

**Sygn. akt: KIO 64/22**  
**KIO 74/22**

**WYROK**  
**z dnia 28 stycznia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 24 stycznia 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- A. 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., Sękocin Nowy** (KIO 64/22);
- B. 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A., z siedzibą w Skierniewicach** (KIO 74/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 64/22 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **MIRBUD S.A., z siedzibą w Skierniewicach,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 64/22 po stronie odwołującego,
- C. Wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 74/22 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 64/22 w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp dotyczącego punktu 2.14, 2.15, 2.17, 2.41 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 64/22 i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany opisu wymagań urządzeń wskazanych w pkt 2.1, 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.6., 2.7., 2.9., 2.12 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady poprzez wykreślenie/zmianę parametrów wskazujących na jednego producenta urządzeń.
3. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 74/22.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 64/22 obciąża zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa** i:
  - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., Sękocin Nowy** tytułem wpisu od odwołania.
  - 4.2 zasądza od zamawiającego **Miasta Stołecznego Warszawy** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Specjalistycznego TEATR M. G., Sękocin Nowy** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 74/22 obciąża wykonawcę **Mirbud S.A., z siedzibą w Skierniewicach** i:
  - 5.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mirbud S.A., z siedzibą w Skierniewicach** tytułem wpisu od odwołania.
  - 5.2 zasądza od wykonawcy **Mirbud S.A., z siedzibą w Skierniewicach** na rzecz **zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 64/22**

**KIO 74/22**

## **UZASADNIENIE**

**Sygn. akt: KIO 64/22**

W dniu 10 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w postępowaniu na Modernizacja Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi do jej funkcjonowania" ("Postępowanie") wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. (dalej „Odwołujący 1”) zarzucając zamawiającemu Miastu St. Warszawa (dalej „Zamawiający) naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w szczególności poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty konkretnego producenta, doprowadzając przy tym do wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego 1 i jego produktów, co prowadzi do zachwiania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący 1 wskazał, że przedmiotem Postępowania jest wykonanie robót budowlanych dotyczących modernizacji Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie i w pomieszczeniach niezbędnych dla jej funkcjonowania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 7 do SWZ. W ocenie Odwołującego, analiza ww. dokumentów postępowania, a w szczególności dokumentu „Sala Kongresowa PKiN — Oświetlenie Estrady — Specyfikacja Wykonania i Odbioru Robót” (dalej „STWIOR”) pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający rażąco naruszył podstawowe zasady przyświecające prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązania techniczne, które charakteryzują produkty konkretnego producenta (dla większości urządzeń oświetleniowych jest to firma MARTIN należąca do koncernu HARMAN), przez co

uniemożliwił Odwołującemu 1 złożenie oferty. Poszczególne urządzenia zostały opisane w taki sposób, że Odwołujący 1 - będąc czołowym dostawcą technologii scenicznych i oświetlenia - nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty, pomimo tego, że oferowane przez niego urządzenia zapewniają osiągnięcie zakładanej przez Zamawiającego, funkcjonalności, wydajności i jakości. W ramach swojej działalności Odwołujący zaprojektował i przebudował wiele scen polskich teatrów, obiektów kultury i sal koncertowych, dostarczając i montując m.in. urządzenia oświetlenia technologicznego sceny, zapadnie sceniczne, sztankiety, mosty oświetleniowe, urządzenia elektroakustyczne, czy urządzenia napędowe sceny. Pomimo bogatego doświadczenia i posiadania stosownych uprawnień, wiedzy oraz dysponując odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym, Odwołujący 1 nie może złożyć ważnej i konkurencyjnej oferty w niniejszym Postępowaniu.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie modyfikacji SWZ i opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu spornych kwestii.

