagania, aby doświadczenie Kierownika Budowy zostało nabyte podczas realizacji Kontraktu w ramach którego wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1 500 m pełną konstrukcję jedni, skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną,

3. art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez określenie kryterium oceny ofert w postępowaniu w postaci doświadczenia kierownika budowy i kierownika robót w specjalności drogowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, przez wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert elementu nie mającego znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, tj. wymogu, aby doświadczenie kierownika budowy i kierownika robót drogowych zdobyte zostało maksymalnie w trakcie ostatnich 10 lat, a dodatkowo w przypadku kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy, przy realizacji inwestycji w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1 500 m pełną konstrukcję jezdni, skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną.

Odwołujący Strabag wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu nr 1: dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tj. pkt 11.2.7 ogłoszenia o zamówieniu i § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy tj. terminu wykonania przedmiotu zamówienia przez określenie tego terminu na 37 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu, oraz zmiany § 2 ust. 1 pkt 1 lit c wzoru Umowy, przez określenie terminu na zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego na 31 miesięcy od dnia podpisania Kontraktu,

2. W zakresie zarzutu nr 2a: dokonanie zmiany pkt 5.1.2.2. SWZ przez wykreślenie ze wskazanego punktu zwrotu „(nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert)”,

3. W zakresie zarzutu nr 2B: dokonanie zmiany pkt 5.1.2.2 ppkt 3 SWZ przez zmianę wskazanego punktu w ten sposób aby w miejsce 1500 m wybudowanego lub przebudowanego odcinka wskazany został odcinek o długości 500 m.

4. W zakresie zarzutu nr 3, dokonanie zmiany SWZ w sposób określony w pkt ad. 2, 3 powyżej.

Tym samym Odwołujący wniósł o nadanie zaskarżonym postanowieniom SWZ i ogłoszenia o zamówieniu następującego brzmienia:

- pkt 11.2.7 ogłoszenia o zamówieniu:

  „Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów: Okres w miesiącach: 37”

- § 2 ust. 1 pkt 1 oraz § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c wzoru Umowy:

  „1. Przedmiot Kontraktu zostanie zrealizowany w następujących terminach:

  1) Zakres podstawowy — 37 miesiące od daty zawarcia Kontraktu,

  z uwzględnieniem terminów pośrednich:

  a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla zakresu podstawowego - w terminie 3 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu;

  b) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich opcji - w terminie 5 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

  c) zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego w terminie 31 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;”

- pkt 5.1.2.2 SWZ:

  „wykażą, że dysponują następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego i które posiadają doświadczenie oraz uprawnienia w podanych niżej specjalnościach, tj.:”

- pkt 5.1.2.2 ppkt 3 SWZ:

  „do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) - 1 osoba, która posiada łącznie co najmniej 36-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie trzech zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi co najmniej klasy Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 450 tys., w tym co najmniej 18-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej — doświadczenie przez okres całego kontraktu*) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej** o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 450 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m:

  - pełną konstrukcję jezdni,
  - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***,

- pkt 16.2.2 SWZ:

  „w kryterium „Doświadczenie Kierowników (DK) ocenie podlegać będzie doświadczenie osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w załączonym do oferty „ Wykazie osób”, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do rozdziału IV SI/VZ. Punkty zostaną przyznane w następujących 2 podkryteriach:

  1) Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika budowy (DKB)”. Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy. Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 3

Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów

1.	wskazana osoba posiada doświadczenie (wymagane dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 5.1.2.2 ppkt 3) przy realizacji 1 roboty budowlanej, o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 450 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: − pełną konstrukcję jezdni, . − skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną	0 pkt
2.	wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 2 robót budowlanych, spełniających wymogi, o których mowa w pkt 1 niniejszej tabeli	1 pkt
3.	wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 3 i więcej robót budowlanych, spełniających wymogi, o których mowa w pkt 1 niniejszej tabeli	3 pkt

Wobec zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego 12 października 2021 r. Odwołujący Strabag w toku posiedzenia z udziałem stron wycofał zarzut nr 2B oraz zarzut nr 3 w części dotyczącej wymogu minimalnego kilometrażu określonego w kryterium Doświadczenia Kierownika Budowy. Odwołujący Strabag wycofał również żądania związane z tymi zarzutami.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Strabag wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z pkt 11.2.7 ogłoszenia o zamówieniu i § 2 ust. 1 pkt 1 oraz § 2 ust. 1 pkt 1 lit c wzoru Umowy, termin realizacji całego przedmiotu umowy, określony został na 22 miesiące od dnia zawarcia Kontraktu, w tym 16 miesięcy na zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego. Termin zakończenia realizacji zamówienia jest jednoznaczny z datą uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Zdaniem Odwołującego, termin przewidziany przez Zamawiającego na wykonanie całego przedmiotu zamówienia oraz termin na wykonanie podstacji trakcyjnych i ich zgłoszenie do odbioru jest zbyt krótki i nierealny dla wykonania wszystkich obowiązków wchodzących w zakres danych faz realizacji.

Zakres Inwestycji jest bardzo skomplikowany i wymaga co najmniej 37-miesięcznego okresu realizacji, w tym 3 miesięcy na wykonanie prac projektowych oraz 34 miesięcy na realizację robót budowlanych, w tym 31 miesięcy na wykonanie podstacji trakcyjnych.

Dla potwierdzenia wskazanych tez, Odwołujący wyjaśnia, że ten sam Zamawiający

w ostatnio organizowanym postępowaniu pn.: „Budowa i przebudowa Trasy Tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej" przewidział analogiczny okres realizacji czyli około 20 miesięcy na wykonanie całej inwestycji której przedmiotem jest o połowę mniejszy zakres robót.

Analogiczne wnioski wynikają z porównania zakresu rzeczowego i czasu przewidzianego na realizację inwestycji której dotyczy odwołanie oraz zadań pn.: „Budowa nowej linii tramwajowej do os. Jar wraz z infrastrukturą towarzyszącą na odcinku ulic: Legionów, Ronda Czadcy, Długiej i Szosy Chełmińskiej od przejazdu kolejowo-drogowo-tramwajowego (z tym przejazdem) do skrzyżowania przy pl. NOT (z tym skrzyżowaniem) wraz z wyposażeniem podstacji trakcyjnej Jar w urządzeniu do zasilania nowej linii tramwajowej" oraz „Budowa i przebudowa linii tramwajowej w ulicy Wojska Polskiego na odc. od ul. Franciszkańskiej do ul. Strykowskiej wraz z przebudową układu drogowego i niezbędnej infrastruktury oraz budową połączenia tramwajowego wzdłuż ul. Strykowskiej z przystankiem ŁKA Łódź Marysin wraz z przebudową wodociągów w ul. Wojska Polskiego oraz w skrzyżowaniach objętych przebudową układu drogowego". Zakres robót objęty wskazanymi zadaniami jest dużo mniejszy niż ten objęty zadaniem w ramach postępowania, którego dotyczy odwołanie, podczas gdy czas przewidziany na realizacje wskazanych Inwestycji jest dłuższy niż czas realizacji robót objętych postępowaniem.

Odwołujący przedstawił szczegółowe zestawienie zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia dla wskazanych powyżej przykładowo zadań oraz okres przewidziany na ich realizację wraz z zakresem robót i czasem realizacji dla Inwestycji, której dotyczy odwołanie. Z zaprezentowanego zestawienia w ocenie Odwołującego wynikało, że termin określony przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotu zamówienia jest niedostosowany do zakresu przedmiotowego zamówienia, a tym samym Zamawiający dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia naruszył przepisy Pzp.

Biorąc pod uwagę zakres robót objęty postępowaniem i analizę dokonaną co do okresu czasu jaki jest niezbędny do zrealizowanie całego przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje, że Kontrakt powinien określać czas realizacji na 37 miesięcy od dnia podpisania Umowy, w tym 31 miesięcy na wykonanie zgłoszenia do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego.

Zarzut nr 2A:

Zgodnie z pkt. 5.1.2.2. SWZ Zamawiający wskazał, że wymaga, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia publicznego posiadały doświadczenie nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert. W ocenie Odwołującego ograniczenie możliwości powoływania się na zdobycie doświadczenia określonego w warunkach udziału w postępowaniu wyłącznie w zakresie inwestycji realizowanych we wskazanym przedziale czasowym, w żaden sposób nie ma wpływu na jakość wykonania zamówienia. Postawienie tego rodzaju wymogu musiałoby wiązać się z faktem (tudzież raczej przekonaniem), że rzeczywiście osoba realizująca wymagane w ramach warunku zadania 12 czy 15 lat temu, ma niższy poziom wiedzy, czy doświadczenia, niż osoba prowadząca takie inwestycje w ostatnich 10 latach. Taki wniosek jest w ocenie Odwołującego niezasadny, gdyż w ostatnich latach nie doszło do tak znaczącej zmiany wiedzy technicznej (przekładającej się na jakość zrealizowanego zadania) aby można było tego rodzaju tezę stawiać.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego wskazany warunek jest całkowicie zbędny, a dodatkowo powodujący zachwianie uczciwej konkurencji. Pozostałe warunki wskazane w SWZ z zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia określone zostały przez Zamawiającego w sposób bardzo szczegółowy i wygórowany. Na rynku budowlanym jest niewiele osób legitymujących się doświadczeniem zawodowym określonym w SWZ. W związku z powyższym wskazanie przez Zamawiającego dodatkowego wymagania aby doświadczenie to zostało zdobyte w ostatnich 10 latach jeszcze bardziej ogranicza liczbę tych osób, co zdaniem Odwołującego może wykluczyć z postępowania doświadczonych wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zarzut nr 3:

Odwołujący w zakresie tego zarzutu w jego podtrzymanej części wskazał analogiczną argumentację jak w uzasadnieniu zarzutu nr 2A.

Zgodnie z pkt 16.2.2. SWZ doświadczenie kierownika budowy oraz doświadczenie kierownika robót drogowych stanowi w postępowaniu kryterium oceny ofert, przy czym Zamawiający - podobnie jak w przypadku opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu

- również ograniczył okres pozyskania doświadczenia do okresu 10 lat. W ocenie Odwołującego ograniczenie taki stanowi naruszenie przepisów Pzp.

12 października 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie ww. zarzutów Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący nie sprecyzował z jakich względów obowiązki objęte przedmiotem zamówienia są niemożliwe do realizacji w terminach przewidzianych przez Zamawiającego i poprzestał na przywołaniu przykładowych inwestycji u innych zamawiających, o innym zakresie, lecz analogicznym (jak w niniejszym postępowaniu) terminie wykonania. Z porównania Odwołującego nie sposób jednak wyciągnąć wnioski potwierdzające zarzuty odwołania. Terminy realizacji zamówienia zostały wyznaczone z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego oraz lokalnej społeczności, zaś ich osiągnięcie jest w pełni realne zważywszy na zakres przedmiotowej inwestycji i jej specyfikę. Co istotne wyznaczone terminy nie noszą cech świadczenia niemożliwego, a Odwołujący nie wykazał, ażeby żaden wykonawca działający na rynku obiektywnie nie był w stanie ich dotrzymać. Nie wiadomo przy tym dlaczego termin realizacji zamówienia miałby wynosić 37 miesięcy a nie np. 30 czy 25 miesięcy.

Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów przemawiających za niemożliwością realizacji zamówienia we wskazanym terminie końcowym (22 miesiące) oraz pośrednim (16 miesięcy). Argumentem takim nie może być fakt, że Zamawiający miał przewidzieć analogiczny okres, tj. około 20 miesięcy na wykonanie inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej" (dalej: Inwestycja Kasprzaka), która obejmuje - w ocenie Odwołującego - roboty o zakresie rzekomo o połowę mniejszym. Nie wskazał on jednak na jakiej podstawie doszedł do takiego wniosku. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem Inwestycji Kasprzaka jest budowa ok. 3,5 km trasy tramwajowej, przy czym w zakres zamówienia wchodzi wykonanie obiektów inżynierskich (przejście podziemne dla pieszych, wiadukt drogowy, kładka dla pieszych, mury oporowe), w związku z czym realizacja tej inwestycji wymaga specjalnego etapowania robót.

Analogiczny zakres nie wchodzi natomiast w zakres zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Dodatkowo, część trasy tramwajowej Inwestycji Kasprzaka należy wykonać w miejscu istniejącej jezdni, z której ruch należy „przełożyć" na wybudowany w ramach tej inwestycji nowy wiadukt drogowy. Stąd też termin realizacji został określony na 20 miesięcy.

Ocena realności terminu realizacji danej inwestycji musi być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem jej indywidualnego zakresu i charakterystyki - takiej zaś analizy Odwołujący nie przedstawił. Wykonawca dokonując oceny realności terminu wykonania danej roboty budowlanej powinien wziąć pod uwagę stopień skomplikowania projektu i możliwość prowadzenia robót na kilku frontach równocześnie, przy najlepszej organizacji prac.

