

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokołowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Maciej Grzybowski
Radca prawny

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczala
Radca prawny

Ewelina Kęćcik
Adwokat

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

dr Jacek Kudła, LL.M.
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Maria Łabno
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojka-Kolodziej
Adwokat

Emilia Putra
Radca prawny

Justyna Solarska
Adwokat

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, dnia 28 czerwca 2024 roku

Do:

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

Odwołujący:

Trakcja S.A.
Al. Jerozolimskie 100 IIp.
00-807 Warszawa
KRS: 0000084266

reprezentowany przez:
adres do doręczeń:

r.pr. Wojciecha Merkwę
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa
tel.: +48 22 246 00 30
wojciech.merkwa@jdp-law.pl

adres poczty elektronicznej:

Zamawiający:

adres do doręczeń:

Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich
ul. Piotrkowska 175
90-447 Łódź
tel.: +48 42 272-62-80
zamowienia@zim.uml.lodz.pl

adres poczty elektronicznej:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu **TRAKCJA S.A.** z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”) ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn.: „*Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82*” (znak sprawy: ZIM-DZ.2621.6.2024, „**Postępowanie**”), prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich niniejszym w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”):

I. **wnoszę** odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) w zakresie dotyczącym:

- (1) postanowień z Rozdziału VIII ust. 5 pkt 5.1 oraz ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. SWZ;
- (2) postanowienia § 16 ust. 4 wzoru umowy (zał. nr 2 do SWZ).

II. Zamawiającemu **zarzucam** naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- (1) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp** poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tj.:
 - (a) poprzez określenie w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ warunku wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert dwóch robót budowlanych o łącznej wartości 150 mln złotych (przy wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 75 mln złotych) w sytuacji, gdy z uwagi na (i) treść Opisu Przedmiotu Zamówienia, (ii) wymóg, aby każda z referencyjnych inwestycji obejmowała torowisko tramwajowe o długości nie mniejszej niż 1 km toru podwójnego oraz (iii) liczbę inwestycji o wymaganej przez Zamawiającego wartości wystarczającym i adekwatnym do powyżej wymienionych okoliczności jest żądanie wykonania się dwoma robotami budowlanymi o łącznej wartości 80 mln złotych (przy wartości każdej z robót wynoszącej 40 mln złotych) lub sumy 130 mln złotych, pozostawienie wykonawcom swobody co do wartości poszczególnych inwestycji (a więc brak narzucenia, aby każda referencyjna inwestycja dotyczyła zadania o wartości min. 75 mln złotych);
 - (b) poprzez określenie w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dot. osób delegowanych przez wykonawcę do wykonania zamówienia w sposób nieadekwatny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, z uwagi na postawienie wymagania, aby osoby predestynowane do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych musiały wykazać się doświadczeniem nabytym w pełnieniu funkcji kierownika budowy i jednocześnie narzucenie wymogu, aby kierownicy robót drogowych pełnili jednocześnie funkcję kierownika budowy;
- (2) **art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c.** poprzez zawarcie w projektowanych postanowienia umowy postanowienia § 16 ust. 4, zgodnie z którym „za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie” skutkującego pozbawieniem wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z

umowy o roboty budowlane – jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. k.c. – jak również zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz celowi społeczno – gospodarczemu, naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane w relacji inwestor – wykonawca;

a w konsekwencji powyższych:

- (3) **art. 16 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp **wnoszę o** rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (1) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ poprzez zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:**

*w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż **80 000 000,00 zł brutto** i o wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż **40 000 000,00 zł brutto**. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego;*

lub warunkiem o następującej treści:

*w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż **130 000 000,00 zł brutto**. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego;*

- (2) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ poprzez zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:**
- (3) *5.2.1.: dwiema (2) osobami na stanowisko kierownika robót drogowych (z których każda będzie pełniła funkcję kierownika budowy odrębnie dla Zadania 1 i Zadania 2), każda posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu*

*funkcji kierownika budowy **lub kierownika robót drogowych** przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego;*

- (4) **usunięcie § 16 ust. 4 projektowanych postanowień umowy (zał. nr 2 do SWZ).**

- IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp **wnoszę o** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.
- V. Na podstawie art. 573 Pzp **wnoszę o** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił Zamawiający w dokumentach Postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia. Nadmierne wymogi w zakresie spełnienia warunku udziału czynią postanowienia SWZ niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi przepisami i wykluczają udział wykonawcy w Postępowaniu. Odwołujący, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty i zawarciem umowy, posiada zatem interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Treść ogłoszenia o zamówieniu wraz ze Specyfikacją Warunków Zamówienia została opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej Postępowania w dniu 18 czerwca 2024 roku, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 28 czerwca 2024 roku.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2024 roku pod numerem 358613-2024, numer wydania Dz.U. S: 117/2024.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację zadania pn.: „Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82”. Zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia („**OPZ**”)