Odwołujący 1 podniósł następujące szczegółowe zarzuty dotyczące parametrów urządzeń wyspecyfikowanych w STWIOR, punkcie 2.1 „Specyfikacja Techniczna Urządzeń”:

Tab. 2.1 Specyfikacja techniczna — Automatyczna ruchoma głowa profile typu LED; 1500W; 8-531 dostawa, montaż uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin Mac Ultra Performance. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.1 . Specyfikacji Technicznej. W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący oczekuje zmiany parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu. Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Tab. 2.1 Specyfikacja techniczna - Automatyczna ruchoma głowa profile typu LED; 1500W; 8-53;

dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	40 kpl.
Źródło światła	Moc modułu LED min 1050W; min. 20000h
Temperatura barwowa	Temperatura barwowa źródła (stała) w przedziale 6000-7000K
Strumień świetlny	Min. 400001m
Kąt świecenia	Zakres zoom 8-52 stopnie
	Regulacja temp. barwowej w zakresie 3000-6000K
	W sumie 10 gobo rotacyjnych
	Tarcza 6 kolorów
	Wirtualna lub fizyczna tarcza animacji
Wyposażenie	System noży profilowych
	Soczewka z efektem pryzmatu
Pobór mocy	Maks. 1500W
Masa maksymalna	47 kg

Tab. 2.2 Specyfikacja techniczna — Automatyczna ruchoma głowa profile typu LED; 460W; 15-46; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1, zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin Encore LCD. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.2. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wnosi o zmianę parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu i o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	24 kpi.

Źródło światła	Moduł białego światła LED o mocy co najmniej 420W; deklarowana żywotność modułu dla jasności powyżej 70% - min. 50000h
Temperatura barwowa	Stała - natywna temperatura barwowa nie większa niż 7000K
CRI	Jakość odwzorowania barw CRI co najmniej 80
Kąt świecenia	Zoom o zakresie od co najmniej 15 stopni do co najmniej 43 stopni
Funkcje	Zakres ruchu PAN co najmniej 540 stopni, TILT co najmniej 240 stopni
	System mieszania kolorów CMY, tarcza kolorów bezpośrednich zawierająca co najmniej 6 wymiennych filtrów + otwarcie, Płynna regulacja temperatury barwowej
	Tarcza co najmniej 5 wymiennych rotacyjnych przesłon gobo z systemem gobo shake
	Wirtualna lub fizyczna tarcza animacyjna
	System kadrowania oparty na 4 niezależnych przesłonach o możliwości indywidualnych zmian kątów oraz wsłone o obrocie zespołu
	Dimmer oraz frost regulowany płynnie w zakresie 0-100%.
	Zdalnie sterowana ostrość z systemem śledzenia - autofocus.
Wyposażenie	Haki do podwieszenia do rury 50 mm
	Linka zabezpieczająca
	Przewód zasilający unishuko
Wymiary maksymalne	660mm x 600mm x 840mm
Masa maksymalna	44 kg

### 3. Tab. 2.3 Specyfikacja techniczna — Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1500W; 13-45; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie MAC Ultra Wash. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.3. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o dokonanie zmiany parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu poprzez zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Tab. 2.3 Specyfikacja techniczna - Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1500W; 13-45; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	16 kpi.
Źródło światła	Moc modułu LED min. 950W; żywotność gwarantowana 20000h
Temperatura barwowa	Temperatura barwowa źródła (stała) w przedziale 6000-6800K
Strumień świetlny	Min. 40000lm
Kąt świecenia	Zakres zoom 13-45 stopni
Funkcje	Regulacja temp. barwowej w zakresie 2850-6000K
	System zmiany barw CMY
	Tarcza temperatury barwowej
	Tarcza 6 kolorów
	Średnica soczewki min 180mm
	Filtr frost
	Przesłona Irys
	Dodatkowe uchwyty - na ramionach oprawy, umożliwiające przenoszenie w pozycji pionowej, bez konieczności odwracania
Pobór mocy	Maks. 1500W
Masa maksymalna	40kg

Tab. 2.4 Specyfikacja techniczna — Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1000W; 7-58; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie MAC Aura PXL. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.4. Specyfikacji Technicznej. W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wnosi o zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Tab. 2.4 Specyfikacja techniczna - Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1000W; 7-58; dostawa, montaż, uruchomienie



Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	32 kpi.
Źródło światła	Moc źródeł światła min 19 x 40W RGBW; żywotność gwarantowana 50000h
Strumień świetlny	Min. 105001m
Kąt świecenia	Zakres zoom 7-58 stopni - 8:1 lub szerszy
Protokoły sterujące	Protokoły sterowania urządzeniem i efektami: DMX, RDM, Art-Net, sACN
Złącza	In/out RJ45 dla sygnału sterującego
Funkcje	Sterowanie temperaturą barwową źródła w zakresie 2800* 8000K
Pobór mocy	Maks. 1000W
Masa maksymalna	16kg

Tab. 2.5 Specyfikacja techniczna — Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 850W; 12-52; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w/w punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin MAC Quantum Wash - discounted. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.5. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o dopuszczenie parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu poprzez zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Tab. 2.5 Specyfikacja techniczna - Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 850W; 12-52; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	24 kpi.
Źródło światła	50 diod LED RGBW; min. moc diody 15W; lub 19 x 40W deklarowana przez producenta żywotności źródła 50000h.

Strumień Świetlny	nie mniejszy niż 10 200 lumenów
Kąt świecenia	Zoom w zakresie nie mniejszym niż 11-50
Dodatkowe Efekty	Efekty pierścienia kolorów: dodatkowe 36 LED lub obracana tarcza soczewki z efektem kalejdoskopu wraz z dodatkowym oświetleniem zewnętrznym rigu -LED
Protokoły sterujące	Obsługa DMX/RDM
Funkcje	Regulacja temperatury barwowej w zakresie 2500-8000K (zdefiniowanej w urządzeniu)
Wyposażenie	Haki do podwieszenia do rury 50mm

	Linka zabezpieczająca
	Przewód zasilający unishuko
Masa maksymalna	29kg

Tab. 2.6 Specyfikacja techniczna — Reflektor profilowy typu LED; 300W; 5; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin ELP WMI. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.6. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący wniósł o zmianę opisu parametrów, w celu dopuszczenia urządzeń więcej niż jednego producenta i typu poprzez dokonanie zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Tab. 2.6 Specyfikacja techniczna - Reflektor profilowy typu LED; 300W; 5; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	32 kpi.
Źródło światła	Co najmniej 60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	30001<-3200K
Strumień świetlny	Min. 96701m

CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka 5 stopni
średnie natężenie oświetlenia	9m@z optyką 25 stopni - 700 luksów lub 10m@z optyką 5stopni - 7620 luksów
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM
Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania
	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.7 Specyfikacja Techniczna – Reflektor profilowy typu LED; 300W; 10; dostawa, montaż, uruchomienie.

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin ELP WMI. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.6. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o zmianę opisu parametrów, w celu dopuszczenia urządzeń więcej niż jednego producenta i typu poprzez dokonanie zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	30 kpl.
Źródło światła	Co najmniej 60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	Typu tungsten 3000K – 3200K
Strumień świetlny	Min. 9670lm
CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka 10 stopni
Średnie natężenie oświetlenia	9m@ z optyką 25 stopni – 700 luksów lub 10m@zoptyką 5 stopni – 7620 luksów
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM
Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania

	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.9 Specyfikacja techniczna — Reflektor profilowy typu LED; 300W; 15-30; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin ELP WW. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.9. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o zmianę opisu parametrów w celu dopuszczenia więcej niż jednego producenta i typu poprzez zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

