

Lublin, 2 stycznia 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02 – 676 Warszawa

Odwołujący:

MAX-BUD Grzegorz Pawłowski Sp. k.
z siedzibą w Szerokie 119 (20 – 050 Szerokie)
KRS: 0001106883, NIP: 7133129015
tel.: 502 673 390, e-mail: kb@max-bud.eu

reprezentowany przez

radcę prawnego Rafała Pilarskiego
tel. 794 250 353, e-mail: rafal@pilarskilegal.pl
ul. Czechowska 7/4, 20 – 072 Lublin

Zamawiający:

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Al. Racławickie 14, 20 – 950 Lublin
tel.: 81 445 41 59, e-mail: dzp@kul.pl

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana pod nazwą *„Budowa nowego Domu Studenckiego przy ul. Konstantynów 1 w Lublinie wraz z niezbędną infrastrukturą i dostawą wyposażenia w trybie „zaprojektuj i wybuduj”* (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: AZP.274.PN.14/2024; ogłoszenie o zamówieniu nr 790762-2024 z 23 grudnia 2024 r., numer wydania Dz. U. S: 249/2024)

Działając w imieniu Odwołującego – MAX-BUD Grzegorz Pawłowski Sp. k., na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 tekst jedn., dalej jako „PZP” lub „Ustawa”), **wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia**, która została opublikowana przez Zamawiającego – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana pod nazwą:

Budowa nowego Domu Studenckiego przy ul. Konstantynów 1 w Lublinie wraz z niezbędną infrastrukturą i dostawą wyposażenia w trybie „zaprojektuj i wybuduj”

Odwołanie dotyczy warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia), który został postawiony przez Zamawiającego w rozdziale XIII pkt 2 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”), tj. warunku o treści:

*O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) d) zdolności technicznej lub zawodowej
- posiadanie doświadczenia*

Zamawiający określa minimalne warunki dotyczące posiadania doświadczenia: Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5-ciu lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie nowego budynku użyteczności publicznej w formule zaprojektuj i wybuduj o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych 00/100 brutto) każda.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 3 PZP – poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy (rozdział XIII pkt 2 lit. d) SWZ) w sposób, który wykracza poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego oraz skutkuje wyłącznie nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności postępowania.

Wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu **poprzez:** wprowadzenie możliwości wykazania się, alternatywnie wobec aktualnej treści warunku, wykonaniem dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto oraz dwóch usług polegających na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto, **tj. przyjęcie następującego brzmienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy (rozdział XIII pkt 2 lit. d) SWZ):**

*O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) d) zdolności technicznej lub zawodowej
- posiadanie doświadczenia*

Zamawiający określa minimalne warunki dotyczące posiadania doświadczenia: Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5-ciu lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej:

- a) dwie roboty budowlane polegające na budowie nowego budynku użyteczności publicznej w formule zaprojektuj i wybuduj o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych 00/100 brutto) każda lub*
- b) **dwie roboty budowlane polegające na budowie nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych 00/100 brutto) każda oraz dwie usługi polegające na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto każda.***

- 3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Obecne postanowienia SWZ w zakresie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu naruszają przepisy PZP, a jako takie uniemożliwiają Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia (złożenie oferty).

Odwołujący jako przedsiębiorca oferujący na rynku wykonywanie robót budowlanych objętych zamówieniem oraz posiadający wystarczające doświadczenie byłby w stanie wykonać je należycie. Aktualna treść kwestionowanego warunku w nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego sposób uniemożliwia Odwołującemu dostęp do zamówienia. Gdyby wymagania Zamawiającego były łagodniejsze, Odwołujący mógłby wziąć udział w postępowaniu oraz złożyć konkurencyjną, zgodną z warunkami zamówienia ofertę.

Termin do wniesienia odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **23 grudnia 2024 r.** W tym samym dniu Zamawiający opublikował SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1040701>). Wobec tego, że wartość zamówienia jest wyższa niż próg unijny, termin do wniesienia odwołania wobec treści SWZ upływa 2 stycznia 2025 r.