stanowiącego załącznik numer 1 do SWZ do obowiązków przyszłego wykonawcy zamówienia należy m.in. budowa / przebudowa / remont jezdni lub ulic, budowa i przebudowa torowiska tramwajowego oraz budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej odwodnienia jezdni i torowiska, a także budowa budynku socjalnego na pętli tramwajowo-autobusowej.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 18 czerwca 2024 roku poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej prowadzonego Postępowania. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 Pzp.
3. W tym miejscu należy wskazać, że przedmiotowa inwestycja ma charakter typowy i nie wyróżnia się spośród innych, podobnych inwestycji realizowanych przez Zamawiającego. W szczególności nie wyróżnia się ona na tle innych inwestycji *tramwajowych* stopniem lub skalą złożoności.
4. Wpływ na ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na tak wysokim poziomie ma to, że nie zostało ono podzielone na części. Należy bowiem zauważyć, że w jego ramach należy wykonać dwa zadania:
 - (a) *Zadanie 1:* Rozbudowa drogi krajowej nr 14, ul. Władysława Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Marszałka Edwarda Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską w m. Łódź (od km 57+029 do km 58+070 DK14) wraz z rozbudową innej drogi publicznej drogi powiatowej ul. Kilińskiego na odcinku od skrzyżowania z ul. Mochnackiego do skrzyżowania z ul. Ślaską w m. Łódź.
 - (b) *Zadanie 2:* Rozbudowa drogi powiatowej ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji przy ul. Rzgowskiej 40 do wysokości posesji przy ul. Rzgowskiej 82 w mieście Łódź.
5. W ocenie Odwołującego w ramach niniejszego Postępowania istniała możliwość podziału zamówienia na części i umożliwiała wykonawcom złożenia ofert na daną część zamówienia. Odwołujący nie ma zamiaru kwestionować uprawnień Zamawiającego co do sposobu takiego ukształtowania Postępowania – zwraca jednak uwagę, że wprowadzone przez Niego warunki udziału powinny zostać urealnione (na co ma wpływ stan faktyczny sprawy).
6. W dalszej części odwołania zostanie wykazane, że warunki udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania doświadczenia w zrealizowaniu podobnych inwestycji oraz dysponowania określoną kadrą zostały sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który nie uzasadnia w żaden sposób ich „podwyższenia” przez Zamawiającego. Tym samym niezasadnie doszło do ograniczenia kręgu podmiotów, które są zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia ale z uwagi na nadmierne wymagania Zamawiającego nie będą mogły złożyć oferty.
7. W ramach przedmiotowego odwołania Odwołujący ma zamiar oprotestować tego typu działanie wraz ze wskazaniem pożądanых przez rynek rozwiązań, które mają na celu poszerzenie konkurencyjności (otwarcie dostępu do zamówienia) przy jednoczesnym uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego, związanych z należyty i terminowym wykonaniem zamówienia (dających rękojmię jego wykonania w taki właśnie sposób).

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. Zasady konstruowania warunków udziału w Postępowaniu w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

8. W pierwszej kolejności Odwołujący informuje, że formułując zarzuty odwołania w zakresie dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu miał na uwadze aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim referuje ono do przedmiotowej materii.
9. W tym zakresie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 roku (sygn. KIO 844/23) w którym Izba stwierdziła, że: *„postawienie jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia ogranicza konkurencję w tym sensie, że zawęży krąg wykonawców mogących złożyć oferty do wykonawców, którzy posiadają określone doświadczenie. Okoliczność, że jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie spełnia warunku, nie zobowiązuje do obniżenia wymogów przez zamawiającego. Warunek udziału w postępowaniu określa się w korelacji do przedmiotu zamówienia, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy”*.
10. W innym wyroku Izba uznała z kolei, że *„Oceny proporcjonalności warunku, zawsze dokonywać należy w odniesieniu do przedmiotu świadczenia wykonawcy, w oparciu o który można zidentyfikować minimalne poziomy zdolności dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Obowiązek ustanawiania warunków udziału w postępowaniu jako minimalnych poziomów zdolności, nie wyklucza jednak bynajmniej ustanawiania warunków odzwierciedlających wysokie kompetencje wykonawców, czy pewnego rodzaju (nawet specyficzne) zestawienie koniecznych kompetencji, o ile korelowały one będą z przedmiotem zamówienia: Zamawiający przede wszystkim powinien kierować się koniecznością wyboru wykonawcy, który będzie miał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem zdolnego do zrealizowania zamówienia, nie zaś wyłącznie tym, aby Odwołujący miał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu”*. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 roku, sygn. KIO 636/23).
11. Z przywołanych orzeczeń wynika, że Zamawiający ma dosyć sporą swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile są one związane z jego przedmiotem i są sformułowane w sposób proporcjonalny. Warunki te mogą być w pewnych przypadkach nawet obiektywnie wysokie, o ile jest to podyktowane charakterem zamówienia. W przypadku, gdy Zamawiający nie jest w stanie wykazać takiej koherencji (co zdaniem Odwołującego ma miejsce w niniejszej sprawie) warunek winien zostać uznany za „nadmiarowy” i nieuzasadniony.
12. **Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do ustalenia warunków udziału w Postępowaniu w sposób adekwatny do Jego uzasadnionych oczekiwań, wszak jest to Jego prymarne uprawnienie jako dysponenta postępowania o udzielenie zamówienia. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może formułować warunki udziału w Postępowaniu w sposób całkowicie dowolny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieadekwatny do niego** (tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie). Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być bowiem adekwatne

do jego przedmiotu, co z jednej strony pozwala na zadośćuczynienie wymogom zamawiającego co do zakontraktowania podmiotu zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś nie ogranicza dostępu do zamówienia innym wykonawcom w sposób nieuzasadniony (co stanowiłoby naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

