

Warszawa, 11 kwietnia 2025 r.

Odwołujący:

Baudziedzic Sp. z o. o. Sp. K.

ul. Lotniskowa 8

36-060 Głogów Małopolski

Numer KRS: 0000292377

REGON: 180277740

NIP: 5170239487

reprezentowany przez:

adw. Anitę Elżanowską

r. pr. Ewę Kisiel

r. pr. Wioletę Bajdę

Dane do korespondencji:

DPZP Kancelaria Adwokacka Anita Elżanowska

ul. Sady Zawadowskie 11 lok. 2, 02-991 Warszawa

e-mail: anita.elzanowska@dpzp.pl

e-mail: ewa.kisiel@dpzp.pl

tel. 603 606 887

tel. 504 387 856

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Kopia do:

Zamawiający:

Uniwersytet Komisji Edukacji Narodowej

w Krakowie,

ul. Podchorążych 2, 30-084 Kraków

tel.: +48 /12/ 662 60 53

e-mail: przetargi@uken.krakow.pl

Strona prowadzonego postępowania:

https://platformazakupowa.pl/pn/up_krakow

Dotyczy: „Budowa kompleksu strzelnic Uniwersytetu Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, w formule „zaprojektuj i wybuduj”, znak sprawy: 12/PN/FRZR/2025, dalej: „Postępowanie”.

O D W O Ł A N I E

DPZP KANCELARIA ADWOKACKA ANITA ELŻANOWSKA

Biuro Warszawa: ul. Sady Zawadowskie 11 lok. 2, 02-991 Warszawa

e-mail: dpzp@dpzp.pl Telefon: +48 603 606 887

1. Działając w imieniu Baudziedzic Sp. z o. o. Sp. K. (dalej: „Odwołujący”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo stanowiące **Załącznik nr 3 do odwołania**, na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, tj. niezgodnych z przepisami Pzp czynności skonstruowania postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie o zamówieniu”), w tym w szczególności w zakresie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia zawodowego kierownika budowy, opisanych w Rozdziale 6 w pkt a) oraz w pkt b) SWZ oraz w pkt 5.1.6 Ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) kryterium oceny ofert, określonego jako „Gwarancja”, opisanego w Rozdziale 21 w pkt 2 SWZ.

2. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

2.1. art. 112 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez ustalenie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej:

- 1) w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6 w pkt a) w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy, opartego o realizację, co najmniej jednej roboty budowlanej, która obejmowała budowę obiektu budowlanego – budynku niemieszkalnego, o kubaturze co najmniej 25 000 m³ netto, o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m. Wartość wykonanej roboty co najmniej 50 000 000,00 PLN brutto;
- 2) w SWZ w Rozdziale 6 w pkt b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6 w pkt b) w zakresie wymaganego doświadczenia kierownika budowy, które dotyczy pełnienia funkcji kierownika budowy przy wykonaniu co najmniej 2 inwestycji, z których każda obejmowała wykonanie obiektu budowlanego (budynku użyteczności publicznej lub budynku handlowego o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej), z tego co najmniej jedna robota budowlana obejmowała budowę obiektu budowlanego (budynku niemieszkalnego) o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m

- a więc w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel warunku, jakim jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia tj. w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego,

co w konsekwencji stanowi naruszenie

a. art. 16 pkt 1) i 3) Pzp poprzez naruszenie zasad:

- i. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia, a także

- ii. proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiemu służyć warunek udziału w postępowaniu.

2.2. art. 240 ust.1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 453 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez sformułowanie w SWZ w Rozdziale 21 w pkt 2) kryterium oceny ofert w zakresie okresu gwarancji (obejmującego zarówno wady materiałowe, jak i wady w wykonawstwie, które dotyczy robót budowlanych bez dostarczanego wyposażenia) na okres minimum 60 miesięcy i maksimum 204 miesięcy, licząc od daty odbioru końcowego, co w połączeniu z zawartym w Rozdziale 15 pkt 1 i pkt 5 SWZ uprawnieniem Zamawiającego do zatrzymania 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez okres rękojmi i gwarancji oraz ustanowieniem wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, prowadzi do konieczności utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez nieuzasadnione okolicznościami, a także standardami rynkowymi okres w przedziale 84-204 miesięcy (24 miesiące czas realizacji i 180 miesięcy gwarancji jakości i rękojmi), co powoduje, iż okres ten należy uznać za nieproporcjonalny i nierynkowy a także, utrudniający konkurencję, gdyż w połączeniu z wymaganym zabezpieczeniem (30% z kwoty stanowiącej 5% ceny całkowitej) stanowi nadmierne obciążenie finansowe Wykonawcy, a zatem ogranicza dostęp do zamówienia i nie sprzyja prawidłowej realizacji zamówienia.

3. Mając na względzie powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) zmiany treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6 w pkt a) w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy, poprzez rozszerzenie katalogu doświadczenia wykonawcy o doświadczenie związane z budową obiektów o konstrukcji mieszanej:

- 1) żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub
- 2) żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych

i ustalenie jego następującego brzmienia:

a) Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, która obejmowała budowę obiektu budowlanego – budynku niemieszkalnego, o kubaturze co najmniej 25 000 m³ netto, o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej lub konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20m. Wartość wykonanej roboty co najmniej 50 000 000,00 PLN brutto.