Termin realizacji zamówienia zależy m.in. od przyjętego etapowania robót, ich rozplanowania i zorganizowania zaplecza budowy, które można prowadzić niezależnie w kilku lokalizacjach i dbać o koordynowanie styków sąsiednich odcinków (np. roboty związane z budową podstacji trakcyjnej i trasy tramwajowej/układu drogowego mogą być wykonywane niezależnie ponieważ są to roboty prowadzone zwykle przez innych specjalistów, choć posiadających te same uprawnienia). Terminowa realizacja przedmiotu umowy zależy niewątpliwie od możliwości organizacyjnych wykonawcy i jego doświadczenia w realizowaniu skomplikowanych inwestycji. Co za tym idzie, wykonawca, jako podmiot profesjonalny powinien w taki sposób skalkulować i przygotować ofertę w postępowaniu, by uwzględnić odpowiednią ilość personelu oraz stosowny rozmiar jego zaangażowania, aby móc wykonać w przewidzianym terminie zakres opisany przez Zamawiającego. Wykonawca jest przy tym uprawniony do zaoferowania adekwatnej ceny za tego rodzaju „mobilizację", kalkulując wszelkie niezbędne koszty w tym zakresie.

Odwołujący nie podołał ciężarowi dowodu i nie wykazał, by przy odpowiednim zaangażowaniu kadrowym i finansowym nie było możliwe dotrzymanie wyznaczonego terminu końcowego czy pośredniego.

Zamawiający wskazał również, że prowadzona inwestycja ma kluczowe znaczenie dla mieszkańców i władz Warszawy, co potwierdza stanowisko Urzędu Miasta. Na podstawie § 5 ust. 1 Zarządzenia nr 4165/2010 Prezydenta miasta stołecznego Warszawy z 4 lutego

2010 r. w sprawie koordynacji działań inwestycyjnych i remontowych w pasie drogowym na obszarze m.st. Warszawy inwestycji „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą" nadano atrybut „Priotytet". Powyższe oznacza, że wszystkie sprawy i zadania związane z przedmiotową inwestycją powinny być realizowane w trybie pilnym.

Powyższe oznacza też, że lokalne organy zdają sobie sprawę z nadchodzących utrudnień w ruchu przy realizacji robót oraz konieczności poczynienia pewnych ustępstw, ażeby cała inwestycja była realizowane w sposób terminowy i niezakłócony.

Termin realizacji zamówienia uzasadniony jest także kwestiami związanymi z jego finansowaniem ze środków UE. Projekt podlega dofinansowaniu ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020, dla którego okres rozliczenia (n+3) przypada na koniec 2023 r. Wykonanie zatem przedmiotowej inwestycji i ponoszenie przez Zamawiającego tzw. wydatków kwalifikowalnych po tej granicznej dacie spowoduje brak możliwości ich refundacji ze środków UE. Warunki otrzymanego dofinansowania UE wymuszają zatem konieczność wykonania i rozliczenia całej inwestycji z końcem roku 2023, co jest możliwe tylko przy realizacji zamówienia w terminach przewidzianych przez Zamawiającego w Postępowaniu, w tym w terminie końcowym wynoszącym 22 miesiące. Jednocześnie należy nadmienić, że projekt taki musi spełniać określone wymogi w zakresie wyników analizy ekonomicznej projektu, aby nadal mógł podlegać dofinansowaniu. Może to być jedynie spełnione w sytuacji realizacji budowy trasy tramwajowej generującej oszczędności w systemie transportowym, przede wszystkim w czasie podróży.

Zarzut nr 2A

Zamawiający wskazał, że wymóg wykazania się personelem posiadającym doświadczenie referencyjne w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert jest w pełni uzasadniony i proporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, którym jest kluczowa inwestycja z perspektywy mieszkańców Warszawy. Twierdzenie Odwołującego, jakoby przedmiotowy wymóg (czasookres) był zbędny bowiem osoba, która realizowała określone inwestycje np. 15 lat temu ma taką samą wiedzę i doświadczenie co osoba, która takie inwestycje prowadziła w ostatnich latach, przeczy zarówno doświadczeniu życiowemu, jak również powszechnej rynkowej praktyce.

Konieczność odwoływania się do doświadczenia jak najbardziej aktualnego została również dostrzeżona przez samego ustawodawcę, który wprawdzie nie reguluje szczegółowo zasad badania doświadczenia personelu wykonawcy, niemniej w odniesieniu do doświadczenia samego wykonawcy jako zasadę w przypadku robót budowlanych nakazuje dokonywać oceny doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert/wniosków. Na zasadzie analogii można przyjąć, że po pierwsze również w przypadku personelu skierowanego do realizacji zamówienia zasadne jest przyjmowanie przez zamawiającego czasokresu dla referencyjnego doświadczenia, a po drugie że czasookres ten powinien obejmować stosunkowo krótki okres - 5 letni. W tym kontekście nie sposób uznać by wymagany przez Zamawiającego okres ostatnich 10 lat (dwukrotnie dłuższy niż okres przewidziany w odniesieniu do doświadczenia samego wykonawcy) był nieproporcjonalny, czy naruszał uczciwą konkurencję, zwłaszcza, że odnosi się do niewysublimowanych przedsięwzięć projektowych i robót drogowych, jakich chociażby w skali Europy wykonuje się znaczną ilość każdego roku.

Wbrew stanowisku Odwołującego w przeciągu ostatnich 10 lat doszło do znacznego rozwoju technologii realizacji robót. Zamawiający formułując warunek udziału kierował się zatem koniecznością zapewnienia realizacji zamówienia przez osoby posiadające doświadczenie zdobyte w aktualnym reżimie technicznym i prawnym. Zakreślony w warunku okres doświadczenia realizuje ten postulat, a ponadto w żaden sposób nie ogranicza możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Odwołujący nie podjął żadnej próby wykazania, że na rynku nie istnieją specjaliści z doświadczeniem zdobytym w ostatnich 10 latach, poprzestając jedynie na bezzasadnym twierdzeniu, że czynnik czasu nie ma żadnego znaczenia dla oceny wymaganego doświadczenia. Nie sposób zatem uznać, że postawiony warunek narusza w jakikolwiek sposób uczciwą konkurencję, mając dodatkowo na uwadze zmiany w treści warunku dot. personelu, dokonane przez Zamawiającego 11 października 2021 r., łagodzące dotychczas stawiane wymagania.

KIO 2769/21

20 września 2021 r. Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: PZPB lub Odwołujący PZPB), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z Pzp postanowień SWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, tj. wykonania robót z zakresu podstawowego w terminie 22 miesięcy od daty zawarcia kontraktu mimo, że brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie;

2. art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez ustalenie terminu realizacji kontraktu w zakresie opcji I, II, III na 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, oraz przez określenie terminu, w którym Zamawiający może skorzystać z prawa opcji aż na 22 miesiące od daty zawarcia kontraktu, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania, a brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie określenie terminu realizacji w zakresie opcji;

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez sfomułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierowniczej - do pełnienia funkcji Kierownika budowy, o którym mowa w Rozdziale 5 ust. 5.1.2.2. pkt 3 SWZ w sposób

nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Podkryterium nr 1 - „Doświadczenie Kierownika budowy (DKB)" w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący PZPB wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący PZPB wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Argumentacja dotycząca tego zarzutu była analogiczna do argumentacji Odwołującego Strabag w zakresie zarzutu nr 1 odwołania KIO 2760/21.

Odwołujący PZPB wskazał ponadto, że zakres zamówienia, szacunkowa jego wartość, a także ilość prac niezbędnych do realizacji wyklucza możliwość ukończenia całego przedmiotu zamówienia w ekstremalnie krótkim czasie 22 miesięcy. Biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia, określoną przez Zamawiającego na kwotę 445 610 033,00 zł netto, przy założeniu konieczności realizacji zakresu podstawowego (bez uwzględniania opcji) w ciągu 22 miesięcy, będzie skutkowało obowiązkiem realizowania robót w wartości 20 255 001,50 złotych netto miesięcznie. Biorąc pod uwagę inne postępowania o podobnym przedmiocie zamówienia realizowane na terenie całej Polski należy stwierdzić, że przerób określony na tym poziomie jest wyjątkowo wysoki.

Odwołujący zwrócił uwagę na wpisanie w ramy przedmiotu zamówienia aż 5 strategicznych skrzyżowań, które prawdopodobnie nie będą mogły zostać wyłączone na czas wykonania prac, a również ograniczenie ruchu na omawianych odcinkach nie będzie mogło odbywać się równolegle ze względu na częściowe utrzymanie ruchu drogowego. Szacowany czas

na wykonanie tarcz skrzyżowań w pełnym zakresie umożliwiającym dopuszczenie do ruchu kołowego i tramwajowego waha się od 5 do 6 miesięcy, w zależności od uzbrojenia terenu, liczby rozjazdów, ilości torów, rodzaju nawierzchni, robót drogowych i trakcyjnych. Szacunkowa długość całego torowiska wynosi 9300 mtp. W ciągu miesiąca jedna brygada robocza wykona 150 200 mtp. Zakładając zaangażowanie 3 brygad roboczych zasadne jest szacowanie czasu realizacji na około 16 -20 miesięcy. Wprowadzenie większej liczby brygad spowoduje znaczne zwiększenie kosztów realizacji robót dla Zamawiającego, ale wiąże się również z utrudnieniami na większej liczbie odcinków ulic. Niezbędne będzie także wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu dla poszczególnych etapów: zachowanie dostępności do budynków użyteczności publicznej, mieszkań, parkingów, jak również ciągów pieszych i rowerowych, transportu publicznego i ruchu kołowego. Ulice podlegające przebudowie są obciążone dużym natężeniem ruchu, co również wpływa na wydajności robót.

Biorąc zatem pod uwagę postanowienia SWZ dotyczące zakresu prac, kwestie sprzętowe i technologiczne oraz materiałowe, zdaniem Odwołującego PZPB należy założyć minimalne okresy możliwe do dotrzymania (realne) w zakresie każdego z terminów pośrednich:

a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla zakresu podstawowego - w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu;

b) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich opcji - w terminie 7 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

c) zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego - w terminie 22 miesięcy od daty podpisania Kontraktu.

Łącznie realizacja omawianego przedmiotu zamówienia jest realna w ciągu 30 miesięcy. Odwołujący wskazał także, że zakładając optymalne terminy zakończenia toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wybór oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy - należy brać pod uwagę sytuację, w której przynajmniej część przewidzianych robót będzie miała miejsce w okresie zimowym. Zasadne jest zatem uwzględnienie w terminie realizacji rezerwy czasowej wynoszącej minimum 3 miesiące na wypadek zaistnienia sytuacji, w której prowadzenie prac na powietrzu ze względu na temperatury powietrza nie będzie możliwe w pełnym wymiarze. W okresie zimowym ze względów technologicznych nie mogą być prowadzone niektóre roboty np.: bitumiczne (temperatura, opady), betonowe (temperatura ujemna), roboty torowe (podlew ciągły i punktowy na bazie poliuretanów, spawanie szyn - niskie temperatury).

Zarzut nr 2

Zgodnie z treścią Rozdziału II.2.11 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przewidział termin realizacji opcji w ramach następującej sekwencji:

1)	Opcja I - 20 miesięcy od o skorzystaniu z prawa opcji;	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego
2)	Opcja II - 20 miesięcy od o skorzystaniu z prawa opcji;	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego
3)	Opcja III - 20 miesięcy od	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego

o skorzystaniu z prawa opcji.

Z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w okresie 22 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Każdorazowo w oświadczeniu Zamawiającego przewidziany zostanie trzydziestodniowy okres dla Wykonawcy na przygotowanie i osiągnięcie gotowości do realizacji Robót, niewliczający się do ww. terminów.

Zgodnie z treścią Umowy, Zamawiający oznaczył termin realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie prawa opcji w taki sam sposób jak określony w Rozdziale II.2.11 ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy: Z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w okresie 22 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Każdorazowo w oświadczeniu Zamawiającego

przewidziany zostanie trzydziestodniowy okres dla Wykonawcy na przygotowanie i osiągnięcie gotowości do realizacji Robót, niewliczający się do ww. terminów.

Odwołujący podniósł, że okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane, ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, w szczególności ma znaczenie dla wyceny oferty od kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaangażować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego, w danym okresie. Zamawiający jest zatem zobligowany do opisania wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, w sposób precyzyjny, ale też uwzględniający złożoność przedmiotu zamówienia. W tym sensie oczywiście Zamawiający nie traci swojego statusu jako gospodarza postępowania, ma pełne prawo do ustanawiania wymogów realizacji zadania w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć. Jednakże powinien opisać przedmiot zamówienia po pierwsze w sposób zgodny z ustawą, a po drugie zgodnie z podstawowymi zasadami przyświecającymi systemowi zamówień publicznych w Polsce. Określenie przez Zamawiającego terminu na skorzystanie z prawa opcji na 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji utrudnia wykonawcom prawidłową i rzetelną wycenę zamówienia, złożenie oferty, a w dalszej perspektywie realizację zamówienia, ze względu na fakt, że obiektywnie termin ten, podobnie jak w przypadku terminu na zrealizowanie podstawowego zakresu przedmiotu zamówienia - został ustalony na zbyt krótki okres.