**Tab. 2.9 Specyfikacja techniczna - Reflektor profilowy typu LED; 300W; 15-30; dostawa, montaż, uruchomienie**

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	60 kpi.
Źródło światła	Co najmniej 60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	3000K-3200K
Strumień świetlny	Min. 96701m
CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka 15-30 stopni
Średnie natężenie oświetlenia	9m@z optyką 25 stopni - 700 luksów lub 1 Om@z optyką 5stopni - 7620 luksów
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM
Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania
	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.12 Specyfikacja techniczna — Naświetlacz typu LED; 540W; 7-58; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Luxibell B P9Z. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.12. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o zmianę opisu parametrów w celu dopuszczenia więcej niż jednego producenta i typu poprzez zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	32 kpl.
Źródło światła	36 x 15W RGBW
Kąt świecenia	Zakres Zoom 7-58 , dopuszcza się zmianę kąta przez stałe dyfuzory o kątach, 20° 40° 100°, 60x10°, 10x60°,
Średnie natężenie oświetlenia	Jasność 4280 lux z 6 m @7° dla stałych dyfuzorów 6803lux@6M13,5° - 14°
Protokoły sterujące	Sterowanie DMX+RDM
Funkcje	Możliwość generowania efektów poprzez sterowanie 4 sekcjami na matrycy urządzenia
Obudowa	Obudowa IP 65
Masa maksymalna	Waga 19 kg

Tab. 2.14 Specyfikacja techniczna — Stroboskop typu LED; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin Atomic 3000 LED. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.14. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wniósł o zmianę opisu parametrów w celu dopuszczenia więcej niż jednego producenta i typu poprzez zmianę opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	8 kpl.
Źródło światła	żywoćność gwarantowana źródeł 30000h
Strumień świetlny	180000 lumenów , nie mniej niż 16741x@3m
Protokoły sterujące	Sterowanie DMX+ RDM
Funkcje	Efekt stroboskopu + zmiana kolorów RGB
Masa maksymalna	Waga 14 kg

Tab. 2.15 Specyfikacja techniczna — Reflektor prowadzący typu LED; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. Rj ARTHUR. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.15. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący oczekuje zmiany parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu. Dlatego Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	4 kpl.
źródło światła	Źródło światła LED mocy min. 450W
Temperatura barwowa	Maks. 76001<
Strumień świetlny	Strumień źródła min. 42000lm lub strumień światła nie mniej niż 2640Lux@22m@7°
CRI	Min. 83
Kąt świecenia	Optyka zoom z kątami od nie więcej niż 7° do minimum 13°
Złącza	Min. 2x XLR 5-pin
Funkcje	Niezależna kontrola ostrości
	Zintegrowane dimmerowanie elektroniczne źródłem światła w zakresie 0-100%
	Umieszona w wymiennej kasecie przysłona irys

	Zintegrowany potencjometr regulacji jasności
	Mechaniczny zmieniacz 6 kolorów
	Dedykowany ergonomiczny uchwyt tylny do prowadzenia
	Poziom głośności maks. 37dB(A)
Wyposażenie	Dedykowany statyw trójnożny
Masa maksymalna	69kg

12. Tab. 2.17 Specyfikacja techniczna — Wytwornica ciężkiego dymu; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden model produktu dostępny na rynku, jak i na jednego producenta tj. urządzenie Martin Glaciator. Urządzenie to pochodzi od jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.17. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wskazał, że oczekuje zmiany parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu. Dlatego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	1 kpl.
Sterowanie	DMX
Wydajność	Min. 43m <sup>2</sup> dymu/min
Zużycie płynu	Nie więcej niż 90 ml przy max mocy/ min
Funkcje	Maszyna ze względu na gabaryty wyposażona w kółka i uchwyty transportowe
	Dopuszczalne rozwiązania bazujące na suchym lodzie, lodzie czy cieczy chłodzącej dostarczanej do urządzenia

Tab. 2.41 Specyfikacja techniczna — Konsoleta oświetleniowa; dostawa, montaż, uruchomienie

W ocenie Odwołującego 1 zestawienie parametrów wyspecyfikowanego w ww. punkcie urządzenia wskazuje wyłącznie na jeden produkt tj. GRAND MA. Urządzenie to pochodzi od

jednego polskiego dystrybutora uniemożliwiając swobodną konkurencję. Inne pozostałe urządzenia, które mają porównywalne możliwości nie spełniają tak skonstruowanej, sztucznej mozaiki parametrów technicznych. Tylko jedno urządzenie odpowiada wszystkim parametrom technicznym zawartych w Tab. 2.41. Specyfikacji Technicznej.