- b) zmiany treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w SWZ w Rozdziale 6 w pkt b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6 w pkt b) w zakresie potencjału osobowego wykonawcy w zakresie wymaganego doświadczenia kierownika budowy, poprzez rozszerzenie katalogu doświadczenia zawodowego kierownika budowy o doświadczenie związane z budową obiektów o konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych

i ustalenie jego następującego brzmienia:

„- kierownik budowy:

*(...) **doświadczenie zawodowe:** pełnienie funkcji kierownika budowy przy wykonaniu co najmniej 2 inwestycji, z których każda obejmowała wykonanie obiektu budowlanego (budynku użyteczności publicznej lub budynku handlowego o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej **lub konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych**) z tego co najmniej jedna robota budowlana obejmowała budowę obiektu budowlanego (budynku niemieszkalnego) o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej **lub konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych**, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m. (...)*”;

- c) zmiany treści kryterium oceny ofert pt. „Gwarancja” (G), sformułowanej w SWZ w Rozdziale 21 w pkt 2 w zakresie długości maksymalnego okresu gwarancji w ten sposób, aby Zamawiający określił:
- maksymalny punktowany okres gwarancji, który będzie wynosił 84 miesiące, licząc od dnia odbioru końcowego;
 - w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę dłuższego okresu gwarancji niż 84 miesiące (np. 100 miesięcy), do wyznaczenia wartości punktowej oferty będzie brany wyłącznie okres wskazany przez Zamawiającego jako maksymalny.

Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

4. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Na skutek skonstruowania przez Zamawiającego ograniczających konkurencję i nieproporcjonalnych postanowień dokumentów zamówienia, stanowiących przedmiot zaskarżenia objęty niniejszym odwołaniem, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreśla, iż w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że na etapie przed otwarciem ofert każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. W kontekście interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazuje, za stanowiskiem KIO wyrażonym co prawda na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa z 2004 r.”, jednak aktualnym również na gruncie przepisów Pzp, że:

- „Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2017 r., KIO 1776/17).
- „Na etapie SIWZ krąg podmiotów, mogących skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest szeroki. Na tym etapie postępowania wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody, polegającej na sformułowaniu postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który może utrudniać dostęp do zamówienia lub może spowodować zawarcie umowy z naruszeniem przepisów prawa” (tak: wyrok KIO z 8.06.2013 r., KIO 906/13, wyrok KIO z 12.07.2017 r., KIO 1331/17);
- „Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz (tak: wyrok KIO z 28.02.2012 r., KIO 247/12);

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy Pzp, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia.

Podsumowując, wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

5. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 64/2025 pod numerem 208543-2025 z dnia **1 kwietnia 2025** roku.

6. Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej w dniu 1 kwietnia 2025 r. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp odwołanie zostało złożone w terminie ustawowym.
7. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 20.000 zł i w terminie [dowód: **załącznik nr 1** do odwołania], a Zamawiający otrzymał kopię odwołania [dowód: **załącznik nr 2** do odwołania].

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kompleksu strzelnic Uniwersytetu Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

W SWZ w Rozdziale 6 pt. „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu” w pkt a) Zamawiający ustalił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, odnoszący się do doświadczenia wykonawcy, w brzmieniu w poniższym kształcie:

Zdolność techniczna lub zawodowa – Zamawiający określa minimalne warunki w tym zakresie tj.:

- a) Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, która obejmowała budowę obiektu budowlanego – budynku niemieszkalnego, o kubaturze co najmniej 25 000 m³ netto, o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20m. Wartość wykonanej roboty co najmniej 50 000 000,00 PLN brutto.

W tym samym rozdziale w SWZ, jedynie w pkt b) Zamawiający sformułował warunek udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału osobowego wykonawcy w postaci osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach realizacji niniejszego zamówienia, który otrzymał następujące brzmienie:

- b) Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował minimum jedną osobą na każde z nw. Stanowisk:
(...)

- kierownik budowy:

kwalifikacje i umiejętności: uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej,

doświadczenie zawodowe: co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy,

doświadczenie zawodowe: pełnienie funkcji kierownika budowy przy wykonaniu co najmniej 2 inwestycji, z których każda obejmowała wykonanie obiektu budowlanego (budynku użyteczności publicznej lub budynku handlowego o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej), z tego co najmniej jedna robota budowlana obejmowała budowę obiektu budowlanego (budynku niemieszkalnego) o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20m.

Kolejno wyjaśnić należy, że w SWZ w Rozdziale 21 Zamawiający określił następujące **kryteria oceny ofert i** przypisał im odpowiednio następującą wagę:

Cena - waga 60 pkt

Gwarancja – waga 40 pkt

Następnie w pkt 2) Rozdziału 21 SWZ Zamawiający ustalił m. in., że:

Kryterium gwarancja: G (obejmująca wady materiałowe oraz wady w wykonawstwie; gwarancja dotyczy robót budowlanych bez dostarczonego wyposażenia)

gdzie:

G – liczba punktów uzyskana przez badaną ofertę w ramach kryterium gwarancja

Okres gwarancji należy podać w pełnych latach i tak:

Minimalny 5-letni termin gwarancji = 0 pkt

6-10-letni termin gwarancji = 10 pkt

11-14-letni termin gwarancji = 20 pkt

Maksymalny 15-letni termin gwarancji = 40 pkt

Oferty zawierające okres dłuższy niż 15-letni będą ocenione jako oferty zawierające maksymalny punktowany okres gwarancji.

Oferty zawierające okres gwarancji krótszy niż 5 lat będą podlegały odrzuceniu.