Zamawiający zagwarantował sobie możliwość skorzystania z prawa opcji w okresie aż 22 miesięcy od daty zawarcia kontraktu. Podjęcie decyzji o skorzystaniu z prawa opcji w 22-im miesiącu od daty zawarcia kontraktu powoduje konieczność dodania do terminu podstawowego kolejnych 20 miesięcy realizacji - tym razem opcji. Zatem koszty ogólne, koszty zaangażowania kadry, jak i koszty stałe, tak naprawdę trzeba zakładać na łączny termin 42 miesięcy. Jest to istotny koszt łączny, niezbędny do założenia, ale z drugiej strony to również koszt, który realnie zawyża całkowitą cenę ofertową wykonawców potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego jest to okoliczność bezsprzecznie niekorzystna.

Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ i ogłoszenia o zamówieniu przez ustalenie terminu realizacji zamówienia na czas 30 miesięcy, tj. nadanie SWZ następującego brzmienia:

§ 2 ust. 1 pkt 2 - 4 Umowy: „Termin realizacji kontraktu - Przedmiot Kontraktu zostanie zrealizowany w następujących terminach:

2)	Opcja I - 28 miesięcy o skorzystaniu z prawa opcji;	od	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego
3)	Opcja II - 28 miesięcy o skorzystaniu z prawa opcji;	od	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego
4)	Opcja III - 28 miesięcy	od	daty	wskazanej	w	oświadczeniu	Zamawiającego

o skorzystaniu z prawa opcji”.

§ 2 ust. 2 Umowy: „Z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w okresie 2 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Każdorazowo w oświadczeniu Zamawiającego przewidziany zostanie trzydziestodniowy okres dla Wykonawcy na przygotowanie i osiągnięcie gotowości do realizacji Robót, niewliczający się do ww. terminów”.

Zarzut nr 3

W zakresie wymogu dotyczącego dziesięcioletniego okresu nabycia doświadczenia przez Kierownika budowy określonego w warunku udziału w postępowaniu Odwołujący PZPB zaprezentował argumentację analogiczną jak w Odwołujący Strabag w opisanym wyżej zarzucie nr 2A odwołania KIO 2760/21.

Odwołujący kwestionował również zawarty w spornym warunku udziału w postępowaniu wymóg dotyczący uzyskania przez Kierownika Budowy doświadczenia w realizacji inwestycji w miastach o liczbie mieszkańców min. 450 tys.

Odwołujący wskazał, że w Polsce jest około 40 miast powyżej 100 tys. mieszkańców, natomiast powyżej 450 tys. mieszkańców - tylko 6. Zamawiający ewidentnie ogranicza konkurencję w tym postępowaniu dyskwalifikując inne miasta, jak na przykład Szczecin czy Katowice, które nie zostaną uznane za spełniające warunek.

Zarzut nr 4

Argumentacja dotycząca zastrzeżeń Odwołującego PZPB dot. Warunku udziału w postępowaniu została przez Odwołującego podniesiona również w stosunku do kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierowników".

12 października 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu dotyczącego niewystarczającego terminu na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w przypadku zarzutu dotyczącego terminu w odwołaniu KIO 2760/21.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał na dokonaną 11 października 2021 r. zmianę SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, w tym w zakresie terminu przysługującego na skorzystanie z prawa opcji. Zamawiający skrócił rzeczony termin z 22 miesięcy od daty zawarcia umowy do 10 miesięcy od daty zawarcia umowy, ale pozostawił termin realizacji poszczególnych opcji bez zmian tj. w wymiarze 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

W ocenie Zamawiającego termin realizacji robót budowlanych w ramach poszczególnych opcji jest w pełni realny i możliwy do osiągnięcia. Odwołujący natomiast nie udowodnił, że realizacja poszczególnych opcji I, II i III jest obiektywnie niemożliwa.

Wykonawca może zamawiać niezbędne materiały już w trakcie projektowania, a sama terminowa realizacja kontraktu zależy w dużej mierze od możliwości organizacyjnych wykonawcy i przyjętego przez niego zaangażowania zasobów.

Odwołujący nie wykazał, że przyjęty przez Zamawiającego 22 - miesięczny termin na podjęcie decyzji o ewentualnym uruchomieniu opcji wpływa na możliwość sporządzenia oferty w stopniu wskazującym na naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp. Dla stwierdzenia naruszenia ww. normy koniecznym jest bowiem ustalenie, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedostatecznie dokładny, niezrozumiały bądź nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin realizacji zakresu opcji został natomiast określony przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i zrozumiały. Nie można natomiast uznać, że tak określone warunki skorzystania z prawa opcji uniemożliwiają w jakikolwiek sposób wycenę zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający oświadczył, że nie może zgodzić się na oczekiwane przez PZPB skrócenie terminu na skorzystanie z prawa opcji do jedynie 2 miesięcy od zawarcia umowy. Termin taki byłby bowiem zdecydowanie niewystarczający na pozyskanie przez Zamawiającego brakujących środków finansowych, od czego Zamawiający uzależnia decyzję o skorzystaniu z prawa opcji. Niewątpliwie jest to obiektywna okoliczność, stanowiącą uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, którą może i powinien uwzględnić sporządzając opis przedmiotu zamówienia i kreując treść SWZ.

Zarzut nr 3

W zakresie dotyczącego dziesięcioletniego okresu uzyskania doświadczenia kierownika

budowy Zamawiający podniósł analogiczną argumentację jak w przypadku zarzutu nr 2A odwołania KIO 2760/21.

Odwołujący PZPB zakwestionował także wymóg zrealizowania przez Kierownika budowy referencyjnej inwestycji zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta „o liczbie mieszkańców min. 450 tys." i pozostawienie ograniczenia jedynie do „granic administracyjnych miasta".

Zamawiający wskazał w odpowiedzi, że 11 października 2021 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio w zakresie warunku, o którym mowa w Rozdziale 5 ust. 5.1.2.2. pkt 3 SWZ, w ten sposób, że złagodził wymóg w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, przyjmując wymóg zrealizowania referencyjnej inwestycji w granicach administracyjnych miasta „o liczbie mieszkańców min. 200 tys.".

Powyższe wymogi wynikały z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego. Nie sposób przy tym przyjąć, że taki wymóg jest nadmierny czy ograniczający konkurencję. Na chwilę obecną w Polsce (a wszak nie tylko do Polski ogranicza się doświadczenie, jakie może posiadać personel wykonawcy) istnieje 14 miast o wymaganej wielkości min. 200 tys. mieszkańców.

Przedmiotowa inwestycja ma strategiczny charakter i będzie prowadziła do utrudnień w ruchu drogowym w kilku dzielnicach, gdzie występuje silne natężenie ruchu miejskiego, ruchu tranzytowego oraz rozbudowany układ linii Warszawskiego Transportu Publicznego. Wymaga to umiejętności prowadzenia robót w skomplikowanym układzie komunikacyjnym, przy dużych ograniczeniach z zakresu logistyki zaopatrzenia i organizacji zaplecza budowy oraz określonych wyłączeniach z ruchu obejmujących kilka oddalonych od siebie niekiedy o więcej niż 500 m dużych skrzyżowań lub etapowaniu ruchu na tych skrzyżowaniach. Wymaga to umiejętności prowadzenia robót w skomplikowanym układzie komunikacyjnym, stąd wymaganie, by doświadczenie Kierownika budowy dotyczyło miasta o zaludnieniu min. 200 tys. mieszkańców, tak aby nie obejmowało ono miast z jedną główną ulicą, gdzie nikt nie będzie zwracał uwagi na utrudnienia i nie jest wymogiem nieproporcjonalnym.

Zarzut nr 4

W zakresie dotyczących kryterium Doświadczenia kierownika budowy Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w przypadku odpowiednich zarzutów Odwołującego Strabag, jak i w przypadku zarzutu nr 3 powyżej.

KIO 2778/21

20 września 2021 r. wykonawca Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze działający przez Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§., Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej: Gulermak lub Odwołujący Gulermak), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp postanowień SWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1-3 oraz art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych opisanych w pkt 5.1.2.2 ust. 3 i 4 wraz z definicją zrealizowanej roboty budowlanej w Rozdziale I Instrukcja dla Wykonawców SWZ (oraz odpowiadających im warunkom z Ogłoszenia) w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a to z uwagi na:

a) ich niespójność i możliwość powstania rozbieżnych interpretacji, z uwagi na fakt, że nie sposób jest przesądzić, czy i w jakich przypadkach warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do członków zespołu budowlanego w postaci kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych dotyczą doświadczenia w zakresie roboty budowlanej zrealizowanej, czy realizowanej, a to z uwagi na fakt, że w pierwszej kolejności wskazuje się, że kierownik

budowy musi posiadać doświadczenie „przy realizacji" maksymalnie trzech zadań, a kierownik robót drogowych „przy realizacji" maksymalnie dwóch zadań, a następnie wskazuje się, że doświadczenie dla co najmniej jednego z tych zadań w przypadku każdej z powyższych funkcji ma obejmować doświadczenie „przy zrealizowaniu" jednej roboty budowlanej, gdzie zgodnie z definicją „za zrealizowaną robotę budowlaną Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)", co powoduje, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane wadliwie, w sposób nieprzejrzysty;

b) ich niespójność i możliwość powstania rozbieżnych interpretacji, z uwagi na fakt, że nie sposób jest przesądzić, czy warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do członków zespołu budowlanego w postaci kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych w zakresie doświadczenia „przy zrealizowaniu" robót budowlanych należy rozumieć jako bezpośredni udział członka zespołu budowlanego w doprowadzeniu do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia), czy też jako jego udział w zrealizowaniu robót budowlanych prowadzących do uzyskania przez danego wykonawcę ww. dokumentów, bez względu na to, czy członek zespołu budowlanego brał bezpośredni udział w doprowadzeniu do uzyskania przez wykonawcę ww. dokumentów, czy nie;

c) możliwość powstania rozbieżnych interpretacji w zakresie pojęcia „mieszkańca" w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie funkcji kierownika budowy, który ma się legitymować doświadczeniem uzyskanym w mieście o liczbie mieszkańców min. 450 tys., podczas gdy pojęcie mieszkańca nie zostało zdefiniowane i może być rozumiane wielorako;

2. art. 16 pkt 1-3 oraz art. 134 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 Pzp przez sformułowanie kryteriów oceny ofert w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanych w pkt 16.2.2 ust. 1 i 2 w Rozdziale I Instrukcja dla Wykonawców SWZ (oraz odpowiadających im warunkom z Ogłoszenia) zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz obowiązek opisania kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, nie pozostawiający zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, a to z uwagi na:

a) ich niespójność i możliwość powstania rozbieżnych interpretacji, z uwagi na fakt, że nie sposób jest przesądzić, czy i w jakich przypadkach kryteria oceny ofert w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do członków zespołu budowlanego w postaci kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych dotyczą doświadczenia w zakresie roboty budowlanej zrealizowanej, czy realizowanej;

b) ich niespójność i możliwość powstania rozbieżnych interpretacji, z uwagi na fakt, że nie sposób jest przesądzić, czy kryteria oceny ofert w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do członków zespołu budowlanego w postaci kierownika budowy oraz kierownika robót drogowych w zakresie doświadczenia przy zrealizowaniu robót budowlanych należy rozumieć jako bezpośredni udział członka zespołu budowlanego w doprowadzeniu do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia), czy też jako jego udział w dowolnym momencie realizacji roboty budowlanej, która została zrealizowana przez danego wykonawcę przez uzyskanie ww. dokumentów, bez względu na to, czy członek zespołu budowlanego brał bezpośredni udział w doprowadzeniu do uzyskania przez wykonawcę ww. dokumentów, czy nie;

c) ich niespójność i możliwość powstania rozbieżnych interpretacji, a także naruszający zasadę proporcjonalności, z uwagi na fakt, że konstrukcja odesłań

do warunków udziału w postępowaniu dla kryteriów oceny ofert nie jest jednoznaczna, ani zrozumiała, w szczególności nie wiadomo, jakie wymogi

mają spełniać roboty objęte poszczególnymi progami punktacji, a zwłaszcza czy mają to być roboty realizowane, czy zrealizowane, a także, czy mają spełniać łącznie wszystkie wymogi wskazane w warunkach udziału w postępowaniu, czy w zakresie 1 roboty budowlanej o najwyższych wymaganiach, czy też mogą to być dowolne roboty budowlane spełniające ogólne wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu w ramach pełnienia określonej funkcji, a ponadto w zakresie dodatkowej punktacji dla 2 i 3 roboty budowlanej w przypadku kierownika budowy i kierownika robót drogowych różnią się bez uzasadnionej przyczyny, a ponadto odesłania te nie są jednoznaczne, ani zrozumiałe;

d) możliwość powstania rozbieżnych interpretacji w zakresie pojęcia „mieszkańca" w odniesieniu do kryteriów oceny ofert w zakresie funkcji kierownika budowy, który ma się legitymować doświadczeniem uzyskanym w mieście o liczbie mieszkańców min. 450 tys., podczas gdy pojęcie mieszkańca nie zostało zdefiniowane i może być rozumiane wielorako;

3. art. 16 pkt 1-3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości proporcjonalności, równości i uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia oraz w sposób wskazujący na nieproporcjonalność ustalonych warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert.