13. Powyższe rozważania były przedmiotem wielokrotnych analiz ze strony Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoim orzecznictwie precyzyjnie wypowiedziała się na temat zasad konstruowania przez zamawiających publicznych treści warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego podniesione w nich postulaty nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w pełnym zakresie w toku prac nad treścią SWZ (szerzej: dokumentów zamówienia).
14. W orzecznictwie Izby podnosi się, że *„warunki udziału w postępowaniu wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego.”* (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2024 roku, sygn. KIO 163/24).
15. Do podobnych konkluzji Izba doszła również w wyroku z dnia z dnia 5 marca 2021 roku (sygn. KIO 418/21) stwierdzając przy tym, że *„Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, **których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.**”*
16. W wyroku Izby z dnia 1 lutego 2021 roku (sygn. KIO 33/21) możemy natomiast przeczytać, że *„Zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy, tj. uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.”*
17. Finalnie, w wyroku z dnia 16 września 2020 roku (sygn. KIO 2023/20) uznano, że: *„Warunki udziału w postępowaniu służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W związku z tym muszą być tak określone, aby możliwe było osiągnięcie celu ich postawienia, tj. aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Jednocześnie nie mogą to być warunki nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wynika to z art. 22 ust. 1a p.z.p., który stanowi, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności.”*
18. Z przedstawionego powyżej zbioru orzeczeń i stanowisk wynika, że obowiązkiem każdego zamawiającego publicznego jest takie ukształtowanie warunków udziału

w postępowaniu, aby były one proporcjonalne do jego przedmiotu i gwarantowały wybór wykonawcy dającego rękojmię wykonania zamówienia w sposób należyty. Z orzeczeń tych nie wypływa jednak teza, aby treść warunku (*sensu stricte*) pokrywała się z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Treść warunku ma być *de facto* „wypośrodkowana” w taki sposób, aby umożliwić realizację słuszych interesów zamawiającego przy jednoczesnym zapewnieniu możliwości dostępu do zamówienia przedsiębiorcom (w tym małym i średnim przedsiębiorcom, co jest istotne z punktu widzenia dyrektywy zamówieniowej i unijnych zasad udzielania zamówień).

Powyższe jest przejawem właściwie rozumianej zasady proporcjonalności, która znaleźć powinna zastosowanie do każdej czynności instytucji zamawiającej, w szczególności do ustalania poziomu warunków udziału w postępowaniu.

19. Swoboda Zamawiającego przy kształtowaniu warunków udziału w Postępowaniu, przy całym jej poszanowaniu przez Odwołującego, nie jest więc uprawnieniem nieograniczonym, które nie podlega żadnej dyskusji – wręcz przeciwnie, jest to kwestia, która powinna podlegać słusznemu „miarkowaniu”. Tylko bowiem takie działanie pozwoli na uzyskanie korzystnych cenowo ofert (poprzez dopuszczenie do udziału w Postępowaniu większej ilości oferentów) dając jednocześnie rękojmię należytego wykonania zamówienia.
20. W kontekście powyższych rozważań warto również zwrócić uwagę na wyrok Izby z dnia 18 marca 2024 roku (sygn. KIO 545/24), w którym stwierdzono, że *„ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia.”*
21. W ocenie Odwołującego, na podstawie przedstawionego powyżej zestawienia okoliczności i wytycznych związanych z interpretacją przepisów Prawa zamówień publicznych, należy uznać, że związanie warunku z przedmiotem zamówienia rozumieć należy jako takie jego sformułowanie, które w swojej treści nawiązuje wprost do nabywanego przez instytucje zamawiające przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych. **Istotne jest, aby stopień powiązania nie określał konieczności wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia.** Z punktu widzenia zamawiającego wystarczające powinno być bowiem ustalenie, iż wykonawca zrealizował zamówienia, których zasadnicze cechy zbieżne są tym, które powierzyć zamierza zamawiający. Dlatego też, że *„związek z przedmiotem zamówienia”* rozpatrywać należy przez pryzmat punktów stykających pomiędzy treścią warunku a przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia.
22. Naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zakresie *„związku z przedmiotem zamówienia”* zatem polega na takim sformułowaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który, poprzez nadmierne nawiązanie do szczegółów przedmiotu zamówienia, stanowi istotne ograniczenie w dostępie do postępowania. **Taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku sprowadza się bowiem w swej istocie do wymagania od wykonawców**

- wykazania się doświadczeniem czy potencjałem posiadającym cechy tożsame z przedmiotem zamówienia.** Tymczasem istota warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji przyszłego zamówienia, nie natomiast weryfikacji czy w swoim portfolio posiada on doświadczenie czy potencjał zbliżony z przedmiotem zamówienia w zakresie elementów niemających znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia.
23. Powyższe rozumienie zasad związanych z formułowanie warunków udziału w postępowaniu potwierdza orzecznictwo Izby. W wyroku z dnia 30 listopada 2014 roku Izba stwierdza bowiem, że: *„Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia”*. Z kolei w orzeczeniu z dnia 5 września 2014 roku (sygn. KIO/KU 74/14) Izba wskazuje, że: *„związanie z przedmiotem zamówienia” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia”*. W uchwale z dnia 6 grudnia 2011 roku (sygn. KIO/KD 76/12) Izba nie pozostawia wątpliwości, iż *„domaganie się przez zamawiającego doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone”*.
 24. Innymi słowy: **kreując warunki udziału w Postępowaniu Zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania odniesienia 1:1 w stosunku do przyszłego świadczenia wykonawcy.** Każdorazowo konstrukcja warunku winna być skorelowana nie tylko z uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego, ale i oceną czy zastosowanie prostej analogii do przedmiotu zamówienia nie będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności.
 25. Odrębnej ocenie podlega wywiązanie się przez zamawiającego z postawienia warunku uwzględniającego regułę proporcjonalności. To pojęcie oznacza, iż opis oceny spełnienia warunków powinien być adekwatny od osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.
 26. W tym miejscu warto odwołać się również do literatury przedmiotu w której stwierdzono, że *„Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy [...] rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, **uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.**”* (por. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 112.).
 27. Proporcjonalność (adekwatność) utożsamiana jest w orzecznictwie z uprawnieniem do wyznaczenia warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością

o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. **Prawo zamawiającego, jakim jest określanie poziomu warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ogranicza się więc do ustalenia poziomu zapewniającego zamawiającego, że wybrany wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie zgodnie z jego warunkami.**