W przypadku podania okresu gwarancji nie w pełnych latach, na potrzeby punktacji, okres gwarancji zostanie zaokrąglony „w dół” do najbliższej punktowanej wartości.

W przypadku podania okresu gwarancji w miesiącach lub dniach okres gwarancji zostanie przeliczony na okres gwarancji wyrażony w latach.

W SWZ w Rozdziale 15 pt. „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy” Zamawiający sformułował m. in. następujące postanowienia:

„1) Od Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, wymagane będzie wniesienie, przed zawarciem umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy **w wysokości 5% ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie** za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

(...)

5) Zamawiający zwróci zabezpieczenie w następujących terminach:

- 70% wysokości zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia, tj. od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane;
- 30% wysokości zabezpieczenia w terminie 15 dni od dnia, w którym upływa okres gwarancji, liczony zgodnie z postanowieniami zawartej umowy.

II. Uzasadnienie zarzutów

1. Zarzut z pkt 2.1 - dotyczący warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszących się do doświadczenia wykonawcy i doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwem celem postawienia warunków udziału w postępowaniu i odpowiedniego ich opisanie, jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający, określając warunki udziału powinien więc dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć wykonawcy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie z Pzp Zamawiający może, ale nie musi określać warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, jeśli już to robi, to warunki udziału w postępowaniu powinny być zgodne z ustawowymi wymaganiami. Zamawiający jest bowiem związany przy ich określaniu m. in. regulacją zawartą w przepisie art. 16 oraz art. 112 ust. 1 Pzp.

Granice swobody Zamawiającego w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu wyznacza przede wszystkim art. 16 Pzp, zgodnie z treścią którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny oraz wyrażona w art. 112 ust. 1 Pzp zasada proporcjonalności.

Proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanawiania wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga bowiem wyważenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i umożliwienia dostępu do tego zamówienia racjonalnie szerokiej grupie wykonawców.

Przepis art. 112 ust. 1 Pzp wskazuje także, że określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający wyraża je jako minimalne poziomy zdolności. **Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia o charakterze wystarczającym do wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Postawienie określonego rodzaju warunków udziału w postępowaniu nie może mieć na celu ani prowadzić do uniemożliwienia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do należytego wykonania danego zamówienia.**

Powyższe poglądy znajdują odzwierciedlenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jedynie przykładowo należy odwołać się do wyroku z dnia 14 kwietnia 2022 r., zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 885/22, w którym Izba stwierdziła, że: *Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: „zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.” W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97). Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).*

Mając na uwadze powyższe uwarunkowania prawne, dotyczące określania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podnosi, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający naruszył wskazane zasady w odniesieniu do warunków, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zarówno w zakresie doświadczenia, którym powinien legitymować się sam wykonawca, jak również w zakresie doświadczenia kierownika budowy, które to warunki zostały opisane w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) i w pkt b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6.

W ocenie Odwołującego wymogi postawione przez Zamawiającego w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) i b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.6. zarówno w zakresie doświadczenia, którym powinien legitymować się sam wykonawca, jak również w zakresie doświadczenia kierownika budowy należy uznać za takie, które nie odpowiadają wymaganiom Pzp i zostały przez Zamawiającego ukształtowane w sposób niczym nie uzasadniony, ponieważ **Zamawiający zawęził możliwość legitymowania się, zarówno przez wykonawcę, jak i osobę mającą pełnić funkcję kierownika budowy, jedynie do doświadczenia związanego z budową obiektów o ściśle określonej konstrukcji, tj. żelbetowej**

monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, pomijając przy tym doświadczenie w budowie tego samego rodzaju obiektów w konstrukcji mieszanej:

- 1) żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych, oraz
- 2) żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych.

Tymczasem zwrócenia uwagi wymaga, że projektowany obiekt strzelnicy zgodnie z załączoną do postępowania koncepcją architektoniczną składa się z trzech rodzajów konstrukcji:

1. konstrukcji **żelbetowych monolitycznych** (tj. elementów konstrukcyjnych żelbetowych wykonywanych na placu budowy),
2. konstrukcji **murowych**,
3. konstrukcji **prefabrykowanych żelbetowych** (tj. elementów konstrukcyjnych żelbetowych wykonywanych w zakładzie prefabrykacji, następnie dostarczanych i wbudowywanych w obiekt na placu budowy).

Równie wyraźnie **poszczególne elementy budynku opisuje Program Funkcjonalno-Użytkowy („PFU”) i SWZ:**

- fundamenty – żelbetowe monolityczne (Zamawiający dopuszcza technologię prefabrykowaną),
- ściany fundamentowe – żelbetowe monolityczne,
- ściany nośne zewnętrzne budynku (z wyjątkiem hali strzelań) – technologia tradycyjna murowana,
- ściany nośne wewnętrzne budynku (z wyjątkiem hali strzelań) – technologia tradycyjna murowana,
- ściany nośne hali strzelań (strefa ukrycia) – żelbetowe monolityczne,
- ściany działowe – tradycyjne murowane,
- stropodach osi strzeleckiej „A” i „C” wraz z pomieszczeniami przyległymi – stropy strunobetonowe prefabrykowane żelbetowe z płyt kanałowych sprężonych,
- stropodach osi strzeleckiej „B” – strop monolityczny żelbetowy oparty na prefabrykowanych żelbetowych belkach sprężonych,
- stropy i stropodachy – monolityczne żelbetowe lub zespolone lub płyty prefabrykowane żelbetowe sprężone.

