

Gliwice, dnia 23 lipca 2026 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art.132 ustawy Pzp pn: „BUDOWA HALI WIDOWISKOWO-SPORTOWEJ WRAZ Z PODZIEMNYM MIEJSCEM UKRYCIA „U2” PRZYSTOSOWANYM DO PEŁNIENIA ZAMIENNIE FUNKCJI GARAŻU PODZIEMNEGO W ZAWIERCIU”, Nr sprawy: ZP.271.44.2026.

**Zamawiający:** Gmina Zawiercie,

ul. Leśna 2, 42 – 400 Zawiercie,

NIP: 649-22-86-197, REGON: 276258871

Adres poczty elektronicznej e-mail: [zamowieniapubliczne@zawiercie.eu](mailto:zamowieniapubliczne@zawiercie.eu)

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://zawiercie.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>

na której będą udostępniane zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Strona internetowa Zamawiającego: <https://zawiercie.bip.net.pl> zawierająca odesłanie na Platformę przetargową pod adresem wskazanym w pkt 1.2 SWZ.

ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S: 132/2026 372548-2026 z dnia 13/07/2026,

**Odwołujący:** MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna, 44-101 Gliwice, Plac Piastów 10, tel. +48 501 730 181, e-mail: [jerzy.bugla@mz.pl](mailto:jerzy.bugla@mz.pl) oraz [oferty.gpbp@mz.pl](mailto:oferty.gpbp@mz.pl), reprezentowany przez Pełnomocnika Jerzego Bugłę.

## **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 505 w zw. z art. 513 i art. 515 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą lub PZP), w imieniu Odwołującego składam odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób naruszający przepisy ustawy PZP:

- w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej i w pkt 5 ppkt 5.1.9 Kryteria kwalifikacji Kryterium: Referencje dotyczące określonych prac,

Składając niniejsze odwołanie zarzucamy Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 PZP w zw. z art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w z w. z art. 116 ust. 1 PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy dotyczącego wymaganego doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym ograniczeniu dopuszczalnego doświadczenia wykonawców wyłącznie do budowy „budynku użyteczności publicznej”, z jednoczesnym wyłączeniem obiektów o statusie „budowli” (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), podczas gdy wzniesienie obiektów widowiskowych lub sportowych o charakterze budowli (np. stadionów, aren, amfiteatrów) spełniających pozostałe parametry SWZ (wartość, kubatura, obecność instalacji oraz stałych trybun żelbetowych dla min. 1500 osób) potwierdza posiadanie tożsamego potencjału, wiedzy i zdolności technicznej do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia oraz

w sposób nadmiernie wygórowany, ponad potrzebę zamawiającego dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę przejrzystości, równego dostępu do zamówienia i równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności, ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób, a opisany w uzasadnieniu odwołania:

a) w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ:

„Zamawiający określa, że warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jedną robotę budowlaną, która:

- miała wartość minimum 50 000 000,00 zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych),

- obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami elektrycznymi, sanitarnymi, niskoprądowymi, o kubaturze co najmniej 25 000 m<sup>3</sup> netto, o minimum dwóch kondygnacjach nadziemnych, wyposażonego w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób.”

### **na zapis o treści:**

„Zamawiający określa, że warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jedną robotę budowlaną, która:

- miała wartość minimum 50 000 000,00 zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych),

- obejmowała budowę **budowli lub** budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami elektrycznymi, sanitarnymi, niskoprądowymi, o kubaturze co najmniej 25 000 m<sup>3</sup> netto, o minimum dwóch kondygnacjach nadziemnych, wyposażonego w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób.”

### **3. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych, albowiem opracowana przez Zamawiającego dokumentacja przetargowa (SWZ i ogłoszenie o zamówieniu) na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty.

Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia jest zainteresowany złożeniem oferty i ma zamiar ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Wymogi, które określił Zamawiający w SWZ mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia i finalnie mogą uniemożliwić złożenie Odwołującemu oferty.