28. Nie może budzić najmniejszych wątpliwości, iż zamawiający, decydując się na jakiekolwiek uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadza do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jak wskazane zostało powyżej, uprawnienie gospodarza postępowania w tym zakresie nie budzi wątpliwości. **Te pojawiają się dopiero w momencie, w którym poziom ustalonych przez zamawiającego wymogów narusza omówione powyżej dyrektywy dotyczące powiązania treści warunku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności.**
29. Jak zostanie wykazane poniżej warunki udziału w Postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego z naruszeniem ww. zasad, a więc zostały określone w sposób nieproporcjonalny, bezpodstawnie ograniczający krąg podmiotów, który może uzyskać i wykonać przedmiotowe zadanie.

II.2. Doświadczenie referencyjne wymagane przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym realizacji określonych inwestycji jest niewspółmierne co do Jego uzasadnionych potrzeb związanych z przedmiotem zamówienia.

30. Treść kwestionowanego warunku określonego w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ brzmi w następujący sposób:
„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł brutto i o wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 75 000 000,00 zł brutto. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego”.
31. Z analizy treści warunku wynika, że Zamawiający, w kluczowym elemencie, tj. długości wymaganego torowiska, referuje do wykonania przez wykonawcę robót budowlanych, w ramach których miały zostać wykonane torowiska tramwajowe o długości nie mniejszej niż 1 km toru podwójnego.
32. W opinii Odwołującego, do tak skonstruowanego parametru powinny zostać dostosowane pozostałe wymagania Zamawiającego (w tym również w odniesieniu do wartości referencyjnych inwestycji). Jak bowiem wykazano powyżej zgodnie z orzecznictwem Izby treść warunku powinna pozwolić na dopuszczenie do udziału w zamówieniu tych wykonawców, którzy dają rękojmię jego należytego wykonania –

w tym celu nie jest koniecznym wykonanie identycznych zamówień (robót budowlanych / dostaw / usług) do tych objętych przedmiotem Postępowania.

33. Powyższe jest tym bardziej istotne, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że cała inwestycja objęta Postępowaniem nie ma charakteru wyjątkowego. Wręcz przeciwnie, ma ona charakter „wystandaryzowany”. Odwołujący zwraca przede wszystkim uwagę, że w ramach tej konkretnej inwestycji nie są wykonywane chociażby obiekty mostowe lub złożone roboty budowlane. W ramach zadania zostaną wykonane standardowe konstrukcje jezdni bitumicznej oraz samego torowiska. Zamawiający w treści OPZ nie przewidział niestandardowych warunków realizacji zadania, które mogłyby skutkować wprowadzeniem ekstraordynaryjnych wymogów względem doświadczenia przyszłego wykonawcy. Konsekwencją tego jest więc brak dalszych, szczegółowych parametrów inwestycji wymaganych w treści warunku (np. właśnie w odniesieniu do budowy obiektów). Tym bardziej więc winno to przełożyć się także na wymagania dotyczące wartości inwestycji.
34. Zupełnie na marginesie powyższych rozważań należy wskazać, że dużo większym wyzwaniem była realizacja (na rzecz Zamawiającego) zadania pod nazwą *„Rozbudowa układu drogowo-torowego w ciągu ulic Ogrodowa-Północna na odc. od ul. Zachodniej do ul. Franciszkańskiej wraz z przebudową pętli tramwajowej przy ul. Północnej”*. W ramach tego zadania Odwołujący wykonał zabezpieczenie kanału rzeki Łódki zlokalizowanego pod przebudowywanym torowiskiem tramwajowym. W związku ze stanem konstrukcji kanału rzeki Łódki, a w szczególności spełnienia sklepienia kanału, konieczne było wykonanie robót dodatkowych zabezpieczających obiekt przed obciążeniami dynamicznymi polegających na realizacji dodatkowego wzmocnienia sklepienia kanału, poprzez wykonanie powłoki grubości 8 cm z betonu metodą torkretowania, ze zbrojeniem siatką stalową kotwioną w sklepieniu oraz realizacją słupów w technologii JET GROUTING – element konieczny do przeniesienia obciążenia od płyty zabezpieczającej kanał do warstw gruntu położonych poniżej kanału.
35. Inwestycja objęta niniejszym Postępowaniem nie jest tak złożona jak ta opisana powyżej. Ma ona, jak wspomniano powyżej, charakter standardowy. Jest to o tyle istotne, że w ramach opisanej powyżej inwestycji pod nazwą *„Rozbudowa układu drogowo-torowego w ciągu ulic Ogrodowa - Północna na odc. od ul. Zachodniej do ul. Franciszkańskiej wraz z przebudową pętli tramwajowej przy ul. Północnej”* wybudowano 832,515 m. torowiska podwójnego. Oznacza to, że długość wykonanego torowiska jest nieznacznie tylko krótsza od tej wymaganej przez Zamawiającego w treści warunku w Postępowaniu. Natomiast wartość zamówienia znacząco odbiega od wymagania Zamawiającego, zgodnie z którym jedynie inwestycje o wartości min. 75 ml złotych mogą potwierdzać spełnienia warunków. Dysproporcja jest rażąca tym bardziej, jeśli weźmiemy pod uwagę opisany powyżej poziom skomplikowania obu zadań.
36. W treści załącznika nr 6 do niniejszego pisma Odwołujący wskazał inwestycje realizowane na rzecz Zamawiającego (część z nich ma podobne parametry do inwestycji objętej niniejszym Postępowaniem). Skoro Zamawiający kładzie szczególny nacisk na długość torowiska podwójnego, warto zwrócić uwagę, że inwestycje charakteryzujące się co do zasady większą długością torowiska podwójnego wyceniane