4. art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp i art. 66 Kc przez ingerowanie przez Zamawiającego w sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawców, przez określenie procentowego udziału kosztów robót określonych w opcjach I - III w całkowitym koszcie realizacji zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że wykonawca jest zmuszony przyjąć poziomy poszczególnych kosztów w ofercie, które Zamawiający określił w sposób sztywny co może spowodować, że cena ofertowa opcji lub podstawowej części zamówienia nie będzie odpowiadać cenie rzeczywistej;

5. art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp a także art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 ust. 2 i 3 Pzp i art. 5 Kc oraz art. 58 § 2 Kc przez brak wskazania w dokumentacji zamówienia okoliczności skorzystania z opcji oraz wyznaczenie nieproporcjonalnie długiego terminu na skorzystanie z prawa opcji przez Zamawiającego;

6. art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp a także art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 ust. 2 Pzp i art. 5 Kc i art. 456 Pzp oraz art. 58 § 1 i § 2 Kc przez zawarcie w § 4 ust. 2 projektowanych postanowień umownych prawa Zamawiającego do jednostronnego zmniejszenia

wynagrodzenia Wykonawcy w związku z jednostronną decyzją o odstąpieniu od części zawartej umowy o wykonanie zamówienia publicznego;

7. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 - 3 Pzp przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku interpretacji oraz ewentualnego uszczegółowienia lub ponownego rozpoznania warunków gruntowo - wodnych na podstawie oceny, której nie sposób dokonać podczas przygotowywania oferty, podczas gdy to na Zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a tym samym nieuprawnionym jest próba obciążenia wykonawcy koniecznością weryfikacji czy przedmiot zamówienia został określony przez Zamawiającego w sposób prawidłowy - w szczególności w obliczu faktu, że to Zamawiający przygotowuje dokumentację budowlano - architektoniczną odpowiednią do wydania decyzji ZRID;

8. art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 647 Kc przez sformułowanie zbyt krótkich, 3- i 5-miesięcznych, niemożliwych do osiągnięcia, terminów pośrednich wykonania zamówienia w zakresie Dokumentacji projektowej w proponowanych postanowieniach umowy w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Umowy w Rozdziale III SWZ, a co z kolei wpływa na niemożliwość realizacji Robót zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 Umowy w zakresie podstawowym w terminie końcowym 22 miesięcy i zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. c Umowy w terminie pośrednim 16 miesięcy w zakresie zgłoszenia do odbioru podstacji trakcyjnych, a także Robót w zakresie opcji zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 - 4 Umowy w terminie 20 miesięcy od skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, co powoduje, że umowa, gdyby została zawarta, byłaby umową o świadczenie niemożliwe i tym samym nieważna z mocy prawa, a ponadto tak sformułowane postanowienia umowy należy uznać za naruszające zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

9. art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 387 Kc w zw. z art. 647 Kc przez sformułowanie

opisu przedmiotu zamówienia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU) w Rozdziale II SWZ Opis przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy i będącym jej integralną częścią zgodnie z § 30 pkt 7 Umowy, w pkt 7.2.1 Ogólne wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i planowanej inwestycji ppkt 8c PFU w sposób naruszający zasadę przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz sprzeczny z naturą zobowiązania i naruszający swobodę umów, a także mogący prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe

i nieważnej z mocy prawa, przez bezpodstawne przerzucenie na przyszłego wykonawcę ryzyka pozyskania porozumień, zgód, uzgodnień lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych od gestorów sieci i zarządców dróg, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie przebudowy i kolizji istniejących sieci zewnętrznych oraz istniejącego układu komunikacyjnego, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego, przy czym Zamawiający nie wskazuje przyczyn niemożliwości pozyskania tych dokumentów;

10. art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 387 Kc w zw. z art. 647 Kc w zw. art. 97 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 31 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z § 18 ust. 1 i 2 oraz § 19 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przez sformułowanie części informacyjnej w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU) w Rozdziale II SWZ Opis przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy i będącym jej integralną częścią zgodnie z § 30 pkt 7 Umowy, w pkt 8 Część Informacyjna ppkt 8.1. Dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów ppkt 8 PFU w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Umowy w Rozdziale III SWZ, w sposób naruszający zasadę przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz sprzeczny z naturą zobowiązania i naruszający swobodę umów, a także mogący prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe i nieważnej z mocy prawa, a to z uwagi na fakt, że Zamawiający bezpodstawnie przerzuca na Wykonawcę i to poza właściwym opisem przedmiotu zamówienia w PFU, w części informacyjnej, co jest niedopuszczalne, ryzyko i obowiązek pozyskania zamiennej decyzji ZRID, co w terminach pośrednich wykonania Dokumentacji projektowej nie jest możliwe;

11. art. 436 pkt 3 w zw. z art. 441 Pzp i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, oraz art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 353^1 Kc przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę) i równowagę Stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiającego się w szczególności przez wprowadzenie w pkt § 19 ust. 1 pkt 7 oraz § 19 ust. 2 SWZ rażąco wygórowanej kary umownej stanowiącej odpowiednio 30% kwoty wynagrodzenia brutto (w rzeczywistości 42% do 50% wynagrodzenia za zakres podstawowy) lub 30% wartości niewykonanej części kontraktu, jak również górnego limitu wysokości sumy kar umownych stanowiącego 30% całkowitego wynagrodzenia brutto (w rzeczywistości 42% do 50% wynagrodzenia za zakres podstawowy), co w konsekwencji doprowadzi do ukształtowania wysokości kary umownej w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny a wręcz rażąco zawyżony;

12. art. 353^1 Kc oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp i art. 5 Kc przez ukształtowanie w § 21 ust. 1 pkt 3 rozdziału III prawa Zamawiającego do odstąpienie od umowy z powodu każdego naruszenia umowy, co w konsekwencji prowadzi do ułożenia stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, a nadto w sposób nieważny z uwagi na brak wskazania terminu, który umożliwiałby Zamawiającemu odstąpienie od umowy;

13. art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zw. z art. 465 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1

i 3 Kc w zw. z art. 353^1 Kc w zw. z art. 647^1 Kc w zw. z art. 921^1 Kc przez sformułowanie w Rozdziale III SWZ Projektowane postanowienia Umowy w § 5 Rozliczenie ust. 19 Umowy, w sposób naruszający zasadę przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także z zamiarem obejścia przepisów Pzp o bezpośredniej zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy w szczególności art. 465 Pzp i tym samym w sposób naruszający naturę stosunku prawnego i swobodę umów, wbrew przepisom

o przekazie, postanowienia regulującego wyrażenie nieodwołalnej zgody wykonawcy na przekaz - na rzecz podwykonawców - wynagrodzenia przypadającego mu na podstawie kontraktu, obejmującego prace wykonane przez tych podwykonawców.

Odwołujący Gulermak wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ogłoszenia postępowania lub dokonania następujących zmian w treści SWZ (oraz odpowiednich postanowień Ogłoszenia/Sprostowania Ogłoszenia):

- warunków udziału w Postępowaniu w ten sposób, że:

• w przypadku Kierownika Budowy dopuszczalne będzie wykazanie się łącznym

36-miesięcznym doświadczeniem zawodowym, zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji lub zrealizowaniu maksymalnie trzech zadań, obejmujących budowę lub przebudowę drogi co najmniej klasy Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 450 tys., w tym

co najmniej 18-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*) przy zrealizowaniu***** jednej roboty budowlanej** , o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców****** min. 450 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1500 m:

- pełną konstrukcję jezdni,
- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***;

przy czym

• w przypadku Kierownika Robót Drogowych dopuszczalne będzie wykazanie się łącznym 24-miesięcznym doświadczeniem zawodowym, zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych****, przy realizacji lub zrealizowaniu maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*) przy zrealizowaniu***** jednej roboty budowlanej**, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta;

UWAGA:

***** za pełnienie funkcji kierownika budowy i odpowiednio kierownika robót drogowych przy zrealizowaniu roboty budowlanej Zamawiający uzna pełnienie tych funkcji w dowolnym, ciągłym okresie zrealizowanej roboty budowlanej;

****** za liczbę mieszkańców Zamawiający uzna najnowszy stan ludności w danym mieście ujawniony w Bazie Demografia Głównego Urzędu Statystycznego w ramach wyników badań bieżących przed terminem złożenia oferty;

- kryteriów oceny ofert w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że:

• w przypadku doświadczenia Kierownika Budowy Zamawiający nie przyzna wykonawcom dodatkowych punktów, jeśli osoba mająca pełnić tę funkcję legitymować się będzie co najmniej 18-miesięcznym doświadczeniem zawodowym (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczeniem przez okres całego kontraktu*), zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy

lub kierownika robót drogowych, przy realizacji lub zrealizowaniu jednej roboty budowlanej** o wartości min. 40 mln zł netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach

administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców***** min. 450 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1500 m:

- pełną konstrukcję jezdni,
- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***;

• w przypadku doświadczenia Kierownika Budowy Zamawiający przyzna wykonawcom dodatkowe punkty za doświadczenie przy realizacji lub zrealizowaniu drugiej i trzeciej roboty budowlanej, w ramach której osoba, która ma pełnić tę funkcję legitymuje się co najmniej 12-miesięcznym doświadczeniem zawodowym (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczeniem przez okres całego kontraktu*), zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, o wartości min. 40 mln zł netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców***** min. 450 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1500 m:

- pełną konstrukcję jezdni,
- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***;

• w przypadku doświadczenia Kierownika Robót Drogowych Zamawiający nie przyzna wykonawcom dodatkowych punktów, jeśli osoba mająca pełnić tę funkcję legitymować się będzie co najmniej 12-miesięcznym doświadczeniem zawodowym (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*), zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych****, przy realizacji lub zrealizowaniu jednej roboty budowlanej**, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta;

• w przypadku doświadczenia Kierownika Robót Drogowych Zamawiający przyzna wykonawcom dodatkowe punkty za drugą i trzecią robotę budowlaną, jeśli osoba mająca pełnić tę funkcję legitymować się będzie co najmniej 12-miesięcznym doświadczeniem zawodowym (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu*), zdobytym pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych****, przy realizacji lub zrealizowaniu jednej roboty budowlanej**, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta.

UWAGA:

***** za liczbę mieszkańców Zamawiający uzna najnowszy stan ludności w danym mieście ujawniony w Bazie Demografia Głównego Urzędu Statystycznego w ramach wyników badań bieżących przed terminem złożenia oferty;

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany formularza ceny przez wykreślenie ograniczenia ceny poszczególnych części ceny i odpowiednią zmianę pozostałych dokumentów zamówienia, w tym załącznika 19 do projektowanych postanowień umownych (rozdział III SWZ) i pkt 15. rozdziału I IDW SWZ

3. nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie treści SWZ, w szczególności rozdziału III o okoliczności skorzystania z opcji a także ustalenia terminu na skorzystanie z prawa do opcji na trzy miesiące od daty wykonania przez Wykonawcę projektu na zakres objęty opcjami;

4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 4 ust. 2 rozdziału III SWZ;

5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z 7.1.6. rozdziału II SWZ zdania „W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań są rozbieżne ze stanem faktycznym na ternie inwestycji, należy dokonać ponownego ich rozpoznania bądź uszczegółowienia, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania”.

6. nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdziału III § 2 ust. 1 SWZ przez zmianę postanowienia w następujący sposób:

„1) Zakres podstawowy - 26 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu,
z uwzględnieniem terminów pośrednich:

a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla zakresu podstawowego - w terminie 7 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu;

b) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich opcji - w terminie 9 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

c) zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego - w terminie 20 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

2) Opcja I - 24 miesiące od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;

3) Opcja II - 24 miesiące od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;

4) Opcja III - 24 miesiące od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji"; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu zmian w terminie wykonania Dokumentacji Projektowej przez wydłużenie terminu na opracowanie Dokumentacji Projektowej dla zakresu podstawowego do siedmiu miesięcy, a także wydłużenie terminu na opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich opcji do dziewięciu miesięcy;

7. nakazanie Zamawiającemu usunięcie z rozdziału II SWZ pkt 7.2 Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia ppkt 7.2.1. Ogólne wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i planowanej inwestycji pkt 8 lit. c PFU projektowanego postanowienia Umowy w postaci zapisu „w tym te, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego";

8. nakazanie Zamawiającemu usunięcie z rozdziału II SWZ pkt 8 Część Informacyjna ppkt 8.1. Dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów ppkt 8 PFU projektowanego postanowienia Umowy w postaci zapisu „W przypadku konieczności zmiany ostatecznej decyzji administracyjnej umożliwiającej rozpoczęcie i realizację Robót dla realizacji przedmiotowej inwestycji, Wykonawca we własnym zakresie pozyska wszelkie niezbędne dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów i pozyska zamienną decyzję";

9. nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdziału III § 19 ust. 1 pkt 7 SWZ przez zmianę postanowienia w następujący sposób ,,za odstąpienie od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy zgodnie z § 21 ust. 5 Kontraktu - w wysokości 20% wynagrodzenia brutto określonego w § 1 ust. 1 pkt 1, a w przypadku odstąpienia od części Kontraktu - w wysokości 20% wartości niewykonanej części Kontraktu" ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdziału III § 19 ust. 1 pkt 7 SWZ przez zmianę wysokości kary umownej na 10%;

10. nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdziału III § 19 ust. 2 SWZ przez zmianę postanowienia w następujący sposób „Łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w ust. 1, nie przekroczy 20% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 pkt 1" ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdziału III § 19 ust. 2 SWZ przez zmianę limitu kar umownych na 20%;

11. nakazanie Zamawiającemu zmianę rozdziału III SWZ w ten sposób, by przesłanki odstąpienia od umowy z powodu nienależytego jej wykonania wskazane w § 21 ust. 1 pkt 3 rozdziału III jako przykładowe były wyczerpującym katalogiem przesłanek uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy z tytułu nienależytego jej wykonania przez Wykonawcę.