W celu dopuszczenia swobodnej konkurencji Odwołujący 1 wskazał, że oczekuje zmiany parametrów, które będą spełniały wymagania techniczne więcej niż jednego producenta i typu. Dlatego Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu ww. urządzenia i nadanie mu następującego brzmienia, zgodnie z poniższą tabelą:

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	2 kpi.
Ekran dotykowy	Min.2 wbudowane panoramiczne monitory wielodotykowe min. 15" z mechaniczną z regulacją kąta nachylenia ekranów
	Min. 3 wbudowane niskoprofilowe ekrany z technologią wielodotykową min. 14", dedykowane dla kół wyboru parametrów i playbacków lub 3 zewnętrzne dotykowe monitory o przekątnych nie mniej niż 22"
Złącza	Min. 4 niezależnych wyjść sygnału DMX512-A (wbudowane)
	Obsługa protokołu RDM (Remote Device Managment) na wszystkich złączach DMX512-A
	Min. 1 wbudowane gniazdo sygnału wejściowego DMX512-A lub możliwość dowolnej programowej konfiguracji gniazd wyjściowych na wejściowe
	Min. 6 wbudowanych złącz USB w tym min. 2x USB 30
Funkcje	Możliwość podłączenia min. 2 monitorów zewnętrznych. Obsługa rozdzielczości min. HD 1080.
	Wbudowane 3 porty ethernet RJ45

	Wbudowane makra.
	Możliwość tworzenia własnych widoków (określania jakie informacje i w jakiej proporcji zostaną wyświetlone na ekranie) oraz możliwość ich zapamiętywania i przełączania.
	Min. 2 lampki oświetlenia konsoly



	Podświetlane klawisze.
	Wbudowany zasilacz awaryjny UPS (uninterruptible power supply) umożliwiający bezpieczne zamknięcie systemu w przypadku braku zasilania
	Główny zmieniacz z przyciskami Go Dwa zmotoryzowane suwaki o długości min. 100mm.
	Min. 15 kontrolerów (każdy kontroler wyposażony w co najmniej zmotoryzowany suwak i przycisk) umożliwiających odtwarzanie kolejek pamięci oraz pracę na wielu stronach jednocześnie
	Suma wszystkich playbacków nie mniej niż 42

	Dedykowany suwak sumy generalnej z przyciskiem pełnego wyciemnienia lub pokrętko sumy generalnej z przyciskiem pełnego wyciemnienia
	Wbudowane klasyczne pionowe koło do edycji jasności kanałów i urządzeń
	min. 4 podświetlane koła wyboru parametrów dla kanałów, urządzeń inteligentnych.
	dostarczony z klawiaturą numeryczną
	Indywidualnie podświetlane klawisze edycji, kontrolerów, klawiatury alfanumerycznej.
	Programowanie scen świetlnych w systemie tracking (śledzenie) i klasycznie
	Możliwość cofnięcia min. 4 ostatnio wykonanych operacji
	Graficzny wybór parametrów np. gobo i kolorów
	Wybór koloru dla urządzeń automatycznych poprzez przybornik kolorów uwzględniający mieszanie RGB, CMY
	Programowanie pozycji dla ruchomych głów w systemie PAN/TILT
	Wbudowana trójwymiarowa wizualizacja wszystkich podstawowych funkcji reflektorów i ruchomych głów jak np. , jasność, zoom, kolor, gobo, ruch, pryzmat.
	Wbudowany generator efektów z co najmniej 20 krokami dla każdego efektu z możliwością ich tworzenia dla każdego parametru urządzenia, kanału oraz ich edycji. Zapis efektu jako preset oraz scena świetlna.