były na niższym od oczekiwanego przez Zamawiającego poziomie. Np. inwestycja pn. „Przebudowa układu drogowego ul. Legionów na odcinku od Pl. Wolności do ul. Żeligowskiego, ul. Cmentarnej na odcinku od ul. Legionów do ul. Ogrodowej, wraz z infrastrukturą techniczną i meblami miejskimi oraz przebudowa ulicy Cmentarnej w śladzie planowanego przedłużenia ul. Karskiego”, o wartości 50.000.000,00 złotych brutto.

37. Wskazana powyżej inwestycja (oraz te wymienione w wykazie) mają zakres rzeczowy niejednokrotnie bardzo zbliżony do zadania realizowanego w ramach Postępowania. Analiza tych danych wyjściowych pozwala na stwierdzenie, że koszt realizacji takich inwestycji (odpowiadających wymogom ustalonym przez Zamawiającego) kształtuje się nie na poziomie 75 mln złotych lecz na pułapie ok. 40 mln złotych, który jest progiem umożliwiającym należyte wykonanie danego zamówienia (a więc to jego wykazanie powinno być gwarantem uzyskania zamówienia). Zdaniem Odwołującego analiza samych już tylko Postępowań prowadzonych przez Zamawiającego pozwala na twierdzenie, że zaproponowany przez Niego próg wartości referencyjnych inwestycji jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, co winno skutkować uznaniem przedmiotowego odwołania za zasadne.
38. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że na wartość robót ujętych w ramach zadania nr 1 i 2 wpływ ma m.in. długość torowiska i drogi planowanej do wybudowania. Zamiarem Odwołującego nie jest bagatelizowania wykonania ww. elementów infrastruktury, niemniej nie są to elementy, których wykonanie jest w szczególności sposób skomplikowane. Nie powinny mieć one tym samym istotnego wpływu na ukształtowanie treści warunku. W ocenie Odwołującego o treści danego warunku decydować powinien stopień skomplikowania i złożoności inwestycji, a nie wyłącznie aspekt ceny. Czym się różni bowiem budowa „na prostej drodze” chodnika o długości 1 km od budowy (tego samego) chodnika o długości 5 km? Jakkolwiek oczywiście „efekt skali” generowany przez wielkość zamówienia może być okolicznością istotną z perspektywy zamawiającego, to nie sposób nie dostrzec, że zasadniczą różnicą pomiędzy takimi inwestycjami jest ich wartość, która nie jest idealnym miernikiem wyznaczającym poziom doświadczenia wykonawcy (a przynajmniej, od pewnego poziomu, nie wpływa na faktyczny zakres nabytego doświadczenia). Podobnie jest w przypadku niniejszego Postępowania – to nie wartość torowiska lub drogi powinna mieć decydujący wpływ na treść warunku lecz jej złożoność i stopień skomplikowania, który w analizowanym przypadku jest stosunkowo niewielki. Tymczasem treść analizowanego warunku zmusza wykonawców do wykazania się albo doświadczeniem o porównywalnej do żądanej przez Zamawiającego długości torowiska, lecz znacznie wyższym poziomem skomplikowania (tylko w takim przypadku wartość 1 km podwójnego toru przekraczać będzie 75 mln złotych), albo zadania nieskomplikowanego (podobnego przedmiotowo do zlecanego w Postępowaniu) lecz mającego za przedmiot znacznie dłuższe torowisko. W oby przypadkach mamy do czynienia z wymaganiem nadmiernym, nieadekwatnym do potrzeb Zamawiającego i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.
39. W ocenie Odwołującego wymóg wykonania dwóch robót budowlanych, każda o wartości min. 75 mln złotych, jest wymogiem nieadekwatnym, wręcz zawyżonym – który niezasadnie ogranicza dostęp do zamówienia innym podmiotom i jako

taki winien zostać zmodyfikowany zgodnie z jedną z propozycji wskazanych przez Odwołującego w *petitum* odwołania. Zasadne jest więc obniżenie łącznej sumy do 80 mln (przy obu referencyjnych zadaniach o wartości min. 40 mln). W ramach niniejszego Postępowania opisany powyżej warunek mógłby zostać spełniony także poprzez wskazanie inwestycji o różnej wartości nominalnej (bez wymogu 75 mln), która daje sumę 130 mln. złotych, dając jednocześnie rękojmię posiadania doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a temu ma właśnie służyć bowiem warunek udziału w Postępowaniu. Potwierdza to dobitne wykaz stanowiący załącznik nr 6 do odwołania, który zawiera katalog inwestycji zbliżonych do tej objętej Postępowanie – innymi słowy prawidłowy próg określany w treści warunków został wyznaczony przez rynek, który jest dobrze znany Zamawiającemu.