12. nakazanie Zamawiającemu usunięcia z rozdziału III § 5 ust. 19 SWZ postanowienia „W przypadku gdy Kontrakt będzie realizowany z udziałem Podwykonawców, o których mowa w § 13, Wykonawca oświadcza, że wyraża nieodwołalną zgodę na przekaz - na rzecz Podwykonawców - wynagrodzenia przypadającego mu na podstawie niniejszego Kontraktu, obejmującego prace wykonane przez tych Podwykonawców. Postanowienia dotyczące przekazu pozostają w mocy nawet w przypadku odstąpienia od niniejszego Kontraktu przez którąkolwiek ze Stron. Zapłata przez Zamawiającego wynagrodzenia Podwykonawcy w trybie przekazu powoduje, że wzajemne zobowiązania Wykonawcy oraz Zamawiającego podlegają

umorzeniu do wysokości zapłaconej kwoty. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia wraz z fakturą VAT dokumentów, o których mowa w § 13 ust. 10 Kontraktu; postanowienia § 13 ust. 8 - 9 stosuje się odpowiednio".

Wobec zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego 12 października 2021 r. Odwołujący Gulermak w toku posiedzenia z udziałem stron wycofał zarzuty nr 1, 2, 3, 5, 6, 11 i 13. Odwołujący Gulermak wycofał również żądania związane z tymi zarzutami.

Z kolei w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty nr 8, 9 i 10.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie rozpoznanych na rozprawie zarzutów Odwołujący Gulermak wskazał m.in.:

Zarzut nr 4

W § 1 ust. 3 lll PPU SWZ Zamawiający w następujący sposób określił przedmiot kontraktu:

1) zakres podstawowy:

a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich odcinków, tj. D2, D4, E1/1, E1/2 i D5,

b) wykonanie Robót dla odcinka D2 zlokalizowanego: ul. Puławska, ul. Goworka, ul. Spacerowa, ul. Belwederska oraz ul. Gagarina od ul. Rakowieckiej do ul. Sułkowickiej,

c) wykonanie Robót dla odcinka D4 zlokalizowanego: ul. Belwederska oraz ul. Jana lll Sobieskiego, od ul. Nabielaka/Promenada do ul. Truskawieckiej (bez węzła z ul. Św. Bonifacego);

2) zakres z prawa opcji (I-lll) obejmujący wykonanie Robót dla odcinków: E1/1, E1/2 i D5:

a) opcja I - odcinek E1/1: w ul. Jana lll Sobieskiego i al. Rzeczypospolitej od ul. Truskawieckiej do skrzyżowania z al. Wilanowską (ok 130 m za skrzyżowaniem z al. Wilanowską),

b) opcja II - odcinek E1/2: w ul. al. Rzeczypospolitej od al. Wilanowskiej do skrzyżowania z ul. Branickiego (bez węzła),

c) opcja lll - odcinek D5: w ul. Św. Bonifacego, od ul. Jana lll Sobieskiego do pętli Stegny (wraz z pętlą).

W ślad za tym Zamawiający wprowadził w rozdziale I lDW oraz rozdziale IV FO limity procentowe cen każdej z czterech pozycji (zakres podstawowy i opcje I, II i III) w ramach całości ceny oferowanej przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca co do zasady ma (powinien mieć) swobodę w zakresie kształtowania ceny, w tym szczególnie jeśli chodzi o przetarg organizowany w ramach zamówień publicznych. Jak wynika choćby z treści art. 239 ust. 2 Pzp, zaoferowana przez wykonawcę cena jest jednym z podstawowych elementów ofert (jedyny nieodzowny; obligatoryjny), którym podmioty te konkurują ze sobą w przetargu. Arbitralne (odgórne) określenie ceny, choćby w sposób pośredni, powoduje, że przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie konkurencji (nie mówiąc już o uczciwej konkurencji - art. 16 Pzp) nie jest możliwe.

Narzucenie przez Zamawiającego szczegółowego procentowego udziału poszczególnych kosztów robót branżowych w całkowitym koszcie realizacji przedmiotu zamówienia prowadzi do sytuacji, w której wykonawca jest zmuszony przyjąć fikcyjne poziomy poszczególnych kosztów w ofercie, które zostały określone w sposób sztywny przez zamawiającego.

Każdy z wykonawców działających na danym rynku działa według własnych indywidualnych możliwości, wykorzystując dostępne mu technologie, warunki techniczne i organizacyjne,

które wpływają na określony (indywidualny dla każdego wykonawcy) sposób kalkulacji ceny oferty. Z tego względu nie jest możliwe, aby realnie określone ceny za wykonanie poszczególnych rodzajów robót branżowych mogły być wykonane przez wszystkich wykonawców dokładnie na tym samym, określonym przez Zamawiającego poziomie procentowego udziału kosztów w kosztach ogółem za realizację przedmiotu zamówienia.

Wprowadzenie przez Zamawiającego procentowego udziału kosztów poszczególnych robót branżowych w stosunku do ceny oferty stwarza pewną fikcję odnośnie do kalkulacji ceny i rozliczenia finansowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, której konsekwencje mogą być niekorzystne nie tylko dla Wykonawców, ale również w takim samym stopniu mogą narażać Zamawiającego na poniesienie kosztów wyższych niż rzeczywiste. Jeśli wykonawca skalkuluje swoje koszty na poziomie wyższym niż wymagany przez Zamawiającego dla określonych prac, to nadwyżkę tych kosztów będzie musiał przenieść do innych pozycji, w których jego koszty rzeczywiste będą niższe niż poziom procentowy wymagany przez Zamawiającego, albo też będzie zmuszony zawyżyć pozostałe pozycje, a tym samym cenę ofertę, aby spełnić wymogi określonych udziałów procentowych poszczególnych kosztów narzuconych przez Zamawiającego. Wówczas w ramach rozliczenia części robót, dla których koszt musiał być zawyżony, Zamawiający zapłaci więcej niż mógłby zapłacić, gdyby cena tych robót stanowiła rzeczywiste odzwierciedlenie kosztów ponoszonych przez wykonawcę w tym zakresie.

Art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp nie daje podstaw Zamawiającemu do ingerowania w sposób kalkulacji ceny oferty przez Wykonawców w sposób przyjęty przez Zamawiającego.

Każdy limit określony w każdej z pozycji zawiera się w pewnym przedziale cenowym. To nie zmienia faktu, że nieznane są zasady i poprawność określenia przez Zamawiającego takiego, a nie innego podziału. Zdaniem Odwołującego błędy Zamawiającego w określeniu przedziałów procentowych spowodują, że część będzie musiała zostać sztucznie zaniżona, albo zawyżona, albo pozostanie nieodpowiadająca przedmiotowi zamówienia.

Każdy z wykonawców wycenia swoje prace w różny sposób. Jedni wykonawcy oferują tańsze roboty drogowe, inni trakcyjne, inni ziemne czy elektryczne, itd. - by ująć najbardziej ogólne kategorie. Jeżeli proporcje pomiędzy różnymi zakresami robót będą inne w każdym z czterech zakresów (czego nie sposób jeszcze ocenić), wówczas wykonawca który dzięki temu złoży najtańszą ofertę na zakres podstawowy może być zmuszony do wcześniej wspomnianego sztucznego dopasowywania pozostałych cen. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że w chwili obecnej jedynie co do zakresu podstawowego wiadomo, że będzie on wykonany i wiadomo, w jakim czasie.

W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takich, a nie innych kryteriów rozpiętości cenowych dla każdej z opcji. Brak więc podstaw do ograniczenia przez Zamawiającego swobody wykonawców w zakresie kalkulacji ceny oferty za ewentualną realizację każdej z opcji - jedynie na podstawie dowolnej decyzji Zamawiającego, który nie wiadomo czy i jakie kryteria zastosował, by dokonać kwestionowanego udziału.

Zarzut nr 7

Zgodnie z rozdziałem II OPZ SWZ:

7.1.6. Warunki gruntowo - wodne

1) Załącznikiem do wielobranżowego projektu budowlanego jest dokumentacja geotechniczna, określająca szczegółowo warunki gruntowo-wodne. Określone w dokumentacji parametry jak układ warstw, rodzaj, stan gruntu, miąższość poszczególnych warstw, poziom zwierciadła wody gruntowej itp. mają charakter badań lokalnych (odwierty) i nie należy rozszerzać ich bezpośrednio na cały obszar inwestycji. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań są rozbieżne ze stanem faktycznym na terenie inwestycji, należy dokonać ponownego ich rozpoznania bądź uszczegółowienia, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania.

2) Wykonawca uwzględni w ofercie zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi w zakresie określonym w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego i wywołane nimi ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntów.

Charakter opisu przedmiotu zamówienia powinien być stanowczy - wyznaczać jednoznacznie, co wykonawca ma zrealizować i w jaki sposób - przez to jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy, którego się podejmuje składając wiążącą ofertę. Nadmierne ryzyko co do zakresu prac, które przyjdzie wykonawcy realizować w wyznaczonym czasie,

niewiadomy zakres materiałów, które będzie mu wolno wykorzystać, zniechęca wykonawców do wzięcia udziału w tym postępowaniu, gdzie zakres rzeczowy nie został w sposób przewidywalny i jednoznacznie ustalony. Tego typu działania prowadzą więc wbrew do ograniczenia uczciwej konkurencji, przez co są niekorzystne dla realizacji celów publicznych, gdyż im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa.

Zacytowane wyżej postanowienie SWZ nakładające na wykonawcę konieczność ponownego rozpoznania warunków gruntowo - wodnych jest sprzeczny z art. 99 ust. 1 Pzp.
To

na Zamawiającym spoczywał rzeczony obowiązek przed uzyskaniem zgody na realizację inwestycji drogowej, a zatem próba przypisania odpowiedzialności w omawianym zakresie Odwołującemu nie powinna zyskać aprobaty Izby. To Zamawiający obarczony jest obowiązkiem uzyskania pozwolenia na budowę (w tym przypadku decyzji ZRID), której częścią jest prawidłowo sporządzony projekt budowalny. Częścią projektu budowalnego z kolei jest dokumentacja geotechniczna (co wprost podaje Zamawiający).

Przytoczone postanowienie OPZ zdaje się zakładać, że badania zostały wykonane nieprawidłowo (lokalnie). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek wykonać badania w sposób odpowiedni dla uzyskania decyzji ZRID, za co jest wyłącznie odpowiedzialne w ramach niniejszego zamówienia. Wykładania literalna omawianego postanowienia doprowadza do wniosku, że jest ono niewykonalne. Sporne postanowienie stanowi bowiem „w przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań są rozbieżne ze stanem faktycznym". Możliwość „uznania", że coś jest „rozbieżne" ze stanem faktycznym wymaga sprawdzenia tj. przeprowadzenia rozpoznania, które dopiero umożliwi sformułowanie stanowiska przez wykonawcę w przedmiocie oceny dokumentacji geotechnicznej. Taką ocenę można przeprowadzić dopiero na etapie realizacji inwestycji, nie podczas przygotowywania oferty. Wykonawca nie wie, czy oznacza to, że nie powinien w ogóle uwzględnić badań (obowiązek poprawnego ich wykonania ze względu na decyzję ZRID), czy też uwzględnić obowiązek całościowego ich powtórzenia.

Sformułowanie rzeczonego zapisu w przytoczonym kształcie de facto powoduje powstanie odpowiedzialności po stronie wykonawcy za prawidłowe ustalenie pomiarów geotechnicznych, które były obowiązkiem Zamawiającego na etapie uzyskania ZRID. Nie jest przy tym rolą Wykonawcy ustalanie stanu faktycznego przedmiotu zamówienia.
To zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 Pzp na Zamawiającym spoczywa obowiązek zredagowania go w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Zamawiający przez kwestionowane postanowienia podjął próbę scedowania swoich obowiązków na wykonawcę. Jest oczywiste, że jeżeli okaże się, że badania wykonane są błędnie lub w dokumentacji występują inne uchybienia, to wykonawca będzie zmuszony do dokonania zmian w dokumentacji, być może także w decyzji ZRID, jednak odbędzie się to na koszt i ryzyko Zamawiającego.

Zarzut nr 12

Prawo odstąpienia

95. Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w przedmiocie możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od kontraktu należy wskazać, że zgodnie z § 21 ust. 1 pkt 3: Zamawiającemu, niezależnie od innych uprawnień przewidzianych w Kontrakcie, przysługuje prawo odstąpienia od Kontraktu w okolicznościach wskazanych w art. 456 ustawy Pzp oraz w niżej wymienionych okolicznościach: wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje przedmiot Kontraktu, w tym m.in. pozostaje w zwłoce z realizacją Kontraktu dłużej niż 30 dni, przerwał bez uzasadnionej przyczyny realizację Kontraktu a przerwa ta trwa dłużej niż 21 dni i nie kontynuuje ich pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie.