Chcąc scharakteryzować takie połączenie rodzajów konstrukcji i elementów budynku należałoby stwierdzić, iż mamy do czynienia z **konstrukcją obiektu mieszaną żelbetowo-murowaną i jednocześnie żelbetową monolityczno – prefabrykowaną**. Oznacza to, że na konstrukcyjny ustrój nośny budynku składają się elementy żelbetowe monolityczne w postaci fundamentów budynku, ścian nośnych, słupów, stropów, wieńców, belek itp. współpracujących z elementami murowymi w postaci ścian nośnych wewnętrznych i zewnętrznych oraz elementy żelbetowe monolityczne jak wieńce, słupy, belki, stropy, warstwa „nadbetonu” na płytach kanałowych, itp. współpracujące z prefabrykatami żelbetowymi tj. z prefabrykowanymi belkami żelbetowymi sprężonymi oraz z prefabrykowanymi żelbetowymi płytami kanałowymi sprężonymi.

Na gruncie omawianego Postępowania, uwzględniając przy tym charakterystykę zamawianego budynku, wprowadzenie ograniczenia w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie

doświadczenia wykonawcy i kierownika budowy jedynie do budowy obiektów o konstrukcji żelbetowej monolitycznej bądź prefabrykowanej sprężanej nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Sformułowany w ten sposób wymóg narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie adekwatne do realizacji zamówienia (a nawet przewyższające postawiony wymóg), poprzez zastosowanie środków dyskryminujących i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służy warunek udziału w postępowaniu. Za przyjęciem tego rodzaju zapatrywania przemawiają argumenty przytoczone niżej.

Po pierwsze, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia Zamawiający zawęził możliwość posługiwania się zarówno przez samego wykonawcę, jak i kierownika budowy doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych dopuszczając jedynie doświadczenie w zakresie budowy obiektu budowlanego o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub żelbetowej sprężanej, **co jest równoznaczne z nie dopuszczeniem doświadczenia polegającego na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji mieszanej,** w tym np. żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych, czy też np. żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych (czyli konstrukcji nie mniej skomplikowanej niż pozostałe konstrukcje).

Zamawiający w sformułowanym warunku w ogóle nie uwzględnił konstrukcji tradycyjnych murowanych, występujących w budynku kompleksu strzelnic Uniwersytetu KEN. Natomiast z PFU i SWZ wynika wprost, że wszelkiego rodzaju konstrukcje mieszane w różnych konfiguracjach również występują w przedmiotowym obiekcie: np. żelbetowo (monolityczne) – murowane, żelbetowo monolityczne – prefabrykowane, żelbetowo (monolityczne)–prefabrykowane–murowane – czyli w skrócie łącznie: **żelbetowo-murowane z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych**. Co więcej, Zamawiający nie dopuścił również konstrukcji mieszanych żelbetowo (monolitycznych)–murowanych z zastosowaniem konstrukcyjnych elementów stalowych, które to technologie charakteryzują się nie mniejszym stopniem skomplikowania od pozostałych przytoczonych powyżej technologii. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że **dopuszczenie przez Zamawiającego jedynie konstrukcji żelbetowych monolitycznych lub prefabrykowanych sprężanych jest dalece dyskryminujące i nadmiernie zawężające krąg potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób należyty i dających rękojmię właściwego wykonania.**

Zamawiający, poszerzając wachlarz rodzajów konstrukcji o konstrukcje mieszane żelbetowo-murowane z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych lub prefabrykowanych sprężonych bez wątpienia zwiększy konkurencyjność wykonawców i wpłynie na możliwość uzyskania rzeczywiście najkorzystniejszej oferty na rynku, a nie oferty przeszacowanej.

Odwołujący zwraca uwagę, że realizacja budynku niemieszkalnego o kubaturze co najmniej 25 000 m³ netto, o konstrukcji jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m, o wartości co najmniej 50.000.000,00 PLN brutto, oraz o konstrukcji:

- żelbetowej monolitycznej lub
- prefabrykowanej sprężanej lub

- mieszanej: żelbetowo–murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub
 - mieszanej: żelbetowo–murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych,
- de facto **odznacza się podobnym poziomem trudności wykonania.**

Zatem wykonawca, który jest w stanie wykazać się doświadczeniem w realizacji budynku spełniającego łącznie wymagania:

- budynek niemieszkalny,
- kubatura co najmniej 25 000 m³ netto,
- konstrukcja jednonawowa lub wielonawowa o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m,
- wartość co najmniej 50.000.000,00 PLN brutto,

niezależnie od rodzaju konstrukcji, czy jest to konstrukcja żelbetowa monolityczna, prefabrykowana sprężana, czy też konstrukcje mieszane: żelbetowo–murowane z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowane z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych - daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Co więcej, podkreślić należy, że niejednokrotnie wybudowanie obiektu budowlanego w technologii konstrukcji mieszanej z zastosowaniem elementów prefabrykowanych stalowych (tj. konstrukcji żelbetowej w połączeniu z konstrukcją stalową) jest znacznie bardziej skomplikowane i wymaga większej wiedzy i doświadczenia niż wybudowanie budynku z użyciem elementów żelbetowych prefabrykowanych sprężanych. Konstrukcje stalowe charakteryzują się bardzo dużą precyzją wykonania oraz wymagają bardzo dużej dokładności montażu (co do milimetra). Również logistyka i sposób zmontowania konstrukcji stalowych niejednokrotnie stopniem skomplikowania znacznie przewyższa konstrukcje prefabrykowane żelbetowe.