40. W ocenie Odwołującego odwołanie się do kwoty 150 mln złotych w realiach niniejszej sprawy nie powinno mieć miejsca, bowiem „próg wejścia” do realizacji tego zamówienia wyznacza rynkowa wartość danego zadania, która kształtuje się w granicach 130 mln złotych.
41. Odwołujący wskazuje, że nie jest jego celem narzucanie Zamawiającemu dosłownej treści warunku udziału, lecz uniknięcie sytuacji, w której warunek ten nadmiernie wpływa na konkurencyjność. Dlatego też Odwołujący wskazuje w *petitum* dwa możliwe warianty doprowadzenia warunku do zgodności z przepisami prawa. Po pierwsze – obniżenie łącznej wartości referencyjnych inwestycji do 80 mln, przy założeniu, że każda przekracza wartość 40 mln złotych. Po drugie – określenie wartości obu robót w łącznej wartości 130 mln złotych, bez narzucania minimalnej wartości dla każdego z dwóch zadań. W opinii Odwołującego druga koncepcja, jakkolwiek utrzymuje bardzo wysoką łączną wartość zadań, umożliwia takie skomponowanie wykazywanych inwestycji, w którym tylko jedna z nich obejmować będzie zadania o wartości wyjątkowo wysokiej, druga natomiast może być zadaniem standardowo wycenionym.
42. W zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący dostrzega, że zasadnym jest również wydłużenie okresu, za jaki mogą zostać przedstawione odpowiednie inwestycje na potrzeby spełnienia opisanego powyżej warunku. W ocenie Odwołującego większy stopień konkurencyjności (który przełoży się na większą liczbę ofert złożonych w Postępowaniu) zapewni umożliwienie wykonawcom powołanie się na doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Wprowadzenie rzeczowej zmiany łącznie z dostosowaniem warunku pod faktyczny przedmiot zamówienia umożliwi złożenie ofert większej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania.

II.3. Doświadczenie referencyjne wymagane przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy jest ukształtowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

43. W rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować „dwoma (2) osobami na stanowisko kierownika robót drogowych (z których każda będzie pełniła funkcję kierownika budowy odrębnie dla Zadania 1

i Zadania 2), każda posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego”.

44. Z treści rzeczzonego warunku wynika, że Zamawiający wymaga dysponowaniem osobami, które będą (odrębnie) dla zadania 1 i 2 pełniły funkcję kierownika robót drogowych oraz funkcję kierownika budowy.
45. Odwołujący zwraca uwagę, że na rynku infrastrukturalnym związanym z przedmiotem zamówienia istnieje bardzo ograniczona liczba osób, które pełniły funkcję kierownika budowy przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego oraz posiadają uprawnienia odpowiadające tym, którymi dysponuje kierownik robót drogowych. Okoliczność ta sama w sobie ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom którzy są co prawda zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia (w tym posiadają niezbędny personel), ale z uwagi na sposób ukształtowania powyższego warunku nie mogą złożyć oferty w Postępowaniu.
46. Odwołujący sygnalizuje, że przy realizacji tego typu projektów infrastrukturalnych zasadą jest, że stanowisko kierownika robót drogowych oraz kierownika budowy jest rozdzielone (w tym m.in. z uwagi na zakres odpowiedzialności oraz uprawnień w toku realizacji umowy). Jeżeli już zamawiający publiczni wymagają takiego „mieszanego” doświadczenia, to zezwalają na jego wykazanie w bardziej liberalny sposób, niż ma to miejsce w niniejszym Postępowaniu.
47. Dla przykładu należy zwrócić uwagę chociażby na treść Specyfikacji Warunków Zamówienia sporządzonej dla zadania realizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad dla zadania pn. *„Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu –początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, Odcinek 8: Wałcz węzeł „Witankowo” (bez węzła) – węzeł „Piła Północ”.*
48. Przedmiotem tego postępowania jest m.in. budowa drogi ekspresowej. Sama wartość zamówienia wyniosła zaś ponad 721 mln złotych. W ramach postępowania (które charakteryzuje się nie tylko znaczną wartością lecz również sporym stopniem skomplikowania) zamawiający przewidział, następujący sposób spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie kierownika budowy:

a) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy

wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde na stanowisku/ stanowiskach:

Kierownika Budowy

lub

Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km

lub

Kierownika Robót Mostowych dla budowy lub przebudowy co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m

lub

Inżyniera Kontraktu

lub

Inżyniera Rezydenta.

49. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zaproponowała bardzo liberalny sposób potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, **który może zostać wykazany aż przez 5 różnych osób pełniących różne funkcje na budowie** (raz jeszcze należy podkreślić, że inwestycja realizowana przez GDDKiA jest o wiele bardziej skomplikowana niż zamierzenie inwestycyjne realizowane obecnie przez Zamawiającego). Taki sposób konstruowania warunków w zakresie kadry jest standardem w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA.
50. Zamawiający powinien zmodyfikować sformułowany przez siebie warunek poprzez utrzymanie wymogu co do sprawowania tych funkcji przez jedną osobę przy jednoczesnym dopuszczeniu wykazania się doświadczeniem nabytym przez osobę sprawującą funkcję kierownika budowy lub kierownika robót.
51. W ocenie Odwołującego obecne brzmienie warunku w zakresie dot. kierownika robót drogowych oraz kierownika budowy w sposób bezzasadny (nieuprawniony) ogranicza możliwość udziału innym wykonawcą przy realizacji zamówienia. Planowane przez Zamawiającego efekty da się osiągnąć w alternatywny sposób, który nie zakłóci sposobu realizacji inwestycji oraz umożliwi jej należyte i rzetelne wykonanie. Z tego względu również i w tym zakresie odwołanie winno zostać uwzględnione.

52. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, konstruując treść ww. warunków udziału w Postępowaniu w sposób niezasadny ograniczył możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom, które zdobyły wystarczające (a nawet większe) doświadczenie referencyjne niż to określone przez Zamawiającego jako minimalne.
53. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 oraz ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. SWZ. Jak zostało wykazane powyżej określenie przez Zamawiającego rzeczonych warunków w Postępowaniu jest nieproporcjonalne i narusza zasady określone w przepisach Pzp i doprecyzowane przez Izbę w jej rozstrzygnięciach.
54. Odwołujący, jak i cały szereg innych podmiotów funkcjonujących na rynku zamówień publicznych, na skutek wprowadzenia powyższych, nadmiarowych wymagań jest pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pomimo tego, iż posiada on doświadczenie oraz personel zdolny do jego terminowego i należytego wykonania zgodnie z intencjami Zamawiającego wyrażonymi w treści

dokumentów zamówienia. Takie niesłuszne ograniczenie nie powinno mieć miejsca w Postępowaniu przez co przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II.4. Zarzut dotyczący postanowień projektu umowy.

55. Zamawiający usiłuje pozbawić wykonawcę uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w sytuacji przedłużenia terminu realizacji zamówienia przewidując w projektowanych postanowieniach umowy § 16 ust. 4, zgodnie z którym:

„4. Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie”.

56. Powyższe – projektowane postanowienie umowy – jest niezgodne z **art. 647 k.c., art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c.** mającymi bezspornie odpowiednie zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp.
57. Stoi ono w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane – jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. k.c. – jak również zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz celem społeczno – gospodarczym naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane (inwestora – wykonawcy).
58. Zgodnie z art. 647 k.c. *„Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.”*
59. Bezsporne jest, że umowa o roboty budowlane stanowi umowę wzajemną, w której podstawowym obowiązkiem inwestora – w zamian za otrzymanie świadczenia w postaci obiektu budowlanego – jest zapłata na rzecz wykonawcy umówionego wynagrodzenia będącego świadczeniem wzajemnym¹.
60. Z kolei, wynagrodzenie wykonawcy – niezależnie od jego charakteru obejmuje również tzw. koszty pośrednie (koszty ogólne budowy i koszty zarządu) bezpośrednio związane m.in. z planowanym czasem realizacji danej umowy o roboty budowlane.
61. Tzw. koszty pośrednie (w tym koszty ogólne budowy i koszty zarządu) stanowią uznany przez ustawodawcę element wynagrodzenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane w zamówieniach publicznych i jako takie są przez wykonawcę uwzględniane w ramach jego kalkulacji.
62. Świadczy o tym chociażby brzmienie § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw

¹ B. Lackoroński, komentarz do art. 647 k.c. [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 32, Warszawa 2024, nb. 24.

sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z którym pod pojęciem kosztów pośrednich należy rozumieć „*składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieuwjęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu*”.

63. Zatem, zgodnie z powyższym przepisem oraz poglądami doktryny „*[d]o kosztów ogólnych budowy można zakwalifikować wydatki związane z organizacją i obsługą procesów produkcyjnych na placu budowy*”².
64. Przez koszty ogólne budowy rozumieć należy takie koszty ponoszone przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej budowy, które nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Koszty te obejmują przykładowo takie – zależne od czasu realizacji umowy – wydatki jak:
 - (a) płace i narzuty na płace stałego personelu budowy (płace kierownictwa budowy, personelu technicznego i administracyjnego budowy);
 - (b) koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego budowy oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów;
 - (c) koszty wyposażenia tymczasowego w urządzenia placu budowy (tymczasowe drogi, tymczasowe sieci energetyczne, wodociągowe, kanalizacyjne, oświetlenie placu budowy, zastępcze źródła ciepła do ogrzewania obiektów i robót, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed deszczem, słońcem mrozem itp.);
 - (d) koszty narzędzi i drobnego sprzętu, koszty zużycia, remontów i konserwacji lekkiego sprzętu budowlanego;
 - (e) koszty BHP (koszty zużycia odzieży roboczej i ochronnej, sprzętu ochrony osobistej, urządzeń i środków higieniczno-sanitarnych);
 - (f) koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych;
 - (g) koszty zużycia materiałów i energii na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy;
 - (h) koszty ubezpieczeń majątkowych budowy, koszty finansowania;
 - (i) koszty likwidacji placu budowy i uporządkowania terenu po zakończeniu robót;
 - (j) koszty składowania i konserwacji materiałów na budowie;
 - (k) koszty zużycia energii i wody, ogrzewania obiektów zaplecza, dozoru budowy itp.

²

J. Pieróg, komentarz do § 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym [w:] J. Pieróg (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2015, Legalis, el.