W kontekście przesłanek złożenia odwołania określonych w art. 505 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych, Odwołujący wskazuje za aktualnym i jednolitym stanowiskiem KIO, że „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Wykonawca wnoszący odwołanie deklaruje, że jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu warunków udziału w postępowaniu, istotnych warunków przyszłego kontraktu oraz opis przedmiotu zamówienia przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oraz racjonalnie skalkulowanej oferty” (wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2547/19, podobnie wyr. KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10, wyrok KIO z dnia 8

stycznia 2018 r., sygn. akt. KIO 2683/17, wyr. KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 994/19, wyr. KIO z dnia 28.01.2020 r., sygn. akt KIO 61/20).

W wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2592/19) podkreślono, iż „W przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ szkoda wykonawcy ma ze swej natury charakter hipotetyczny, a interes w uzyskaniu zamówienia można przypisać każdemu wykonawcy deklarującemu zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dla którego postanowienia SIWZ mogą być potencjalnie niekorzystne”.

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

Dokumentacja Postępowania została opublikowana w dniu 13.07.2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S: 132/2026 372548-2026 z dnia 13/07/2026, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 23 lipca 2026 r., tym samym odwołanie zostało złożone w terminie.

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art.132 ustawy Pzp pn: „BUDOWA HALI WIDOWISKOWO-SPORTOWEJ WRAZ Z PODZIEMNYM MIEJSCEM UKRYCIA „U2” PRZYSTOSOWANYM DO PEŁNIENIA ZAMIENNIE FUNKCJI GARAZU PODZIEMNEGO W ZAWIERCIU”, Nr sprawy: ZP.271.44.2026.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w treści SWZ. W ocenie Odwołującego warunki udziału w postępowaniu opisane w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ:

„Zamawiający określa, że warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej jedną robotę budowlaną, która:

- miała wartość minimum 50 000 000,00 zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych),

- obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami elektrycznymi, sanitarnymi, niskoprądowymi, o kubaturze co najmniej 25 000 m<sup>3</sup> netto, o minimum dwóch kondygnacjach nadziemnych, wyposażonego w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób.”

są ustalone przez Zamawiającego z naruszeniem ustawy, a w szczególności , art. 16 PZP w zw. z art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w z w. z art. 116 ust. 1 PZP,

co doprowadziło do określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy dotyczących doświadczenia wykonawcy poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym ograniczeniu dopuszczalnego doświadczenia wykonawców wyłącznie do budowy „budynku użyteczności publicznej”, z jednoczesnym wyłączeniem obiektów o statusie „budowli” (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), podczas gdy wzniesienie obiektów widowiskowych lub sportowych o charakterze budowli (np. stadionów, aren, amfiteatrów) spełniających pozostałe parametry SWZ (wartość, kubatura, obecność instalacji oraz stałych trybun żelbetowych dla min. 1500 osób) potwierdza posiadanie tożsamego potencjału, wiedzy i zdolności technicznej do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia oraz

w sposób nadmiernie wygórowany, ponad potrzebę zamawiającego dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę przejrzystości, równego dostępu do zamówienia i równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności, ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jak zostanie wykazane, Zamawiający skonstruował warunki udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, które istotnie i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję w postępowaniu (dostęp do postępowania dla wykonawców zdolnych do wykonania opisanego w tym postępowaniu przedmiotu zamówienia).

Istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku.

Należy w tym miejscu wskazać, że fundamentalnym obowiązkiem każdego zamawiającego na etapie formułowania treści warunków udziału w postępowaniu jest ustalenie takiego ich poziomu, który zapewni prawidłowość wydatkowania środków publicznych. Wymóg ten generuje oczywisty wniosek, iż każdy warunek udziału stanowi pewne ograniczenie konkurencji. **Ograniczenie to korzysta z ochrony prawnej jednak jedynie tak długo, jak nie prowadzi do nieuzasadnionego i nadmiernego wpływu na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.** A zatem drugim obowiązkiem zamawiającego jest troska o zapewnienie potencjalnym wykonawcom dostępu do zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający powinien „zważyć” w toku przygotowania warunków udziału w postępowaniu dwa dobra – z jednej strony dochowanie zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a z drugiej strony – własne, uzasadnione potrzeby sposobu wykonania zamówienia.