Mając na uwadze powyższe postanowienie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przez użycie słów „w tym m.in." wprowadził katalog otwarty w zakresie możliwość odstąpienia od kontraktu. Przy tym użycie niedookreślonego sformułowania jakim jest „nienależycie wykonuje" w konsekwencji doprowadza do sytuacji, w której podczas realizacji kontraktu Zamawiający będzie mógł od niego odstąpić na podstawie dowolnie przez siebie wskazanej przyczyny, którą będzie uważał za „nienależyte wykonanie kontraktu".

Wskazany sposób regulacji postanowień umownych nie tylko został skonstruowany przez wykorzystanie przez Zamawiającego pozycji dominującej, ale również z naruszeniem reguł wynikających z art. 353^1 Kc. Mając na uwadze powyższe za zasadny jawi się wniosek o nakazanie zmiany wskazanego postanowienia przez stworzenie nowego szczegółowego katalogu zamkniętego przez Zamawiającego, albo przez wykreślenie słów „w tym m.in.",

a w ich miejsce wprowadzenie „tj.”. Nienależyte wykonanie umowy oznacza każdy przypadek, gdy stronie można zarzucić niezgodność jej postępowania z umową. Stąd niewzruszalną zasadą jest, że korzystanie z uprawnień mających na celu doprowadzenie do wykonywania umowy zgodnie z jej treścią uzależnione jest od stopnia naruszenia. Zamawiający zastrzegł sobie katalog kar umownych. Kary umowne naliczane są w przypadku nienależytego wykonania umowy. Wśród katalogu „przewinień” uprawniających do naliczenia kary umownej są m.in.:

1. „za każdą nieusprawiedliwioną nieobecność Kierownika budowy lub osoby wskazanej na zastępstwo na terenie budowy na wezwanie Inżyniera Kontraktu”,

2. „za każdy udokumentowany, np. zdjęciem lub nagraniem wideo, przypadek nieprzestrzegania przez Wykonawcę przepisów BHP”,

3. „za cięcie „na sucho” prefabrykatów”.

Wszystkie te przypadki uprawniają do odstąpienia od umowy. Z procedury wymagającej wezwania do usunięcia naruszeń, jednak nie zmienia to faktu, że możliwość odstąpienia od umowy jest rażąco nieproporcjonalna do możliwych naruszeń w przytłaczającej większości przypadków. Ujęte w § 21 ust. 1 pkt 3 rozdziału III przykłady powinny być wyczerpującym katalogiem uprawniającym do odstąpienia od kontraktu.

12 października 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie o sygn. akt KIO 2778/21 wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 4

Odwołujący Gulermak nie wykazał, aby przyjęta przez Zamawiającego wysokość udziałów procentowych przypisanych dla zakresu podstawowego oraz każdej z 3 opcji została ustalona nieprawidłowo, w szczególności w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia lub jego zakresu odpowiednio dla zakresu podstawowego lub opcji. Zgodnie z pkt 15 Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I SWZ):

„15.2. Cenę oferty należy wyliczyć i podać w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z tym, że:

15.2.1. cena za wykonanie zakresu podstawowego może stanowić od 60,1% do 70,5% łącznej ceny netto oferty;

15.2.2. cena za wykonanie opcji I może stanowi od 13,8% do 16,2% łącznej ceny netto oferty;

15.2.3. cena za wykonanie opcji II może stanowić od 10,3% do 12,0% łącznej ceny netto oferty;

15.2.4. cena za wykonanie opcji III może stanowić od 7,9% do 9,2% łącznej ceny netto oferty.”

Wskazanie sposobu obliczenia ceny ofertowej przez określenie przedziałów procentowych odnośnie do udziału zakresu podstawowego oraz każdej z opcji w cenie globalnej, z jednej strony podyktowane było potrzebą ochrony interesów Zamawiającego, z drugiej natomiast koniecznością „urealnienia” ceny. Zastosowanie powyższego mechanizmu ma na celu wyłącznie uniknięcie stosowania przez wykonawców inżynierii cenowej oraz działań godzących bezpośrednio w interes Zamawiającego. Bez wskazania stosownych przedziałów procentowych wynagrodzenia, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia (tj. zakres podstawowy oraz 3 odrębne zakresy objęte opcją) mogłoby bowiem dojść do sytuacji, w której wykonawcy uwzględniliby w cenie zakresu podstawowego wszelkie ryzyka związane z realizacją opcji, znacznie zawyżając jego wartość, czego nie można zaakceptować.

Opisane powyżej działanie wykonawcy stanowiłoby wręcz czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ przerzucenie kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami ceny globalnej jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i równocześnie narusza interes Zamawiającego. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający zabezpieczył się zatem przed takim podzieleniem wynagrodzenia, które skutkowałoby tym, że nie byłoby ono realnym ekwiwalentem świadczeń zrealizowanych przez wykonawcę. W skrajnym przypadku mogłoby się nawet

okazać, że realizacja zakresu opcjonalnego (który wielkościowo jest znacznie mniejszy, niż zamówienie podstawowe, a jego realizacja jest niepewna) byłaby dla wykonawcy nieopłacalna i w związku z powyższym odstąpiłby on od jej realizacji po otrzymaniu decyzji Zamawiającego o uruchomieniu opcji, zakładając wręcz taki scenariusz w ofercie, że zakresu tego nie będzie realizował, a bardziej opłacalne będzie dla niego zapłacenie kary za odstąpienie od tej części przez Zamawiającego. Przy takiej śmiałej „inżynierii cenowej", w braku ww. przedziałów cenowych, wykonawca mógłby wg swojego uznania wycenić opcję, której i tak nie zamierzałby realizować, zawyżając z kolei cenę za zamówienie podstawowe i po jego wykonaniu odmówić dalszej współpracy, płacąc niewielką karę umowną. Z kolei Zamawiającemu, ze względu na strategiczny charakter przedmiotowej inwestycji oraz warunki związane z finansowaniem zamówienia, zależy na zabezpieczeniu niezakłóconej realizacji całego przedmiotu zamówienia. Jako gospodarz postępowania Zamawiający jest zatem w pełni uprawniony, aby tego rodzaju niekorzystnym praktykom przeciwdziałać. Zamawiający uwzględnił okoliczność, że każdy z wykonawców dokonywać będzie wyceny zamówienia podstawowego oraz każdej z opcji według własnych standardów, wykorzystując dostępne mu warunki techniczne i organizacyjne, które wpływają na indywidualny dla każdego wykonawcy sposób kalkulacji ceny oferty. Dlatego też Zamawiający nie narzucił wykonawcom sztywnych bezrefleksyjnych podziałów procentowych, lecz przyjął je w formie zakresów na zasadzie „od - do". Dla przykładu wskazać należy, że przy cenie za realizację zakresu podstawowego, kwota różnicy pomiędzy 60,1% a 70,5% ceny netto (taki przedział przewidział dla tego zakresu zamówienia Zamawiający) w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego (uwzględniającej również opcję) daje elastyczność cenową rzędu 42 mln zł. Zamawiający dopuścił więc znaczną swobodę przy dokonywaniu przez wykonawców kalkulacji ceny poszczególnych zakresów pozwalając na urealnienie wymaganych elementów składowych ceny oferty ponoszonych faktycznie przez wykonawcę. Zamawiający nie narzucił sposobu wyliczenia ceny w obrębie danego zakresu podstawowego i opcjonalnego, na które to zakresy składają się różne prace (ze względu na rodzaj - np. projektowanie/roboty budowlane - czy branże - np. roboty drogowe, trakcyjne, elektryczne, itp.,) oraz związane z nimi koszty (np. dokumenty, materiały, sprzęt, ludzie, koszty ogólne, stałe, itp.). Narzucone przedziały procentowe odnoszą się bowiem wyłącznie do ceny za zamówienie podstawowe i każdą z 3 opcji, w relacji do łącznej ceny całkowitej za realizację zamówienia z uwzględnieniem opcji. Zamawiający nie ingeruje natomiast w sposób wyliczenia ceny za poszczególne zakresy, co zdaje się sugerować Odwołujący 3 wskazując na konieczność „przerzucania" przez wykonawców kosztów pomiędzy np. poszczególnymi branżami (drogowymi, trakcyjnymi, ziemnymi, elektrycznymi, etc.).

Zamawiający określając przedziały procentowe kierował się wartościami wynikającymi z kosztorysu inwestorskiego oraz przyjął te przedziały na podstawie udziału zakresu rzeczowego opcji oraz zakresu podstawowego w całości zamówienia. Zaznaczyć również należy, że Zamawiający dysponuje już projektem budowlanym, na podstawie którego sporządzony został kosztorys robót. Stąd też poziom wiedzy Zamawiającego na temat przewidywanych kosztów inwestycji jest znaczny i aktualny. Przyjęte wskaźniki nie wynikają tylko z ogólnych doświadczeń Zamawiającego z poprzednich kontraktów, są zaś precyzyjnym odzwierciedleniem konkretnych założeń przedmiotowego zamówienia i uwzględniają obecne uwarunkowania rynku, w tym aktualne ceny. Trudno więc zgodzić się z zarzutem Odwołującego Gulermak, że wykonawcy zostali zmuszeni przyjąć w ofercie fikcyjne poziomy poszczególnych kosztów, które rzekomo określone zostały przez Zamawiającego w sposób sztywny.

Zarzut nr 7

Zamawiający wskazał wykonawcom na dokumenty, którymi dysponuje na etapie wszczęcia postępowania przetargowego oraz załączył je do dokumentacji postępowania. Wśród nich znalazła się również dokumentacja geotechniczna określająca szczegółowo warunki gruntowowodne zidentyfikowane na terenie inwestycji, która stanowi załącznik do wielobranżowego projektu budowlanego. Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wskazał, że konkretne parametry określone w ww. dokumentacji geotechnicznej mają charakter badań lokalnych (odwierty) i nie należy rozszerzać ich bezpośrednio na cały obszar inwestycji. Zamawiający określił w pkt. 7.1.6 rozdziału II SWZ obowiązek wykonawcy dokonania ponownego rozpoznania warunków gruntowowodnych jedynie w przypadku uznania, że przekazane wyniki badań są rozbieżne ze stanem faktycznym na terenie inwestycji, który to obowiązek powinien zostać wyceniony w ofercie i co Zamawiający wyraźnie podkreślił w ww. pkt 7.1.6. SWZ. Nie stanowi to naruszenia przepisów PZP i jest dopuszczalne w warunkach prowadzonego postępowania. Skoro zaś Zamawiający nałożył taki obowiązek na wykonawcę i wyraźnie wskazał na potrzebę uwzględnienia tego elementu w cenie ofertowej, to nie sposób doszukać się tutaj braku precyzji, czy niewyczerpującego opisania obowiązków wykonawcy podlegających wycenie.

2.37. Natomiast wbrew twierdzeniom Odwołującego 3, Zamawiający nie rozszerza zakresu

zamówienia o nieustalony rozmiar ryzyk i nie przerzuca na wykonawcę ryzyka związanego ze stwierdzeniem w trakcie realizacji inwestycji warunków gruntowowodnych rozbieżnych z określonymi w przekazanej dokumentacji geotechnicznej. Zamawiający nie wykluczył bowiem roszczeń wykonawców o zmianę terminu, czy też wysokości wynagrodzenia w związku z faktem stwierdzenia w trakcie realizacji umowy rozbieżności warunków geotechnicznych ustalonych w przekazanej dokumentacji ze stanem faktycznym - co mogłoby dopiero stanowić podstawę do ewentualnego zarzutu, a co w rozpoznawanej sprawie nie ma jednak miejsca. 2.38. Zgodnie bowiem z treścią § 17 ust. 2 pkt 10 oraz § 17 ust. 3 pkt 2 rozdziału III SWZ w przypadku stwierdzenia odmiennych warunków geologicznych, terenowych i wodnych możliwa jest zmiana Kontraktu w zakresie terminu realizacji, zasad odbiorów, zakresu i sposobu wykonania przedmiotu Kontraktu oraz wynagrodzenia.

Zamawiający przewidział zatem możliwość dokonania zmiany Kontraktu w przypadku stwierdzenia w trakcie realizacji inwestycji odmiennych warunków geologicznych, terenowych i wodnych i nie wymaga od wykonawców na etapie składania oferty jakichkolwiek oświadczeń potwierdzających prawidłowość badań dostarczonych przez Zamawiającego, bądź rezygnacji z roszczenia o dodatkowe wynagrodzenie czy też wydłużenie terminu na wykonanie zamówienia w razie pojawienia się ww. rozbieżności w trakcie wykonywania umowy.

Tym samym wbrew stanowisku Odwołującego Gulermak ryzyko ujawnienia się powyższych odmiennych warunków pozostaje po stronie Zamawiającego.