Przesłanie odwołania Zamawiającemu oraz uiszczenie wpisu:

Wpis od odwołania w wysokości 20.000 zł został zapłacony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych 30 grudnia 2024 r. Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu w tym samym dniu za pośrednictwem platformy zakupowej, która jest wykorzystywana przez Zamawiającego do prowadzonego postępowania, oraz na adres e-mail wskazany w SWZ (dzp@kul.pl). Dowód uiszczenia wpisu oraz dowód przekazania odwołania Zamawiającemu stanowią załączniki do odwołania.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne oraz treść SWZ

- 1) 23 grudnia 2024 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Budowa nowego Domu Studenckiego przy ul. Konstantynów 1 w Lublinie wraz z niezbędną infrastrukturą i dostawą wyposażenia w trybie „zaprojektuj i wybuduj”* (dalej odpowiednio jako: **„Postępowanie”** i **„Zamówienie”**). Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość Zamówienia przekracza próg unijny.
- 2) W rozdziale XIII pkt 2 lit. d) SWZ Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy. Zamawiający wymaga, by wykonawca wykazał się wykonaniem dwóch robót budowlanych zrealizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, polegających na budowie nowego budynku użyteczności publicznej w formule zaprojektuj i wybuduj o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto (dalej jako: **„Warunek Doświadczenia”**).
- 3) Zamawiający nie dopuścił jednak możliwości, by alternatywnie wobec aktualnej treści warunku wykonawca wykazał się (i) wykonaniem dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto **oraz** (ii) dwóch usług polegających na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę nowego budynku użyteczności publicznej o wartości minimum 8 000 000,00 zł brutto. Zamawiający uniemożliwił tym samym ubieganie się o udzielenie Zamówienia wykonawcom w ramach konsorcjum lub współdziałania opartego na poleganiu na zasobach innych podmiotów, w ramach których wykonawcy mogliby wykazywać częściowo doświadczenie „budowlane” i „projektowe” w taki sposób, by łącznie wykazać się doświadczenia zarówno w wykonawstwie robót budowlanych, jak i w projektowaniu.
- 4) **Odwołujący stoi na stanowisku, że taki sposób ustalenia warunku dot. doświadczenia, w ramach którego Zamawiający dopuszcza wyłącznie wykazanie się**

zamówieniami zrealizowanymi w formule „zaprojektuj i zbuduj”, bez umożliwienia podziału na doświadczenie „budowlane” i „projektowe”, nie jest w tym przypadku zgodny z PZP – narusza zasadę proporcjonalności.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia ustawy PZP:

- 5) Aktualne wymagania Zamawiającego, prowadzące do ograniczenia kręgu wykonawców wyłącznie do posiadających doświadczenie w formule „zaprojektuj i zbuduj”, wykraczają poza jego uzasadnione potrzeby. Zamawiający mógłby osiągnąć oczekiwany i zgodny z ustawą skutek, tj. doprowadzić do wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania Zamówienia, dopuszczając możliwość spełnienia warunku doświadczenia także poprzez wykazanie – osobno – doświadczenia „budowlanego” i „projektowego”.
- 6) Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu przede wszystkim w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Postawienie przez zamawiającego danego warunku nie może mieć na celu lub wywoływać (w sposób zamierzony lub nie) skutku w postaci nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy byłoby w stanie zrealizować je prawidłowo.
- 7) Treść warunku musi być usprawiedliwiona obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, które ten powinien być w stanie wykazać i uzasadnić. Powinna mieć na celu wyłącznie zagwarantowanie, by zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który daje tzw. rękojmię jego należytego wykonania.
- 8) Obowiązek zapewnienia proporcjonalności polega natomiast na tym, że stawianie danego warunku będzie uzasadnione wyłącznie o tyle, o ile jest on **konieczny** do zapewnienia wyboru wykonawcy, który zrealizuje zamówienie zgodnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy – jeżeli zamawiający może osiągnąć w/w cel za pomocą „łagodniejszego” warunku, powinien wówczas zastosować takie postanowienia. W orzecznictwie (krajowym oraz unijnym) wskazano, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny, wymaga przeprowadzania tzw. testu proporcjonalności, czyli **możliwości wykazania przez zamawiającego, że podjęte przez niego działania (postanowienia dokumentacji) są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu** (zob. np. wyrok KIO z 12 stycznia 2018 r., sygn. KIO 2737/17; uchwała KIO z 18 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KU 27/18; uchwała KIO z 10 lipca 2019 r., sygn. KIO/KD 48/19).
- 9) Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej warunek udziału w postępowaniu może zostać uznany za usprawiedliwiony tylko o tyle, o ile jest **(i)** związany z przedmiotem zamówienia, **(ii)** proporcjonalny oraz **(iii)** **nie powoduje nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji – kręgu podmiotów, które mają**