Wskazać również należy na podnoszone niejednokrotnie w kontekście proporcjonalności, zagadnienie adekwatności warunku. Pojęcie to oznacza, iż opis warunku powinien być odpowiedni (adekwatny) do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. **Proporcjonalność (rozumiana jako 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** (Wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r., sygn. KIO 650/16). Prawo zamawiającego, jakim jest określanie poziomu warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ogranicza się do ustalenia poziomu zapewniającego zamawiającego, że wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienia w sposób określony w warunkach zamówienia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO/KU 15/18.: **„Adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ma to również odzwierciedlenie w naczelnych zasadach Prawa zamówień publicznych unormowanych w art. 7 p.z.p., zaś dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych (art. 22 ust. 1a p.z.p.) należy również uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, będących dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm.”**

Stosownie do treści art. 112 ust. 1 ustawy Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, **w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.**

Kluczowe w większości postępowań o zamówienie publiczne jest wymaganie wykazania się przez wykonawcę zdolnością zawodową, zwłaszcza doświadczeniem. Służy ono wykazaniu, że ma on wystarczającą, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności lub wartości. Zdolność zawodowa (doświadczenie) wykonawcy daje zamawiającemu rękojmię, że realizacja zamówienia będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni jego wymagania (np. jakościowe, terminowe).

Uprawnienie Zamawiającego do żądania wykazania się odpowiednim doświadczeniem winno być zawsze proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zasada ta oznacza zobowiązanie Zamawiającego do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być proporcjonalny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej art. 116 ust. 1 Pzp pozwala żądać doświadczenia tylko w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. **W konsekwencji warunek nie może być konstruowany jako instrument selekcji maksymalnie zawężającej rynek, lecz jako narzędzie sprawdzenia, czy wykonawca dysponuje minimalną, wystarczającą zdolnością do wykonania zamówienia.** Zamawiający nie może arbitralnie kształtować warunków udziału i musi ograniczyć się do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia; wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób:

- proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz
- umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jak widać, wskazany przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, **uniemożliwiając opisywanie ich w sposób nadmierny oraz niezwiązany z celem warunków, jakim jest ocena zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.**

Odnosząc te rozważania na grunt niniejszego postępowania Odwołujący wskazuje, na nadmierny charakter warunku udziału w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wymaganego doświadczenia opisanego w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ oraz oczywiście nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający dostęp do zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że sposób w jaki Zamawiający skonstruował warunek udziału w postępowaniu w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ naprowadza, że celem ma być ograniczenie dostępu do zamówienia, a nie faktyczne zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia i udzielenia zamówienia wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie i nie mogą być abstrakcyjne, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu, a **przy ich konstruowaniu należy zachować równowagę między interesem Zamawiającego a interesem wykonawców eliminowanych przez wymagania nadmierne i ograniczające dostęp do zamówienia.** Właśnie takie wymagania Zamawiający postawił w treści warunku opublikowanego w dniu 13.07.2026 r.

W przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej Zamawiający sformułował wiele parametrów, które musi łącznie spełnić robota budowlana mająca potwierdzić wymagane doświadczenie wykonawcy. Odwołujący nie wskazuje, że Zamawiający wymaga aby referencyjna robota budowlana miała spełniać zbyt wiele szczegółowo określonych parametrów. Odwołujący wskazuje, że ograniczenie rodzajowo „budowy” wyłącznie do zdefiniowanych budynków użyteczności publicznej istotnie wpływa na ograniczenie konkurencji i ilość ofert, które mogą zostać złożone w tym postępowaniu. W szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga aby ta robota budowlana, oprócz określonej wartości, obejmowała określone instalacje, określoną kubaturę, minimalną ilość kondygnacji nadziemnych także określenie, iż ma być wyposażona w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób.