Zarzut nr 12

Punktem wyjścia dla oceny zasadności zastrzeżonego przez Zamawiającego umownego prawa odstąpienia od umowy winna być treść art. 395 § 1 Kc, który stanowi, że „Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie". Jedyny wymóg jaki względem umownego prawa odstąpienia od umowy określa rzeczony przepis, dotyczy wskazania terminu, w którym strona ma prawo skorzystać z tego prawa. Przepis ten nie warunkuje natomiast wskazania w sposób enumeratywny i kazuistyczny okoliczności, w których prawo odstąpienia będzie stronie przysługiwać. Zamawiający ukształtował umowne prawo odstąpienia od umowy w sposób zgodny z ww. wytycznymi. Ponadto w myśl § 21 ust. 7 PPU: „Prawo do odstąpienia od Kontraktu, o którym mowa w ust. 1 przysługuje do dnia 31.12.2028 r.". W konsekwencji za zupełnie niezrozumiały należy uznać zarzut Odwołującego 3 odnośnie tego, że Zamawiający nie wskazał terminu, w którym mógłby odstąpić od Umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie „Przepis art. 395 § 1 Kc, wyrażający swobodę kształtowania stosunków umownych (art. 353^1 Kc), wymaga jedynie oznaczenia terminu, w ciągu którego przysługiwać będzie prawo odstąpienia od umowy. Może to nastąpić nie tylko przez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej, ale także przez wskazanie zdarzenia, po wystąpieniu którego będzie możliwe skorzystanie z tego prawa". Istotą terminu jest natomiast to, że jest to zdarzenie przyszłe i pewne, a co za tym idzie, podanie konkretnej daty dziennej wypełnia wymóg podania terminu, o którym stanowi art. 395 § 1 Kc.

Odwołujący Gulermak zarzucił ponadto, że Zamawiający przez użycie słów „w tym m.in." wprowadził katalog otwarty w zakresie możliwych przypadków uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od kontraktu. W jego ocenie użycie niedookreślonego sformułowania „nienależycie wykonuje" prowadzi do sytuacji, w której podczas realizacji kontraktu Zamawiający będzie mógł od niego odstąpić na podstawie dowolnie przez siebie wskazanej przyczyny, którą będzie uważał za „nienależyte wykonanie kontraktu". Twierdzenie takie nie może się ostać. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik na gruncie umowy ponosi odpowiedzialność. Przede wszystkim z nienależytym wykonaniem umowy mamy do czynienia, gdy dłużnik nie wypełnia konkretnych obowiązków nałożonych na niego umową - nie sposób zatem przyjąć, że Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy z dowolnej przyczyny - przyczyny te są bowiem ograniczone treścią stosunku zobowiązaniowego stron.

Ponadto:

1. zgodnie z § 21 ust. 2 PPU, przed skorzystaniem z prawa odstąpienia od kontraktu, Zamawiający zobowiązany jest udzielić wykonawcy dodatkowego terminu w wymiarze 30 dni na usunięcie naruszeń i doprowadzenie do stanu zgodnego z kontraktem - wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego każdorazowo przyczyna odstąpienia będzie sprecyzowana w wezwaniu do usunięcia naruszeń, zaś wykonawca będzie miał stosunkowo długi 30-dniowy termin na dostosowanie się do wezwania celem uniknięcia sankcji odstąpienia;

2. wykonawca, w każdym przypadku jest uprawniony do kwestionowania na drodze sądowej skuteczności złożonego przez swojego kontrahenta oświadczenia o odstąpieniu od umowy, wskazując, że nie było ono uzasadnione, a co za tym idzie pozostaje bezskuteczne.

Tak sformułowane prawo do odstąpienia od umowy z podaniem przykładowych (a nie enumeratywnie wskazanych) przypadków stanowiących nienależyte wykonanie umowy nie odbiega również od rynkowego standardu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna, z wynikających z art. 528 Pzp, przesłanek ustawowych skutkujących ich odrzuceniem.

Rozpoznając odwołania Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. dokumentacji postępowania, w tym SWZ z załącznikami,

2. dowodów złożonych na posiedzeniu z udziałem stron i rozprawie przez Odwołujących, Zamawiającego i przystępującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

KIO 2760/21 i KIO 2769/21

<u>Zarzuty dotyczące zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia:</u>

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji pn.: „Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego". Zgodnie z punktem 2 PFU zadanie opisane zostało jako: „opracowanie Dokumentacji Projektowej, Dokumentacji Powykonawczej, wykonanie Robót polegających na przebudowie i rozbudowie układu drogowo-torowego wraz z budową trasy tramwajowej w ciągu ulic: Puławska - Goworka - Belwederska - Jana III Sobieskiego - al. Rzeczypospolitej (z włączeniami w istniejącą trasę tramwajową w ul. Puławskiej i węzłem rozjazdowym na skrzyżowaniu z ul. Goworka), w ul. Gagarina (z włączeniem do projektowanej w ramach odrębnego zadania trasy tramwajowej na wysokości skrzyżowania z ul. Sułkowicką), w ul. Św. Bonifacego (wraz z węzłem rozjazdowym na skrzyżowaniu ulic Św. Bonifacego i Jana III Sobieskiego oraz pętlą końcową Stegny) oraz przystankiem końcowym przed skrzyżowaniem z ul. Branickiego. Przedmiot zamówienia został podzielony na zakres podstawowy oraz na zakres z prawa opcji, które Zamawiający może uruchamiać na etapie realizacji przedmiotu Kontraktu w terminach i na zasadach określonych w Kontrakcie. Podział na zakres podstawowy i opcje został przedstawiony w dalszej części dokumentu oraz w Kontrakcie".

Zakres terytorialny planowanych prac określony został w punkcie 3 PFU:

„Adres obiektu budowlanego, którego dotyczy program funkcjonalno-użytkowy:

1) Pas drogowy ciągu ulic: Puławska - Goworka - Belwederska - Jana III Sobieskiego - al. Rzeczypospolitej wraz z wszystkimi ulicami poprzecznymi oraz ul. Św. Bonifacego

wraz z wszystkimi ulicami poprzecznymi i ul. Gagarina na odcinku od ul. Belwederskiej do ul. Sułkowickiej.

2) Działki numer 2 oraz 4 (obręb 50512) na skrzyżowaniu ulic Belwederska/Spacerowa na potrzeby budowy budynku podstacji trakcyjnej.

3) Działka numer 40 (obręb 10312) przy ul. Jana III Sobieskiego na potrzeby budowy budynku podstacji trakcyjnej wraz ze zjazdem na działce numer 24/7.

4) Pas drogowy al. Wilanowskiej (działka 2/14, obręb 10536) na potrzeby budowy budynku podstacji trakcyjnej.

Podczas Robót konieczne będą miejscowe przekroczenia istniejących pasów drogowych celem realizacji inwestycji - zgodnie z tomem 1.0 Projekt Zagospodarowania Terenu stanowiącym załącznik nr 2 do PFU".

W § 2 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający podzielił przedmiot Kontraktu na zakres podstawowy oraz na zakres z prawa opcji, w następujący sposób:

1) zakres podstawowy:

a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich odcinków, tj. D2, D4, E1/1, E1/2 i D5,

b) wykonanie Robót dla odcinka D2 zlokalizowanego: ul. Puławska, ul. Goworka, ul. Spacerowa, ul. Belwederska oraz ul. Gagarina od ul. Rakowieckiej do ul. Sułkowickiej,

c) wykonanie Robót dla odcinka D4 zlokalizowanego: ul. Belwederska oraz ul. Jana III Sobieskiego, od ul. Nabielaka/Promenada do ul. Truskawieckiej (bez węzła z ul. Św. Bonifacego);

2) zakres z prawa opcji (I-III) obejmujący wykonanie Robót dla odcinków: E1/1, E1/2 i D5:

a) opcja I - odcinek E1/1: w ul. Jana III Sobieskiego i al. Rzeczypospolitej od ul. Truskawieckiej do skrzyżowania z al. Wilanowską (ok 130 m za skrzyżowaniem z al. Wilanowską),

b) opcja II - odcinek E1/2: w ul. al. Rzeczypospolitej od al. Wilanowskiej do skrzyżowania z ul. Branickiego (bez węzła),

c) opcja III - odcinek D5: w ul. Św. Bonifacego, od ul. Jana III Sobieskiego do pętli Stegny (wraz z pętlą).

Z uwzględnieniem zmiany treści SWZ z 11 października 2021 r. termin realizacji przedmiotu zamówienia został w następujący sposób określony w § 2 wzoru umowy:

1. Przedmiot Kontraktu zostanie zrealizowany w następujących terminach:

1) Zakres podstawowy - 22 miesiące od daty zawarcia Kontraktu, z uwzględnieniem terminów pośrednich:

a) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla zakresu podstawowego - w terminie 3 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu;

b) opracowanie Dokumentacji Projektowej dla wszystkich opcji - w terminie 5 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

c) zgłoszenie do odbioru podstacji trakcyjnych, realizowanych w ramach zakresu podstawowego - w terminie 16 miesięcy od daty podpisania Kontraktu;

2) Opcja I - 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;

3) Opcja II - 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;

4) Opcja III - 20 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu Zamawiającego

o skorzystaniu z prawa opcji.

2. Z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w okresie 10 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Każdorazowo w oświadczeniu Zamawiającego przewidziany zostanie trzydziestodniowy okres dla Wykonawcy na przygotowanie i osiągnięcie gotowości do realizacji Robót, niewliczający się do terminów wskazanych w ust. 1 pkt 2, 3 i 4.

Biorąc pod uwagę wskazany wyżej zakres przedmiotu zamówienia oraz stanowiska Odwołujących, Przystępujących i Zamawiającego Izba uznała, że niewątpliwym jest, że określony w SWZ termin realizacji zadania jest krótki i trudny do dotrzymania. Nie oznacza to jednak, że jest niemożliwy do osiągnięcia. Z tego względu zarzut został oddalony. By doszło do uwzględnienia zarzutu Odwołujący musieliby wykazać, że zrealizowanie zadania w terminie określonym przez Zamawiającego jest niemożliwe. Odwołujący dowodzili jednak, że termin jest niezwykle krótki, a jego utrzymanie będzie trudne, co w konsekwencji spowoduje wzrost cen ofert. Nie daje to jednak podstawy do nakazania Zamawiającemu zmiany SWZ i wydłużenia spornego terminu.

W ocenie Izby Zamawiający jest uprawniony do ustanowienia krótkiego terminu realizacji zamówienia kosztem wzrostu cen ofert. W polskim systemie zamówień publicznych już kilka lat temu nastąpiło odejście od prymatu najniższej ceny jako najważniejszego parametru decydującego o wyborze oferty. Cena ofert oczywiście jest istotna, ale Zamawiający był uprawniony do ustanowienia wymogów dotyczących terminu realizacji zadania, które prowadzić mają do maksymalnego skrócenia uciążliwości wykonywanych prac dla mieszkańców miasta. Nie można bowiem zignorować faktu, że roboty będące przedmiotem zamówienia spowodują bardzo istotne utrudnienia na znacznym obszarze

Warszawy. Zmniejszenie i maksymalne skrócenie tych niedogodności jest wartością na tyle dużą, że zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo postąpił ustanawiać krótki termin realizacji zadania. Biorąc pod uwagę stanowisko Odwołujących i Zamawiającego Izba doszła do przekonania, że dotrzymanie terminu będzie w pełni możliwe pod warunkiem nienagannej organizacji robót.

Z powyższych przyczyn Izba oddaliła zarzut i uznała, że żądanie wydłużenia terminu robót nie jest zasadne.

<u>Zarzut dotyczący czasu realizacji prawa opcji (Zarzut nr 2 odwołania KIO 2769/21):</u>

Zgodnie z przytoczonym wyżej § 2 ust. 2 wzoru umowy „z prawa opcji Zamawiający może skorzystać w okresie 10 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Każdorazowo w oświadczeniu Zamawiającego przewidziany zostanie trzydziestodniowy okres dla Wykonawcy na przygotowanie i osiągnięcie gotowości do realizacji Robót, niewliczający się do terminów wskazanych w ust. 1 pkt 2, 3 i 4”.

Zarzut nr 2 odwołania KIO 2769/21 dotyczył brzmienia wzoru umowy w wersji pierwotnej, tj. sprzed zmiany z 11 października 2021 r. Z tego względu w ocenie Izby argumentacja odwołania częściowo odnosiła się do stanu, który przestał obowiązywać.

Oceniając zarzut Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który wyjaśnił, że dziesięciomiesięczny termin na uruchomienie prawa opcji od momentu zawarcia umowy jest minimalnym terminem, niezbędnym dla uzyskania dodatkowego finansowania dla części przedmiotu zamówienia nieobjętych zakresem podstawowym. Zamawiający wyjaśnił, że jedynie na zakres podstawowy ma zapewnione finansowania, a realizacja pozostałych części, tj. objętych prawem opcji, uzależniona jest od uzyskania dodatkowych źródeł finansowania. Zamawiający wyjaśnił, że w terminie krótszym niż 10 miesięcy nie będzie w stanie pozyskać dodatkowych funduszy na sfinansowanie opcjonalnych elementów przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zmieniony 11 października 2021 r. termin do uruchomienia prawa opcji przez Zamawiającego stanowi rozwiązanie z jednej strony zabezpieczające prawa i potrzeby Zamawiającego, a z drugiej strony pozwalające wykonawcom na znacznie precyzyjniejszy sposób wyceny ofert niż w przypadku pierwotnego terminu. Tym samym, w ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego zmiana czyni zadość oczekiwaniom wykonawców w takim zakresie, który jednocześnie zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Z tego też względu odwołanie w powyższym zakresie zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert związanych

z doświadczeniem Kierownika Budowy:

Zgodnie z Rozdziałem I punkt 5.1.2.2 SWZ (po zmianie z 11 października 2021 r.):

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego i które posiadają doświadczenie (nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert) oraz uprawnienia w podanych niżej specjalnościach, tj. (...):

3) do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji Kierownika budowy) - 1 osoba, która posiada łącznie co najmniej 36-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie trzech zadań obejmujących budowę lub przebudowę drogi co najmniej klasy Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys., w tym co najmniej 18-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 1000 m:

- pełną konstrukcję jezdni,
- skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną;

4) do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) - co najmniej 1 osoba, która posiada co najmniej 24-miesięczne doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji maksymalnie dwóch zadań, w tym co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej - doświadczenie przez okres całego kontraktu) przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta (.).