Zatem należy uznać, że w sytuacji, gdy wykonawca (ewentualnie kierownik budowy) przy spełnieniu stawianych mu wymagań dot. doświadczenia (budynek niemieszkalny, kubatura co najmniej 25 000 m³ netto, konstrukcja jednonawowa lub wielonawowa o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 20 m, wartość co najmniej 50.000.000,00 PLN brutto) legitymuje się doświadczeniem w budowie obiektu o konstrukcji mieszanej: żelbetowo–murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych, to bezsprzecznie posiada on odpowiednie doświadczenie, które pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia, które jest przedmiotem prowadzonego Postępowania.

Przykładem na poparcie powyższych twierdzeń, jest doświadczenie Odwołującego zdobyte przy budowie jednej z jego realizacji. Była to realizacja nowoczesnego obiektu dydaktyczno – sportowo – widowiskowego dostosowanego do możliwości rozgrywania zawodów o randze międzynarodowych i ogólnopolskich akademickich zawodów sportowych, oraz innych mniejszych imprez. **Obiekt składa się z trzech rodzajów konstrukcji: konstrukcji żelbetowych monolitycznych, konstrukcji murowych i konstrukcji prefabrykowanych stalowych. Podobnie jak budynek kompleksu strzelnic UKEN ustrój konstrukcyjny budynku można scharakteryzować jako konstrukcję mieszaną żelbetowo-murowaną i jednocześnie monolityczno – prefabrykowaną stalową (tj. żelbetowo – stalową).** Konstrukcja stalowa odznacza się bardzo wysokim, ponad przeciętnym stopniem skomplikowania, a jej parametry kluczowe dla Zamawiającego (jak np. rozpiętość jednej z naw co najmniej 20 m; kubatura budynku co

najmniej 25 000 m³) znacznie przewyższają stawiane im wymagania. Rozpiętość głównej nawy budynku w osiach słupów wynosi 53,00 m, a kubatura budynku wynosi ponad 58 000,00 m³. Konstrukcja hali wysokiej składa się z żelbetowych słupów, na których oparto stalowe łukowe wiązary dachowe powiązane z układem rygli stalowych, płatwi oraz stężeń. Wiazary wykonane są z blachownic łukowych o promieniach gięcia R(zewn.) równych 176 500 mm. Wiazar główny posiada wysokość 1 200 mm i rozpiętość w podporach 53,00 mb. Składa się z trzech osiemnastometrowych części przywiezionych na plac budowy, skręcanych poprzez połączenia 100% sprężane i następnie w jednym elemencie montowane w precyzyjnie zaplanowanym procesie montażu, przy zastosowaniu dwóch specjalistycznych dźwigów samojezdnych dedykowanych do podnoszenia wielkich ciężarów działających w tandemie.

Stopień skomplikowania w/w konstrukcji budynku oraz zastosowane zaawansowane technicznie rozwiązania konstrukcyjne pozwoliły nabyć cennego doświadczenia Odwołującemu, które z całą stanowczością może być gwarancją rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem. **W ramach zamówienia bowiem są przewidziane do wykonania rodzaje konstrukcji analogiczne jak przy wykonaniu ww. obiektu dydaktyczno – sportowo – widowiskowego, tj. konstrukcje żelbetowe monolityczne, konstrukcje murowe, konstrukcje o rozpiętościach znacznie przekraczających 20 metrów oraz w miejsce konstrukcji prefabrykowanych żelbetowych – konstrukcje stalowe. Stopień trudności wykonania wyżej opisanej konstrukcji hali dydaktyczno-sportowej, składającej się m.in. z elementów żelbetowych oraz konstrukcji stalowej (w tym dachu o rozpiętości hali ponad 50 m) był dużo większy niż ten przewidywany w toku prowadzonego Postępowania, co skłania do wniosku, że nabyte tu doświadczenie predysponuje Odwołującego do należytego wykonania zamówienia.** Niemniej jednak treść postawionych warunków, które referują jedynie do doświadczenia wykonawcy/ doświadczenia kierownika budowy, polegającego na budowie obiektu budowlanego o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub żelbetowej sprężanej, z pominięciem doświadczenia wykonawcy/ doświadczenia kierownika budowy w budowie obiektu budowlanego o konstrukcji mieszanej: żelbetowo–murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych, ograniczają Odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie w ramach prowadzonego Postępowania pomimo bogatego doświadczenia przy realizacji robót, których poszczególne elementy są wspólne zarówno dla konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub żelbetowej sprężanej, jak i konstrukcji mieszanej stalowo-żelbetowej i dysponowania potencjałem kadrowym obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia.