Skoro specyficznymi wymogami postawionymi przez Zamawiającego w tym warunku udziału jest taka konkretna konfiguracja elementów i parametrów, jasno z tego wynika, że np. budowa stadionu lub trybuny stadionu może je wszystkie łącznie spełnić co do:

wartości robót,

określonych rodzajowo instalacji,

określonej kubatury,

minimalnej ilości kondygnacji nadziemnych (tu minimum dwie)

wyposażona w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób.

Wykonawca, który legitymuje się realizacją takiej roboty budowlanej/inwestycji ma odpowiednie i adekwatne doświadczenie do realizacji przedmiotu niniejszego postępowania. Jednak Zamawiający w nieuprawniony sposób ograniczył dostęp do tego zamówienia wykonawcom, którzy takie doświadczenie posiadają, zawężając krąg wykonawców poprzez wymóg aby robota budowlana obejmowała wyłącznie budowę budynku użyteczności publicznej. Stadion lub trybuna stadionu jest natomiast budowlą sportową zawartą w definicji budowli z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Skoro łącznie mają być spełnione wszystkie parametry, to już z tego powodu wiadome jest, że parametru minimalnej ilości kondygnacji nadziemnych (tu minimum dwie) i jednocześnie wyposażenia w stałe trybuny o konstrukcji żelbetowej w układzie widowiskowym dla co najmniej 1500 osób powierzchni, nie spełnią wszystkie budynki użyteczności publicznej oraz, co istotne, także nie spełniają wszystkie budowle rodzajowo wymienione w definicji budowli zawartej w art. 3 pkt 3) z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Zatem, uzupełnienie warunku poprzez wskazanie „budowy **budowli lub** budynku użyteczności publicznej”, nie spowoduje możliwości składania ofert przez wykonawców mających doświadczenie w realizacji wszelkich budowli wymienionych w definicji budowli z Prawa budowlanego, co z oczywistych powodów nie byłoby adekwatne do celu Zamawiającego.

Odwołujący zwraca uwagę, że postawienie warunku wyłącznie jako „budynek” w sposób nieuzasadniony eliminuje wykonawców, którzy budowali np. zadaszone areny sportowe lub stadiony. Obiekty te w Prawie budowlanym mogą być kwalifikowane jako



„budowle”, a spełniają dokładnie te same funkcje i wymagania techniczne (trybuny, instalacje, kubatura), co budynki użyteczności publicznej.

Odwołujący podkreśla, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Skoro kluczowe parametry obiektu (wartość min. 50 mln zł, instalacje, kubatura 25 000 m<sup>3</sup>, trybuny dla 1500 osób) zostają zachowane, to kwalifikacja obiektu jako „budowla” czy „budynek” nie wpływa na zdolność techniczną wykonawcy do realizacji zadania.

Odwołujący wskazuje także na specyfikę obiektów sportowych i widowiskowych - wiele obiektów widowiskowych (np. stadiony, amfiteatry) zgodnie z polskim Prawem budowlanym (art. 3 pkt 3) jest definiowanych jako „budowle”, a nie „budynki” (art. 3 pkt 2).

**Odmowa uznania takiego doświadczenia sztucznie ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia mogących wziąć udział w tym postępowaniu.**

**Automatyczne odrzucanie doświadczenia z budowli na rzecz budynków użyteczności publicznej przy tożsamym stopniu skomplikowania robót stanowi rażące naruszenie zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji.**

Odwołujący przedkłada w załączeniu tabelaryczne Zestawienie porównawcze doświadczenia nabytego przy realizacji budynku użyteczności publicznej oraz stadionu (trybuny, strefy podtrybunowe) obejmujące porównanie wszystkich parametrów zadania wymaganych przez Zamawiającego w przedmiotowym warunku.

**Dowód:** Zestawienie porównawcze doświadczenia nabytego przy realizacji budynku użyteczności publicznej oraz stadionu (trybuny, strefy podtrybunowe) na okoliczność potwierdzenia porównywalności zadań, przeznaczenia oraz stopnia skomplikowania robót dla realizacji budowli i budynku użyteczności publicznej o parametrach wymaganych w warunku (Dowód nr 1).