65. W konsekwencji, przez koszty ogólne budowy rozumieć należy takie koszty ponoszone przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej budowy, które nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej.
66. Podsumowując, koszty ogólne są związane i ponoszone przez wykonawcę zawsze w związku z realizowaniem konkretnej inwestycji, a koszty zarządu (administracyjne) związane są z utrzymywaniem i funkcjonowaniem struktur danego przedsiębiorstwa. W każdym przypadku zarówno w kosztach ogólnych, jak i kosztach zarządu uwzględnione są wartości adekwatne i związane z realizacją poszczególnych inwestycji. Koszty te stanowią bezspornie składnik należnego wykonawcy wynagrodzenia, które uwzględnia w swojej istocie również planowany czas realizacji konkretnej umowy.
67. **Próba pozbawienia wykonawcy uprawnienia do domagania się wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w projektowanym § 16 ust. 4 umowy stoi zatem w rażącej sprzeczności zasadą ekwiwalentności świadczeń** – co narusza zasadę swobody umów (art. 353(1) k.c.).
68. Odwołujący wskazuje, że **zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego, jej ograniczeniem są bowiem przepisy prawa, natura stosunku prawnego oraz zasady współżycia społecznego. Sprzeczność z tymi zasadami może wyrażać się m.in. w skrajnym naruszeniu zasady równości stosunków, naruszeniu zasady ekwiwalentności prowadzącym do rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron, rażącej dysproporcji świadczeń, ograniczeniu wolności działalności gospodarczej jednej ze stron, naruszeniu zasad uczciwego obrotu i lojalności wobec kontrahenta** (por. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91; wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 30 listopada 1971 r., II CR 505/71; 30 maja 1980 r., III CRN 54/80).
69. Odwołujący zwraca również uwagę na orzecznictwo sądów powszechnych (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2017 roku), które trafnie uznaje, że **wykonawca realizujący umowę w dłuższym zakresie niż pierwotnie przewidziany jest uprawniony do domagania się od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia z tym związanego** (tj. na podstawie art. 647 k.c.):

*„Poza sporem jest, że prace objęte umową wykonywane były dłużej od pierwotnie założonego terminu o ponad 8 miesięcy i powodowa spółka musiała przez ten czas ponosić koszty między innymi utrzymania pracowników, ubezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, telefonów, Internetu, ochrony, dzierżawy terenu na plac składowy, wynajmu mieszkań służbowych, utrzymania samochodów, obsługi geodezyjnej, podgrzewania betonu, zakupów spożywczych i środków czystości, delegacji służbowych. **Skoro przy kalkulacji uwzględniono wszystkie te koszty jakie musiałyby być poniesione przez powódkę przy realizacji umowy z zachowaniem pierwotnego terminu do 10 listopada 2012 r., to w sytuacji kiedy prace były wykonywane przez kolejne 8 miesięcy, to niewątpliwie poniesione***

koszty były znacznie wyższe i kwota określona w ofercie i pierwotnej umowie nie odzwierciedlała rzeczywistego kosztu tej pracy.

Z umowy łączącej strony wynika, że wynagrodzenie w pełni ma pokryć koszt prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w tym ukończenia robót podwykonawczych w terminie. Nie może budzić wątpliwości, że w sytuacji kiedy wykonywanie umowy trwało znacznie dłużej niż przewidziano w pierwotnie zawartej umowie i termin zakończenia robót został przesunięty, co zostało potwierdzone aneksami, to wykonanie umowy i zakończenie prac w terminie przewidzianym w ostatnim aneksie jest prawidłowym wykonaniem umowy. Z drugiej zaś strony dłuższe wykonywanie umowy pociąga za sobą wyższe koszty ponoszone przez wykonawcę robót, który musi utrzymać plac budowy, zabezpieczyć go, ochronić, ponieść koszty mediów, samochodów, wynagrodzeń pracowników itd. przez dłuższy czas, a czego nie przewidywał składając ofertę i kalkulując koszty jakie będzie musiał ponieść.

Skoro więc wynagrodzenie ma w pełni pokryć koszty prawidłowego wykonania, a umowa wykonana w przedłużonym czasie jest wykonana prawidłowo, to wynagrodzenie należne powodowi winno także obejmować koszty jakie strona powodowa musiała ponieść z tego tylko powodu, że wykonywanie umowy trwało dłużej. Oczywiście jest przy tym, że w chwili zawierania umowy fakt żadna ze stron, a zwłaszcza powódka nie była w stanie przewidzieć, że realizacja umowy tak znacząco się wydłuży, zatem dodatkowych kosztów nie można było przewidzieć.

Podkreślenia wymaga też, że kolejne aneksy przesuwające termin wykonania umowy zawierane były z inicjatywy strony pozwanej, a w każdym bądź razie pozwana nie twierdziła, że wnioskuje o to powodowa spółka, a to oznacza, że pozwana godziła się na dłuższe wykonywanie umowy, a tym samym musiała się liczyć z poniesieniem wyższych kosztów.

[...]

W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadne jest roszczenie powódki określane jako wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, a więc na podstawie łączącej strony umowy i art. 647 k.c.³.

70. Co również istotne, projektowany § 16 ust. 4 umowy **nie różnicuje w jakikolwiek sposób sytuacji przedłużenia terminu realizacji w zależności od przyczyn takiego przedłużenia.**
71. Innymi słowy § 16 ust. 4 umowy przerzuca na wykonawcę robót w całości ryzyko finansowe przedłużenia jej realizacji w sytuacjach, w których konieczność ta wynika z działań i zaniechań samego Zamawiającego (np. wady dokumentacji projektowej) jak również w przypadkach, w których konieczność wydłużenia

³ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2017 roku, sygn. I ACa 264/17.

terminu realizacji wynika z okoliczności od wykonawcę niezależnych (np. niekorzystne warunki atmosferyczne), co, abstrahując od naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron, **jest również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego**. Zasadny jest zatem wniosek o usunięcie kwestionowanego postanowienia.

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Dowód wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
Załącznik 3	Odpis z KRS Odwołującego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
Załącznik 6	Wykaz inwestycji