W świetle powyższego należy dojść do uzasadnionego przekonania, że warunki udziału w Postępowaniu, określone w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) i b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.10 względem doświadczenia wykonawcy i kierownika budowy nie mają racjonalnego uzasadnienia merytorycznego, gdyż doświadczenie zarówno wykonawcy, jaki i osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, przy realizacji robót budowlanych, polegających na budowie obiektów o konstrukcji mieszanej stalowo-żelbetowej powinno być oceniane w taki sam sposób, jak doświadczenie przy budowie obiektów o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej. **Powyższe wynika z faktu, że doświadczenie w budowie obiektów o konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych i żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych „zawiera w sobie” czynności, jakie są wykonywane przy budowie obiektów o konstrukcji żelbetowej**

monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej. Oznacza to, że zarówno doświadczenie wykonawcy, jak i osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w tym zakresie nie powinno polegać na różnicowaniu, a tym samym konieczna jest zmiana treści warunku, określonego w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) i b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.10 polegająca na dodaniu możliwości posługiwania się doświadczeniem (Wykonawcy/kierownika robót) w budowie obiektów o **konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych i żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych.**

Wprowadzenie wymogu posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych wyłącznie w obiektach konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, z pominięciem doświadczenia zdobytego przy budowie obiektów o konstrukcji mieszanej: **żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych i żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych** stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, które skutkuje eliminacją z prowadzonego Postępowania szerokiego grona wykonawców, którzy w przeszłości realizowali projekty o porównywalnej skali i podobnym lub wyższym stopniu skomplikowania, niż ten do którego referuje Zamawiający w postawionych warunkach. Zatem, tego rodzaju doświadczenie bez wątpienia gwarantuje prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a w takim przypadku wymogi postawione w SWZ w Rozdziale 6 w pkt a) i b) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.1.10 stanowią bezpodstawne utrudnienie dostępu do udzielanego zamówienia.

Należy także zwrócić uwagę, że zaskarżone wymaganie narusza zasadę proporcjonalności, która wymaga, aby Zamawiający kształtował warunki zamówienia w postępowaniu w sposób adekwatny do jego rodzaju i zakresu, czyli tak, aby były one racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i określały „minimalne poziomy zdolności”. Odnosząc tę zasadę do kwestionowanych wymagań Zamawiającego należy zauważyć, że wykraczają one poza cel ich postawienia. Okoliczność, że wykonawca nie posiada doświadczenia w budowie obiektów (o określonych przez Zamawiającego parametrach) o konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej w żaden sposób nie przesądza, że nie daje on rękojmi należytego wykonania zamówienia. Wręcz przeciwnie. **Legitymowanie się doświadczeniem w budowie obiektów o konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych i żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych jest najzupełniej wystarczające, gdyż niejako „zawiera w sobie” doświadczenia wymagane przez Zamawiającego.**

Niewątpliwie więc postawienie przez Zamawiającego warunków w przedstawionym powoduje niczym nie uzasadnione ograniczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami i skutkuje pominięciem doświadczenia opisywanego wyżej, co z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, jest całkowicie za bezzasadne. Oznacza to, że sformułowane wymogi należy uznać za nieproporcjonalne i takie, które powinny podlegać zmianie, polegającej na możliwości dopuszczenia przez Zamawiającego posłużeniem się przez wykonawcę i osobę pełniącą funkcję kierownika budowy doświadczeniem w postaci wykonania roboty budowlanej, polegającej na budowie obiektu (o określonych przez Zamawiającego parametrach) o **konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych i żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych.**

W tym miejscu uzasadnione jest odwołanie do wyroku z dnia 16 września 1999 r., C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. 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. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TSUE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

W świetle orzecznictwa TSUE można więc uznać, że ocena, czy zachowana jest zasada proporcjonalności następuje na podstawie tzw. testu proporcjonalności, który oznacza sprawdzenie, czy określone wymaganie (np. warunek udziału w postępowaniu):

- nie jest dyskryminujące,
- jest uzasadnione względami interesu publicznego,
- jest odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, oraz
- nie jest nadmierne i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (tzn. czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

Zdaniem Odwołującego kwestionowane warunki nie spełniają co najmniej trzech z ww. przesłanek testu proporcjonalności. Przede wszystkim są nieodpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu mają służyć oraz mają charakter dyskryminujący (naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców), z uwagi bowiem na swoją restrykcyjność ograniczają konkurencję (eliminują wykonawców/podwykonawców z udziału w Postępowaniu)¹.

Kwestionowany przez Odwołującego warunek należy uznać także za nieproporcjonalny, ponieważ posiada negatywny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, że warunek ograniczający konkurencję może oznaczać wyższe ceny ofert z uwagi na

¹ Jak wskazuje UZP¹ „*Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*”. W: PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

zaburzenie zasad konkurencyjności, a w konsekwencji skutkować poniesieniem przez Zamawiającego zbędnych kosztów. Zaś wprowadzenie postanowienia, który umożliwia wykonawcy skorzystanie z doświadczenia w postaci w realizacji robót budowlanych dotyczących **budowy obiektów w konstrukcji mieszanej: żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych** z dużym prawdopodobieństwem poszerzyłoby krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co bez wątpienia wpłynęłoby pozytywnie na efektywność prowadzonego Postępowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku w zakresie kompetencji i doświadczenia wykonawcy i jego personelu.

Podsumowując, zakwestionowany przez Odwołującego warunek w sposób istotny eliminuje konkurencję w Postępowaniu. Nie znajdując oparcia w okolicznościach technicznych lub technologicznych uzasadniających obiektywne potrzeby Zamawiającego, narusza on wynikające z art. 112 ust. 1 oraz art. 16 Pzp zasady określania warunków udziału, w szczególności w zakresie „minimalnych poziomów zdolności” i proporcjonalności, gdyż za taki warunek należy uznać wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju prac budowlanych, polegających na budowie obiektu budowlanego nie tylko w konstrukcji żelbetowej monolitycznej lub prefabrykowanej sprężanej, ale także w konstrukcji mieszanej: **żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych sprężanych lub żelbetowo-murowanej z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych stalowych**.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający formułując treść warunków w zakresie doświadczenia wykonawcy i osoby powołanej do pełnienia funkcji kierownika budowy dopuścił się naruszenia art. 16 Pzp oraz art. 112 ust. 1 Pzp, co w konsekwencji przesądza o zasadności zgłoszonych zarzutów i konieczności dokonania zmiany postawionych warunków w kształcie opisanym wcześniej w *petitum* odwołania.