Zamawiający nie powinien tracić z pola widzenia celu, dla którego stawia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Celem stawiania warunku doświadczenia jest wykazanie, że wykonawca zrealizował obiekt o podobnej specyfice i złożoności technicznej. Doświadczenie w budowie i wyposażeniu zadaszonych trybun żelbetowych oraz instalacji jest tożsame z budynkiem użyteczności publicznej posiadającym parametry wskazane w warunku SWZ. Jak wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza: „Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym (tak też: KIO w wyroku z dnia 25 maja 2020 r., KIO 457/20).”

Odwołujący wskazuje poniżej na formalno-prawną niespójność między definicjami Prawa budowlanego a realnymi kompetencjami technicznymi, które wynikają z aktualnego brzmienia przedmiotowego warunku:

## **1. Sztuczne ograniczenie rynku przez formalizm definicyjny**

Zamawiający, ograniczając warunek wyłącznie do „budynku użyteczności publicznej”, dokonał nieuzasadnionego zwężenia kręgu wykonawców w oparciu o czysto formalną definicję z §3 pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Taki zapis automatycznie eliminuje wykonawców, którzy zrealizowali spektakularne, skomplikowane inżynierijskie i kosztowne obiekty widowiskowo-sportowe (np. stadiony piłkarskie, lekkoatletyczne czy duże amfiteatry), które w świetle art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego wprost kwalifikowane są jako budowle.

## **2. Identyczność ryzyk i kompetencji inżynierskich**

Z punktu widzenia zdolności technicznej i zawodowej, budowa np. stadionu (budowli) z trybunami żelbetowymi na 1500 osób, zaawansowanymi instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i niskoprądowymi (systemy nagłośnienia, monitoringu, teletechniki stadionowej) wymaga identycznego, a często nawet wyższego potencjału wykonawczego niż budowa klasycznego budynku użyteczności publicznej. Wykonawca budujący stadion mierzy się z:

- identycznymi procesami technologicznymi w zakresie wznoszenia konstrukcji żelbetowych (trybuny, strefy podtrybunowe),
- koordynacją skomplikowanych branż instalacyjnych w układzie widowiskowym,
- zarządzaniem logistyką i bezpieczeństwem obiektu masowego.

## **3. Naruszenie celu weryfikacji podmiotowej**

Weryfikacja podmiotowa nie może służyć testowaniu znajomości klasyfikacji obiektów budowlanych, lecz ma potwierdzić, czy wykonawca „daje rękojmię należytego wykonania zamówienia”. Skoro wykonawca wznosił obiekt o kubaturze min. 25 000 m<sup>3</sup>, wartości ponad 50 mln zł i z trybunami żelbetowymi dla 1500 osób, to cel ten został w pełni osiągnięty. **Kryterium „budynku użyteczności publicznej” staje się tu barierą o charakterze wyłącznie dyskryminacyjnym, niemającą żadnego uzasadnienia merytorycznego.**

Aktualne brzmienie warunku w Rozdziale 6 pkt 6.1.4 ppkt 1) SWZ, jasno wskazuje na sformułowanie przez Zamawiającego tegoż warunku jako mającego na celu ograniczenie dostępu do zamówienia, nie zaś wybór wykonawcy spośród wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie do realizacji takiego obiektu.

Przy konstruowaniu tych warunków Zamawiający nie zachował koniecznej równowagi między interesem Zamawiającego a interesem wykonawców eliminowanych przez wymagania nadmierne i ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

Odwołujący nie ma wątpliwości, że w tym postępowaniu Zamawiający nie udźwignął ciężaru spoczywających na nim obowiązków i naruszył wskazane na wstępie przepisy PZP, czym doprowadził do określenia warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy jako nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające dostęp do zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że warunek nie może być nadmierny, czyli w konsekwencji eliminować wykonawców z postępowania.