możliwość złożenia oferty:

„Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. (...) **Podkreślenia wymaga, że zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, powinien być w stanie przedstawić racjonalne i obiektywnie uzasadnione wyjaśnienie, dlaczego dany warunek uznał za niezbędny oraz wykazać, w jaki sposób zapewni on dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia.**” (wyrok z 19 czerwca 2017 r. w sprawach połączonych o sygn. KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17)

„Możliwe jest bowiem takie opisanie warunków, by udział w postępowaniu wzięli tylko wykonawcy z doświadczeniem na bardzo wysokim poziomie, dający ponad wszelką wątpliwość rękojmię należytego wykonania zamówienia. **Możliwe jest jednak również opisanie warunków w taki sposób, by zapewnić dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, być może z innym zakresem doświadczenia, jednak bez uszczerbku dla rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.**” (wyrok z 8 lutego 2023 r. sygn. KIO 224/23)

- 10) W przypadku zakwestionowania zasadności danego warunku to zamawiający powinien wykazać, że jego treść jest usprawiedliwiona jego uzasadnionymi i poprawnie zidentyfikowanymi potrzebami:

„Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zasadności ustalenia wymogu w zakresie doświadczenia kierownika projektu przy realizacji projektu o wartości 50 mln zł. W sytuacji, gdy wobec tak ustalonego warunku został podniesiony zarzut nieproporcjonalności, to zamawiający winien był wykazać bezpodstawność tego zarzutu. **Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że kwota 50 mln jest trzykrotnie niższa od wartości przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby nie przesądza o tym, iż postawiony warunek jest zgodny z wymogami ustawy PZP.** Zamawiający winien był również wyjaśnić, dlaczego - w jego ocenie - doświadczenie

w wykonywaniu projektu o wartości 50 mln zł gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a na poziomie 48 mln zł już nie.” (wyrok z 15 maja 2017 r., sygn. KIO 714/17)

- 11) Warunek Doświadczenia, który Zamawiający postawił w rozdziale XIII pkt 2 lit. d) SWZ, w nieproporcjonalny w stosunku do potrzeb Zamawiającego sposób ogranicza dostęp do Zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie zrealizować je prawidłowo. Gdyby nie restrykcyjne (nadmierne) wymagania Zamawiającego, mogliby to zrobić także wykonawcy, którzy nie posiadają doświadczenia w realizacji robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”, ale z powodzeniem wykonali budowy w formule „zbuduj”. Tacy wykonawcy mogliby wesprzeć się doświadczeniem „projektowym” zapewnionym przez inny podmiot (konsorcjanta lub podmiot udostępniający zasoby).
- 12) **Za adekwatny w stosunku do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego należałoby zatem uznać taki Warunek Doświadczenia, w ramach którego wykonawcy mogliby wykazywać zarówno zamówienia zrealizowane w formule „zaprojektuj i zbuduj”, jak i – alternatywnie – roboty budowlane polegające na budowie budynków użyteczności publicznej (o wskazanej przez Zamawiającego wartości) oraz dotyczące takich obiektów usługi projektowe, polegające na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. W taki sposób cały zakres Zamówienia zostałby „domknięty” treścią Warunku Doświadczenia, jednak nie w sposób, który wykraczałby poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego.**
- 13) Co oczywiste, jeżeli dany wykonawca zrealizował w przeszłości robotę budowlaną w formule „zbuduj” i nabył w tym zakresie stosowne doświadczenie, a na etapie realizacji będzie w stanie wykorzystać doświadczenie podmiotu projektowego, który wykona odpowiedni zakres Zamówienia, to Zamawiający osiągnie gwarancję, że zrealizuje je podmiot o odpowiednich zdolnościach.
- 14) **Pozostawienie aktualnej treści Warunku Doświadczenia będzie natomiast skutkować wyłącznie nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności postępowania.**