2. Zarzut z pkt 2.2, dotyczący długości okresu gwarancji w kryterium oceny ofert pt. Gwarancja (G)

Na wstępie omawianego zarzutu przypomnienia wymaga, że przepis art. 240 Pzp stanowi, że kryteria oceny ofert winny być określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zaś zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia. Powołane regulacje dotyczące formułowania kryteriów oceny ofert należy łączyć z poszanowaniem fundamentalnych reguł, wynikających z art. 16 Pzp, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie, przejrzystość i przede wszystkim, proporcjonalność.

Generalnych ram kryteriów oceny ofert możemy poszukiwać w treści motywu 92 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych („Dyrektywa klasyczna”), w której stwierdzono m. in., że: *„Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej”*

konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów”.

Analizując przytoczony fragmentu Dyrektywy klasycznej należy dojść do przekonania, że: *primo* - kryterium oceny ofert powinno zmierzać do „nagrodzenia”, tj. punktowania wykonawców, oferujących produkt o ponadprzeciętnej jakości z perspektywy rynku, *secundo* – kryteria oceny ofert powinny zostać sformułowane w sposób proporcjonalny w oparciu o zasadę uczciwej konkurencji, przy jednoczesnym uwzględnieniu realiów i praktyk rynkowych. Oznacza to, że kryteria oceny ofert powinny zostać ukształtowane w taki sposób, aby dając zamawiającemu możliwość premiowania spełnienia przez wykonawców określonych wymagań, gwarantowały jednocześnie rzetelną i faktyczną konkurencyjność pomiędzy wykonawcami nie nakładając jednocześnie na wykonawców nadmiernych wymagań i obciążeń (w tym finansowych), które ograniczają dostęp do zamówienia. Tym samym za nieproporcjonalne należy uznać kryteria oceny ofert, które w praktyce uniemożliwiają złożenie oferty albo nie pozwalają uznać, że w jakikolwiek sposób zapewniają lepsze wykonanie zamówienia.

Na kanwie powyższego należy stwierdzić, że **postanowienia SWZ dotyczące kryterium oceny ofert pt. „Gwarancja” (G), w aktualnym brzmieniu (w związku z postanowieniami w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy) z pełną stanowczością powinny zostać uznane za ograniczające konkurencję i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.** Za przyjęciem tego rodzaju stanowiska przemawiają niżej opisane argumenty.

Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt Postępowania wskazać należy na okres wydłużonej gwarancji, który zgodnie z postanowieniami SWZ w Rozdziale 21 pkt 2) jest najwyżej premiowany i wynosi aż 15 lat (180 miesięcy). Wykonawca, który zaproponuje taki wydłużony okres otrzyma maksymalną liczbę punktów, tj. aż 40 pkt. Nie bez znaczenia jest również kwestia związana z tym, że okres udzielonej gwarancji będzie poprzedzać dwuletni okres realizacji zamówienia (24 miesiące), natomiast Zamawiający zwróci Wykonawcy 30% wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dalej: „ZNWU”) w terminie 15 dni od dnia, w którym upływa okres gwarancji. Najprościej rzecz ujmując, Wykonawca, który zaoferuje 15-letnią gwarancję, 30% kwoty ZNWU otrzyma „z powrotem” po 17 latach od jego wniesienia.

Należy więc wskazać po pierwsze, że w praktyce rynkowej Zamawiający kształtują postanowienia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem okresów gwarancji funkcjonujących na rynku w danej branży, na którym to **gwarancja 15-letnia jest niespotykana.** Natomiast nawet Zamawiający oczekujący wydłużonej gwarancji są świadomi kreowania dodatkowych obciążeń po stronie wykonawcy i rezygnują w takim przypadku np. z zawierania w treści SWZ wymogu dotyczącego konieczności utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w wysokości pozostałych 30%) przez cały okres gwarancji jakości/rękojmi. W szczególności, że przepisy Pzp przewidują taką możliwość, z uwagi na dyspozytywny charakter przepisu art. 453 ust. 2 Pzp.

Tymczasem na gruncie omawianego Postępowania Zamawiający nie tylko nie zrezygnował z konieczności utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości pozostałych 30% zabezpieczenia, ale rozciągnął wspomniany obowiązek na cały okres gwarancji. Zatem należy przyjąć, że **w sytuacji, gdy wykonawca podjąłby decyzję o zaoferowaniu maksymalnego okresu gwarancji to,**

zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy na cały ten okres, tj. 15 lat (+ okres realizacji umowy – 2 lata). Tymczasem po przeprowadzeniu rozeznania rynku usług związanych niepieniężną formą zabezpieczenia Odwołujący ustalił, że **tego rodzaju „produkt”, jak chociażby bardzo popularna gwarancja ubezpieczeniowa nie występuje na rynku branżowym rynku, bowiem gwarancja nie jest udzielana na tak długi okres jak 15 lat (lub więcej).** Również tzw. „gwarancja rolowana”, innymi słowy odnawialna, nie jest udzielana na tak długi okres, a zatem nie występuje możliwość skorzystania z dyspozycji regulacji zawartej w SWZ w Rozdziale 15 pkt 9, który dopuszcza jej zastosowanie. Analogicznie wnioski należy wysnuć względem gwarancji bankowej. Potwierdzają to dowody uzyskane przez Odwołującego, pochodzące z pism wiodących firm ubezpieczeniowych funkcjonujących na branżowym rynku oraz informacja z banku.