	Możliwość tworzenia efektów na podstawie presetów ze śledzeniem zmian w presetach.
	Możliwość tworzenia własnych krzywych w edytorze efektów.
	Możliwość wpisania indywidualnego czasu wejścia i opóźnienia dla każdego kanału, parametru w dowolnej scenie świetlnej.
	Możliwość wpisania indywidualnego czasu wejścia i opóźnienia dla efektów w każdej scenie świetlnej.
	Wbudowana baza bibliotek dla urządzeń oświetleniowych, możliwość jej aktualizacji oraz tworzenia samodzielnie plików opisowych w konsolcie. Obsługa standardu GDTF (General Device File Format) dla bibliotek urządzeń oświetleniowych.
	Możliwość synchronizacji z kodami czasowymi w standardach SMPTE (LTC), oraz MIDI (obydwa wejścia wbudowane).
	Praca w trybie Multi-User (wielu niezależnych użytkowników) który pozwala na jednoczesną pracę nad tym samym spektaklem z wykorzystaniem kilku konsol w czasie rzeczywistym,
	Możliwość mapowania wchodzącego kanału DMX do dowolnego przycisku, suwaka kontrolera.
	Możliwość mapowania wchodzącego kanału DMX do kanału w edytorze.
	Wbudowany dysk SSD (flash disk) o minimalnej pojemności 120 GB do archiwizacji danych (nie dopuszczalne są rozwiązania z dyskiem typu HDD).
	Możliwość rozbudowy o zdalne sterowanie bezprzewodowe za pomocą komputera, tabletu, telefonu posiadającego przeglądarkę internetową bez konieczności instalowania dedykowanej aplikacji na konsolcie. Możliwość jednoczesnego podłączenia minimum 2 niezależnych paneli zdalnego sterowania.
	Możliwość rozbudowy o dedykowaną dodatkową sekcję zmotoryzowanych kontrolerów.
	Off-line edytor konsoly dla komputerów posiadający te same możliwości programowe co oferowana konsola wraz z opcją przenoszenia spektakli pomiędzy konsolą i off-line edytorem. Praca jako backup i niezależne stanowisko operatora w połączeniu z oferowaną konsolą i konwerterem/procesorem przez sieć.
	Możliwość dołączenia dodatkowej, bliźniaczej konsoly przez sieć Ethernet i jej pracy jako backup.
	Wbudowany odtwarzacz dźwięków.

Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl natomiast art. 99 ust. 4 PZP Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Są to wymagania, które

zasadniczo nie zmieniły się wraz z wejściem w życie nowej ustawy Pzp. Ustawodawca utrzymał naczelną zasadę odnoszącą się do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził także przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Oznacza to, że specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie) skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego 1 w tym względzie nadal aktualne pozostaje orzecznictwo wypracowane na bazie art. 29 uchylonej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w którym utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). W uchwale z dnia 31 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 58/16 Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że „Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.” (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 48/16). W ocenie Odwołującego 1 Zamawiający powinien umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów

wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. Podobne przepisy zawarte były także w dotychczasowej ustawie, tyle że w części dotyczącej kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego 1, mając na uwadze postawione zarzuty odwołania stwierdzić należy, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w niniejszym Postępowaniu naruszył ww. standardy. Jak widać, tendencyjne opisanie przedmiotu zamówienia, bez uwzględniania różnorodności rozwiązań na rynku, stanowi zaprzeczenie zasady, aby cechy produktów były proporcjonalne m.in. do celu danego zamówienia. Zamawiający obowiązany jest ukształtować opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Ustawodawca w art. 16 pkt 1 Pzp utrzymał także jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Bez wątplenia również i ta zasada została naruszona przez Zamawiającego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny.

### **Sygn. akt: KIO 74/22**

W dniu 10 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy MIRBUD S.A. (dalej „Odwołujący 2”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.1 pkt 3) 1 lit. b) SWZ poprzez określenie wymagań w zakresie wykazania się: „1. w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał łącznie co najmniej: „jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej na potrzeby kultury posiadającego salę ze stałą widownią na co najmniej 500 miejsc siedzących ze stałą sceną lub estradą, wyposażoną w elementy dolnej i górnej technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne i elektroakustykę, o wartości wykonanych robót co najmniej 80.000.000,00 złotych netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach; co zostało zastrzeżone dalej poprzez doprecyzowania: „Pojęcie „budynek użyteczności publicznej w zakresie kultury” należy rozumieć budynek teatru, opery, filharmonii, sali koncertowej, sali kongresowej, sali widowiskowej z wyłączeniem: sal