Taki skutek będzie sprzeczny zarówno z interesem Zamawiającego, jak i (tym bardziej) interesem publicznym. Utrzymując aktualną treść Warunku Doświadczenia Zamawiający pozbawi się możliwości uzyskania rzeczywiście najkorzystniejszej oferty (możliwej do uzyskania na rynku). Wydaje się przy tym, że chcąc zrealizować planowaną inwestycję w założonym budżecie Zamawiający powinien raczej podejmować działania mające na celu zwiększenie konkurencyjności postępowania, a nie wprowadzać postanowienia skutkujące jej zmniejszeniem. Zamawiającemu (także z perspektywy przyszłych inwestycji) powinno także zależeć na tym, by również mniejsi wykonawcy, zwłaszcza lokalni, pozostawali aktywnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych.

15) Przedmiot Zamówienia nie jest na tyle skomplikowany, by wymaganie doświadczenia przy budowie realizowanej wyłącznie w formule „zaprojektuj i zbuduj” było konieczne, tj. by dopuszczenie możliwości wykonywania przez podmioty, które dysponują doświadczeniem projektowym na poziomie konsorcjum lub poprzez dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego rodziło jakiekolwiek ryzyko po stronie Zamawiającego. Ze względu na wymagania wynikające z przepisów art. 117 ust. 3 i 4 i art. 118 ust. 2 i 3 PZP Zamawiający będzie miał gwarancję, że w przypadku wnioskowanego przez Odwołującego „rozbicia” Warunku Doświadczenia na zakres budowlany i projektowy (w przypadku, w którym wykonawca wykazywałby spełnianie tego warunku w ten sposób) dany zakres Zamówienia wykona odpowiednio doświadczony podmiot. Zgodnie z tymi przepisami:

[art. 117]

3. *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*
4. *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.*

[art. 118]

2. *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*
3. *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.*

16) Tak jak wskazano w treści odwołania jeżeli cel, który Zamawiający zamierza osiągnąć za pomocą kwestionowanych postanowień SWZ, może zostać osiągnięty za pomocą łagodniejszych wymagań, to taka treść dokumentacji zamówienia narusza zasadę

proporcjonalności.

- 17) W ocenie Odwołującego takie okoliczności zachodzą w tym przypadku.** Zamawiający jest w stanie zapewnić, by zamówienie zostało powierzone wiarygodnemu wykonawcy (dającemu tzw. rękojmię jego należytego wykonania), nie ograniczając przy tym kręgu mogących ubiegać się o nie podmiotów wyłącznie do takich, które posiadają inne, aczkolwiek w dalszym ciągu w pełni wystarczające zdolności.
- 18)** Zdaniem Odwołującego zmiana Warunku Doświadczenia w taki sposób, że Zamawiający dopuści możliwość wykazania się także doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych w formule „zbuduj” przy jednoczesnym jego „uzupełnieniem” stosownym doświadczeniem projektowym z jednej strony zabezpieczy uzasadnione interesy Zamawiającego polegające na zapewnieniu, by zamówienie zostało udzielone wykonawcy zdolnemu do jego prawidłowej realizacji, z drugiej zaś nie ograniczy w nadmierny (nieproporcjonalny) sposób dostępu do Zamówienia zainteresowanym wykonawcom.
- 19)** Zgodnie z treścią art. 535 PZP dowody na poparcie twierdzeń zawartych w odwołaniu zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

r. pr. Rafał Pilarski
LB-2495

Załączniki

1. pełnomocnictwo
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
4. informacja KRS Odwołującego
5. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu – informacja z platformy zakupowej
6. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu – wydruk e-mail