Odwołujący Strabag w odwołaniu KIO 2760/21 kwestionował obowiązek uzyskania doświadczenia przez wskazany w opisie warunków udziału w postępowaniu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert(w punkcie 5.1.2.2. SWZ).

Odwołujący PZPB w odwołaniu KIO 2769/21 kwestionował ten sam wymóg, ale w zakresie przytoczonego wyżej punktu 5.1.2.2 ppkt 3 SWZ.

Zarzuty obu odwołań dotyczące kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierowników oparte zostały na takiej samej argumentacji jak ww. zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie tego doświadczenia. Osoby, których doświadczenie ma być oceniane w ramach kryterium oceny ofert mają spełniać wymogi określone w pkt. 5.1.2.2 ppkt 3 SWZ.

Oceniając zasadność powyższych zarzutów Izba wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący kwestionowali wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie nie wskazując na zasadność wprowadzenia na jego miejsce innego, szerszego ograniczenia. Odwołujący żądali zatem usunięcia wszelkich ograniczeń czasowych w uzyskaniu doświadczenia przez Kierownika Budowy, co w ocenie Izby było żądaniem zbyt daleko idącym.

Odwołujący nie wykazali również, by kwestionowany przez nich wymóg dotyczący doświadczenia był niewspółmierny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uzasadnił przyjęte ograniczenie twierdzeniem o znaczącym rozwoju technicznym w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Ponadto, Zamawiający wskazał, że osoby, które nabyły doświadczenie wcześniej i w ciągu ostatnich kilku lat nie były aktywne zawodowo nie dadzą gwarancji należytej jakości robót. Odwołujący nie zgodzili się ze stanowiskiem Zamawiającego, ale nie podjęli próby wykazania, że ta argumentacja jest błędna.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę szeroki zakres przedmiotu zamówienia oraz opisany wyżej

krótki termin realizacji zadania wymóg, by doświadczenie kierowników zostało nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert nie jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Z powyższych przyczyn omawiane zarzuty obu odwołań podlegały oddaleniu.

Oddalony został również dotyczący warunków udziału w postępowaniu zarzut Odwołującego PZPB dotyczący wymogu zrealizowania przez Kierownika budowy referencyjnej inwestycji zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie mieszkańców min. 450 tys. Zarzut dotyczył pierwotnej wersji warunków udziału w postępowaniu, tj. sprzed zmiany SWZ z 11 października 2021 r. Zamawiający zmienił, tj. złagodził kwestionowany przez Odwołującego PZPB wymóg w sposób, który umożliwia wykazaniem się doświadczeniem zdobytym w realizacji określonych zadań w kilkunastu (a nie jak przez zmianą - kilku) miastach.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do ustanowienia restrykcyjnych warunków udziału w postępowaniu pod warunkiem jednak, że wynikające z warunków ograniczenia nie są nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro Odwołujący kwestionowali wymogi Zamawiającego, to winni byli wykazać, że warunki udziału w postępowaniu nie są adekwatne do potrzeb Zamawiającego wynikających z charakteru zamawianego przedmiotu. W ocenie Izby obaj Odwołujący w zakresie ww. zarzutu nie podołali ciężarowi dowodu, co w konsekwencji spowodowało oddalenie zarzutu.

KIO 2778/21

Zarzut nr 4

W punkcie 15 SWZ Zamawiający wskazał:

„Sposób obliczenia ceny oferty:

> 15.1 Cenę oferty należy obliczyć wg wzoru formularza „Oferta" zawartego w rozdziale IV SWZ.
>
> 15.2 Cenę oferty należy wyliczyć i podać w PLN, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z tym, że:
>
> > 15.2.1 cena za wykonanie zakresu podstawowego może stanowić od 60,1% do 70,5% łącznej ceny netto oferty;
> >
> > 15.2.2 cena za wykonanie opcji I może stanowi od 13,8% do 16,2% łącznej ceny netto oferty;
> >
> > 15.2.3 cena za wykonanie opcji II może stanowić od 10,3% do 12,0% łącznej ceny netto oferty;
> >
> > 15.2.4 cena za wykonanie opcji III może stanowić od 7,9% do 9,2% łącznej ceny netto oferty".

W ocenie Odwołującego Gulermak przytoczone postanowienie naruszało art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp i art. 66 Kc poprzez ingerowanie przez Zamawiającego w sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawców. Zdaniem Izby powyższe postanowienie nie narusza jednak wskazanych przez Odwołującego przepisów. Istotą zarzutu było twierdzenie Odwołującego, że wprowadzenie jakiegokolwiek podziału proporcji ceny zakresu podstawowego przedmiotu zamówienia oraz części objętych prawem opcji jest nieprawidłowe i stanowi bezprawną ingerencję w uprawnienie wykonawców do samodzielnego kształtowania cen ofert.

Izba podkreśla, że prawo wykonawcy do samodzielnego kształtowania ceny oferty nie wyklucza jednak możliwości, by określone, wynikające z uzasadnionych potrzeb ograniczenia tego prawa wprowadził w SWZ Zamawiający.

Zamawiający uzasadnił wprowadzony w punkcie 15.2 SWZ podział cen i wskazał, że wynika on przede wszystkim z potrzeby zabezpieczenia się przed możliwością stosowania przez część wykonawców tzw. „inżynierii cenowej" tj. przenoszenia kosztów jednego elementu przedmiotu zamówienia do innego, realizowanego wcześniej. Zamawiający podkreślił,

że możliwość skorzystania z części zadania objętych prawem opcji zaistnieje tylko wówczas, gdy Zamawiający zdoła pozyskać finansowanie na realizację tych ewentualnych zadań. Powoduje to możliwość, że niektórzy wykonawcy podniosą sztucznie ceny zadania podstawowego zaniżając przy tym ceny zadań opcjonalnych. O ile praktyka taka nie jest powszechna, to jej istnienie zostało wielokrotnie potwierdzone, m. in. w wyrokach KIO i sądów powszechnych. Dlatego też zjawisko takie nie ma wyłącznie wymiaru czysto hipotetycznego. Z tego względu w ocenie Izby Zamawiający jest uprawniony do podjęcia działań zabezpieczających go przez negatywnymi skutkami inżynierii finansowej.

Odwołujący z kolei nie kwestionował przyjętych przez Zamawiającego wzajemnych proporcji cen zadania podstawowego o opcjonalnych, nie próbował też wykazać, że to właśnie takie proporcje utrudnią mu złożenie poprawnej oferty. Dlatego też Izba oddaliła zarzut uznając, że Odwołujący podważa samo uprawnienie Zamawiającego, a nie konkretny efekt zastosowania tegoż uprawnienia.

Zarzut nr 7

Zamawiający wskazał w Rozdziale II SWZ (OPZ):

7.1.6. Warunki gruntowo - wodne

1) Załącznikiem do wielobranżowego projektu budowlanego jest dokumentacja geotechniczna, określająca szczegółowo warunki gruntowo-wodne. Określone w dokumentacji parametry jak układ warstw, rodzaj, stan gruntu, miąższość poszczególnych warstw, poziom zwierciadła wody gruntowej itp.

mają charakter badań lokalnych (odwierty) i nie należy rozszerzać ich bezpośrednio na cały obszar inwestycji. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań są rozbieżne ze stanem faktycznym na terenie inwestycji, należy dokonać ponownego ich rozpoznania bądź uszczegółowienia, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania.

W ocenie Izby powyższe postanowienie nie stanowi naruszenia prawa, w tym art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 - 3 Pzp.

Możliwość przerzucenia ryzyka wystąpienia ewentualnej potrzeby dodatkowych badań gruntowych na wykonawcę jest dozwolone. Zamówienie adresowane do profesjonalistów, a zatem podmiotów, które będą w stanie należycie skalkulować ryzyko związane z możliwością przeprowadzenia uzupełniających badań. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający w punkcie 7.1.6 SWZ przerzucił na wykonawcę robót konieczność wykonania nowych badań, nie oznacza tym bardziej, że takie badania w ogóle będą musiały być wykonane. W ocenie Izby sporne postanowienie SWZ jest dla wykonawców przede wszystkim informacją o możliwości wystąpienia potrzeby dodatkowych badań i wskazaniem konieczności kalkulacji związanego z tym ryzyka w cenie oferty. Postanowienie SWZ nie wprowadza obowiązku przeprowadzenia badań na etapie składania ofert, nie wprowadza również obowiązku przeprowadzenia takich badań po zawarciu umowy. Zamawiający przeprowadził takie badania wcześniej, a ich wyniki stanowią element dokumentacji postępowania. Zamawiający nie jest w stanie wykluczyć, że na etapie realizacji przedmiotu zamówienia mogą pojawić się okoliczności, które będą skutkowały koniecznością przeprowadzenia dodatkowych badań - i dopiero wtedy zrealizuje się obowiązek wskazany w punkcie 7.1.6 SWZ, zatem na etapie realizacji przedmiotu zamówienia ewentualna potrzeba przeprowadzenia badań obciążać będzie wykonawcę, a nie jak dotychczas - Zamawiającego. Postanowienie takie nie naruszenia przepisów Pzp, zatem zarzut odwołania podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 12

Zgodnie z Rozdziałem III § 21 ust. 1 SWZ:

„Zamawiającemu, niezależnie od innych uprawnień przewidzianych w Kontrakcie, przysługuje prawo odstąpienia od Kontraktu w okolicznościach wskazanych w art. 456 ustawy Pzp oraz w niżej wymienionych okolicznościach:

(...)

3) Wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje przedmiot Kontraktu, w tym m.in. pozostaje w zwłoce z realizacją Kontraktu dłużej niż 30 Dni, przerwał bez uzasadnionej przyczyny realizację Kontraktu a przerwa ta trwa dłużej niż 21 Dni, i nie kontynuuje ich pomimo wezwania Zamawiającego złożonego na piśmie (...).

Z kolei Rozdział III § 21 ust. 2 wskazuje:

„Przed skorzystaniem Zamawiającego z prawa odstąpienia od Kontraktu, Zamawiający udzieli Wykonawcy dodatkowego terminu w wymiarze 30 dni na usunięcie naruszeń i doprowadzenie do stanu zgodnego z Kontraktem, pod rygorem odstąpienia od Kontraktu. W przypadku nieusunięcia powstałych naruszeń i niedoprowadzenia do stanu zgodnego z Kontraktem w dodatkowym terminie, Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od Kontraktu".

W oparciu o przytoczony wyżej § 21 ust. 1 pkt 3 Odwołujący Gulermak twierdził, że Zamawiający zagwarantował sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy z każdego, również stosunkowo błahego powodu. Odwołujący twierdził w konsekwencji, że we Wzorze Umowy powinien zostać wprowadzony zamknięty katalog przesłanek pozwalających na odstąpienie od umowy.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego Gulermak było niezasadne. O ile oczywistym jest, że katalog podstaw do odstąpienia od umowy wskazany w § 21 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy ma charakter otwarty, to nie oznacza to, że Zamawiający ma pełną dowolność w zakresie wyboru podstawy do odstąpienia. Prawidłowa interpretacja spornego postanowienia prowadzi do jednoznacznego wniosku, że tylko istotne naruszenia zasad realizacji umowy będą mogły być podstawą do odstąpienia. Wynika to z przykładów zawartych w § 21 ust. 1 pkt 3 - podając rodzaje naruszeń skutkujących odstąpieniem Zamawiający wskazał:

1. zwłokę z realizacją Kontraktu dłuższą niż 30 Dni,

2. nieuzasadnioną, dłuższą niż 21 dni przerwę w realizacji Kontraktu oraz brak kontynuacji prac mimo pisemnego wezwania ze strony Zamawiającego.

Są to przykłady rażącego naruszenia sposobu realizacji umowy. Art. 65 Kc stanowi:

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu

na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Do interpretacji postanowień umowy powyższy przepis będzie miał zastosowanie na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp. Tym samym wykładnia § 21 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy musi uwzględniać wskazane wyżej przykłady i ich znaczenia dla sposobu rozumienia kwestionowanego postanowienia. Prawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał, że podstawą do odstąpienia od umowy będą jedynie przypadki istotnych naruszeń umowy, ale to wynika właśnie z interpretacji § 21 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy z uwzględnieniem ww. przykładów.

Powyższe prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do uznania, że w oparciu o § 21 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z wykonawcą z każdej, dowolnej przyczyny.

Wniosek taki jest uprawniony tym bardziej, że z przytoczonego wyżej § 21 ust. 2 wzoru umowy wynika konieczność uprzedniego zawiadomienia wykonawcy przez Zamawiającego i dania temu wykonawcy szansy na poprawę, co również pozwala na przyjęcie, że odstąpienie nie będzie mogło nastąpić z powodu małoistotnych uchybień.

W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 Pzp 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 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....