Dowód:

- Pismo z dnia 10.04.25 r. Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie,
- Pismo z dnia 8.04.25 r. Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Pismo z dnia Spockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie,
- Pismo z dnia 10.04.25 r. Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
- Pismo z dnia 10.04.25 r. Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z siedzibą w Warszawie,
- Pismo z dnia 11.04.25 r. Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., ul. Grzybowska 81, 00-844 Warszawa.

W tym kontekście oznacza to, że Wykonawca w takim przypadku byłby „skazany” na wniesienie owego zabezpieczenia w pieniądzu na cały okres, co bezsprzecznie wiąże się ogromnym obciążeniem dla wykonawcy w długim okresie, bowiem wymaga długofalowego „zamrożenia” niemałej puli środków finansowych, na co z reguły małe lub średniej wielkości przedsiębiorstwa nie mogą sobie pozwolić. Zatem wprowadzenie tego rodzaju postanowień do SWZ premiuje przedsiębiorstwa prowadzące działalność na wielką skalę, o ogromnych obrotach. **W związku z tym postanowienia SWZ w Postępowaniu, dotyczące kryterium oceny ofert pt. „Gwarancja” (G), w aktualnym brzmieniu (w związku z postanowieniami w zakresie ZNWU) z pełną stanowczością powinny zostać uznane za ograniczające dostęp do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.**

Nie może również umknąć uwadze wysokość wagi, która została przypisana przez Zamawiającego owemu kryterium. Otóż jego waga jest niewiele niższa od tej przyporządkowanej kryterium ceny, bowiem sięga aż 40%. Oznacza to, że wykonawca w tym kryterium może uzyskać aż 40 pkt przy zaoferowaniu maksymalnie długiego, bo aż 15 letniego okresu gwarancji. **Tym samym możliwość konkurencji na tym polu z innymi wykonawcami (dużymi przedsiębiorcami / międzynarodowymi korporacjami) w sytuacji niemożności uzyskania dodatkowych punktów jest iluzoryczne, bowiem wykonawca musiałby zaoferować realizację zamówienia za cenę rażąco niską.**

Oprócz kwestii ograniczenia konkurencji warto zwrócić uwagę również na aspekt związany tym, że jeśli już wykonawca (na płaszczyźnie finansowej) będzie zdolny do wniesienia - na wydłużony okres gwarancji jakości - zabezpieczenia w formie pieniężnej to zwykle powoduje to, po jego stronie,

konieczność poniesienia dodatkowych kosztów, co przekłada się na zaoferowaną przez niego cenę. Zatem należy postrzegać to, jako nadmierne obciążenie wykonawcy, który musi ten koszt wkalkulować w cenę oferty, co też z całą pewnością nie jest zgodne z zasadą efektywnego wydatkowania środków publicznych.

Co jednak równie istotne, ustalony przez Zamawiającego maksymalny okres gwarancji, jak również pozostałe „widełki” okresów gwarancyjnych są rozwiązaniem niespotykanym na rynku. Budzi zdziwienie, że Zamawiający „pod płaszczykiem” gwarancji próbuje zakupić wszelkiego rodzaju prace serwisowe i remontowe. Trudno bowiem uznać, że wykonawca przez okres 15 lat będzie naprawiał jedynie wady i usterki wynikające ze zrealizowanych prac - po tak długim okresie ujawniać się mogą ślady zużycia wynikające z normalnej eksploatacji obiektu, wymagające prace remontowych. To z kolei skutkować może sporami z Zamawiającym czy dana czynność jest objęta gwarancją.

Przy tym dostrzeżenia wymaga, że żadne wymagania techniczne nie uzasadniają zastosowania, aż tak znacznie wydłużonego terminu gwarancji jakości, jak ten ustalony na gruncie prowadzonego Postępowania. Zamawiający nie przedstawił żadnych dodatkowych wymagań, żadnych badań, analiz, opinii z których wynikałoby, iż taka wydłużona gwarancja jest w tym przypadku uzasadniona.

Konkludując, Odwołujący stwierdza, że Zamawiający konstruuje kryterium „Gwarancja” (G) w kształcie opisanym wyżej w SWZ dopuścił się naruszenia art. 240 ust.1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 16 Pzp w zw. z art. 453 ust. 1, 2 i 3 Pzp, co przesądza o zasadności zgłoszonego zarzutu i konieczności dokonania zmiany ustanowionego kryterium w kształcie opisanym wcześniej w *petitum* odwołania.

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. Dowód wniesienia wpisu od odwołania;
2. Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu;
3. Pełnomocnictwo.
4. Potwierdzenie wniesienia opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.
5. Informacje z KRS Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie Małopolskim - komplementariusza spółki Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz KRS Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.
6. Pismo z dnia 10.04.25 r. Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie;
7. Pismo z dnia 8.04.25 r. Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie;
8. Pismo z dnia Spockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie;
9. Pismo z dnia 10.04.25 r. Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;
10. Pismo z dnia 10.04.25 r. Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z siedzibą w Warszawie;
11. Pismo z dnia 11.04.25 r. Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., ul. Grzybowska 81, 00-844 Warszawa.