Takie stanowisko potwierdzała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza:

- 1) „Treść warunków udziału w postępowaniu powinna zatem korespondować z ww. przedmiotem zamówienia, tak by Zamawiający był pewny, że zostanie on należycie zrealizowany. Z drugiej jednak strony interes Zamawiającego nie powinien być bezwzględnie stawiany na pierwszym miejscu. Przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu należy dążyć do równowagi pomiędzy zapewnieniem gwarancji należytego wykonania zamówienia, a dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy będą zdolni do jego wykonania. 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. Zamawiający powinien więc za każdym razem dążyć do takiego opisanie warunków, by udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba pragnie przy tym podkreślić, zgadzając się z Odwołującym, że **sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia**. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu.”
- 2) "Proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia, z jednej strony, uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś - umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. **Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia**. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie" (zob. uchw. KIO z 3.6.2015 r., KIO/KD 30/15, Legalis).

- 3) "Z przepisów art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 PrZamPubl wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określone w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. **Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia.** Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, **w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie**" (wyr. KIO z 15.2.2022 r., sygn. akt KIO 261/22).
- 4) "Rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony - na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. **Przy czym "niezbędność" należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia.** Ocena, co jest niezbędne, musi być oczywiście dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. **Nie wystarczy jednak opisać warunków udziału w postępowaniu na poziomie podobnym do cech samego zamówienia (np. pod względem wartości, wielkości, posiadanych parametrów), ale konieczne jest zastanowienie, bez spełnienia których konkretnych wymogów i dlatego, wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia.** Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś - należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości" (wyrok KIO z 18.4.2018 r. sygn. akt KIO 630/18).

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje na stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku z 24.11.2016 r. (II GSK 1127/15, Legalis): "Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

Zamawiający może ustalać określone standardy, jeśli tylko nie ograniczają one uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę."

Odwołujący podkreśla, że **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 zbieżne z przedmiotem zamówienia w zakresie elementów niemających znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia.**

Zestawiając ustawę Pzp z generalną zasadą proporcjonalności w przetargach publicznych, wobec której zamawiający winien wyważyć proporcje pomiędzy koniecznością zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu, należy uznać, że Zamawiający nie wywiązał się z przedmiotowego obowiązku. W tym przede wszystkim zastosował środki niewspółmierne, celem określenia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący pozostaje na stanowisku, że wykazanie się doświadczeniem wykonawcy zgodnie ze zmienionymi warunkami zaproponowanymi na wstępie wraz z pozostałymi warunkami określonymi w SWZ jest w pełni wystarczające do potwierdzenia, że wykonawca jest zdolny do potencjalnej realizacji zamówienia otrzymanego w postępowaniu (i gwarantuje dostateczny poziom związania z przedmiotem zamówienia).

Wobec powyższego, postanowienie SWZ dot. warunków udziału w postępowaniu, będące przedmiotem niniejszego odwołania jednoznacznie narusza wskazane przepisy PZP, a postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ponadto godzi w naczelną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a Zamawiający winien dokonać jego zmiany zgodnie z żądaniami Odwołującego uwzględnionymi w petitum.

Nieuprawnione działanie Zamawiającego ma bezpośredni wpływ na ograniczenie dostępu do zamówienia, co oznacza naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i nie zapewniają uczciwej konkurencji (art. 16 ustawy).

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Tym samym, zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę zasadności pozostałych zarzutów odwołania.

Zmiana ww warunków udziału w postępowaniu w sposób zaproponowany na wstępie wypełni wytyczne ustawy o możliwości postawienia minimalnych warunków w zakresie doświadczenia, a warunki będą adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i nie będą ograniczały dostępu do zamówienia takim wykonawcom.

Odwołujący wnosi zatem o dokonanie modyfikacji treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób określony na wstępie niniejszego odwołania.

Reasumując, ustalając treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy, gdyż przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego traktowania wykonawców.

W tym stanie sprawy wnioski postawione na wstępie są konieczne i w pełni uzasadnione.

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem wpłaty opłaty skarbowej,
- odpis KRS Odwołującego,
- potwierdzenie wpłaty wpisu od odwołania,
- potwierdzenie doręczenia odwołania Zamawiającemu,
- Dowód nr 1.