sportowych, widowiskowo-sportowych, stadionów, multiplexów, kin.”, tj. w sposób, który utrudnia i narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, co równocześnie narusza zasadę proporcjonalności w obszarze ukształtowania warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów przez co Postępowanie straciło wymiar przejrzystości; (2) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.2 lit. b), c), d), e) pkt iii) SWZ, poprzez określenie wymagań w zakresie wykazania się dla: Kierownika budowy, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych: „brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.”, tj. w sposób, który utrudnia i narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, co równocześnie narusza zasadę proporcjonalności w obszarze ukształtowania warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów przez co Postępowanie straciło wymiar przejrzystości; (3) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 241 § 1 i § 2 Ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia, w tym preferujące jednego wykonawcę na skutek przyjęcia kryterium oceny ofert „K2 „DOŚWIADCZENIE PERSONELU”: „W kryterium K2 Zamawiający oceniał będzie doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji funkcji Kierownika Kontraktu i Kierownik Budowy, przyznając za każdą inwestycję potwierdzającą poniższe warunki odpowiednią ilość punktów:

- a) za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. a) SWZ dla Kierownika Kontraktu, Zamawiający przyzna 2 punkty częściowe, jednak nie więcej niż 10 punktów;

- b) za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. b) ii SWZ dla Kierownika Budowy, Zamawiający przyzna 4 punkty częściowe, jednak nie więcej niż 20 punktów;

Łącznie, maksymalna ilość punktów jak przyzna Zamawiający w tym kryterium wynosi - 30 pkt częściowych.

Ocena w ramach tego kryterium będzie dokonywana w oparciu o deklarację zawartą w ofercie i przedmiotowy środek dowodowy tj. wykaz osób na potrzeby oceny w ramach kryterium K2. Wykonawca, który nie złożył deklaracji w ofercie w tym zakresie, nie składa przedmiotowego środka dowodowego.”

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmiany treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, dokonaną zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana, stosownie wydłużył termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na sporządzenie ofert lub wprowadzenie zmian w ofertach.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 2 wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.1 pkt 3) 1 lit. b) SWZ poprzez określenie wymagań w zakresie wykazania się: „1. w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał łącznie co najmniej: „jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej na potrzeby kultury posiadającego salę ze stałą widownią na co najmniej 500 miejsc siedzących ze stałą sceną lub estradą, wyposażoną w elementy dolnej i górnej technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne i elektroakustykę, o wartości wykonanych robót co najmniej 80.000.000,00 złotych netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach; co zostało zastrzeżone dalej poprzez doprecyzowania: „Pojęcie „budynek użyteczności publicznej w zakresie kultury" należy rozumieć budynek teatru, opery, filharmonii, sali koncertowej, sali kongresowej, sali widowiskowej z wyłączeniem: sal sportowych, widowiskowo-sportowych, stadionów, multiplexów, kin.”, tj. w sposób, który

utrudnia i narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, co równocześnie narusza zasadę proporcjonalności w obszarze ukształtowania warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów przez co Postępowanie straciło wymiar przejrzystości.

W ocenie Odwołującego w/w warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia został określony nieprecyzyjnie i dodatkowo wadliwie, czym Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, więc i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

W pierwszej kolejności Odwołujący 2 zwrócił uwagę na niewytłumaczalne rozróżnienie pojęciowe, którego użył Zamawiający: „na potrzeby kultury” vs. „w zakresie kultury”, wykonawca nie wie czy to dla Zamawiającego oznacza to samo, względnie jak spełnić warunek udziału w postępowaniu, gdy Zamawiający posługuje się równocześnie dwoma różnymi pojęciami. Dodatkowo tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu w zdecydowany sposób prowadzi do ograniczenia spełnienia warunku poprzez wykazanie posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w przedmiocie budowy co najmniej jednego nowego budynku użyteczności publicznej zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) wprowadzonej do porządku prawnego Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 1316) klasa PKOB 1261 obejmującej ogólnodostępne obiekty kulturalne, to jest:

- kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.;
- sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych;
- kasyna, cyrki, teatry muzyczne, sale taneczne i dyskoteki, estrady itp.;
- budynki schronisk dla zwierząt;
- budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych

Jak powszechnie wiadomo nawet najbardziej prestiżowe koncerty, czy inne wydarzenia kulturalne (nawet wysokiej rangi) odbywają się na placach publicznych czy stadionach albo halach widowiskowo-sportowych. Z tego też prostego powodu, takie zawężenie warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nie znajduje racjonalnego uzasadnienia oraz nie jest podyktowane obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący 2 wskazał, że jest wykonawcą posiadającym bogate i wieloletnie doświadczenie, dotyczące budowy nowych budynków użyteczności publicznej, pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący 2 zrealizował bowiem wiele robót budowlanych polegających na kompleksowej budowie / przebudowie dużych obiektów użyteczności publicznej, w których zakres wchodziły roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne i wykończeniowe obejmujące instalacje elektryczne, wodno-kanalizacyjne, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, w tym w okresie ostatnich dziesięciu (10) lat kilka tego typu budów, o powierzchni min. 10.000,00 m<sup>2</sup> o wartości robót nie mniejszych niż 100.000.000,00 zł. Brak jest więc logicznych podstaw aby odmówić Odwołującemu 2 doświadczenia, które gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ramach wywiązania się z obowiązku kontradyktoryjności postępowania odwoławczego Odwołujący 2 przedstawi szereg referencji (niezależnie od tego że wiedza taka jest łatwo dostępna także dla Zamawiającego), które potwierdzają wykonanie przez Odwołującego 2 w ciągu ostatnich ośmiu lat inwestycji dotyczących budowy nowego obiektu użyteczności publicznej. Odwołujący 2 uważa, że jego nietuzinkowe doświadczenie dowodzi, iż Odwołujący 2 jest w stanie należyście i terminowo wykonać przedmiotową robotę budowlaną.

Należy zaznaczyć, że pojęcie budynku użyteczności publicznej reguluje §3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2020 r., Nr 75, poz. 690, z późn.zm.). Zgodnie z jego treścią, budynek użyteczności publicznej może być rozumiany jako budynek przeznaczony na potrzeby: administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Ponadto, budynkiem użyteczności publicznej może być budynek biurowy lub socjalny. W praktyce oznacza to, że zaliczając dany budynek do kategorii użyteczności publicznej, należy wziąć pod uwagę zaspokajanie zbiorowych i powszechnych potrzeb społecznych. Prawo budowlane oraz wspomniane wcześniej Rozporządzenie Ministra Infrastruktury określa jednolite wymogi techniczne, jakie muszą spełniać budynki użyteczności publicznej. Zasady te mają zapewnić bezpieczne i wygodne użytkowanie budynku wszystkim osobom. Przede wszystkim, budynki użyteczności publicznej muszą być dostosowane do potrzeb osób



niepełnosprawnych. Kluczowe w tej kwestii jest zapewnienie podjazdów i ramp umożliwiających dostęp do budynku osobom o różnym stopniu niepełnosprawności. Każdy budynek użyteczności publicznej musi również spełniać normy bezpieczeństwa pożarowego. W szczególności chodzi tu o konieczność poddawania takiego obiektu regularnym kontrolom straży pożarnej. Ponadto, budynek użyteczności publicznej musi spełniać normy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa przebywających w nim osób. Istotne jest zwłaszcza bezpieczeństwo konstrukcji pod kątem przemieszczania się czy odkształcania i naprężeń konstrukcji.

Wszystkie nowe budynki użyteczności publicznej, jak i te wprowadzane do obrotu (muszą posiadać tzw. certyfikat energetyczny. Określa on klasę energetyczności obiektu w skali od A do G. Certyfikat wydawany jest na 10 lat przez licencjonowanego certyfikatora energetycznego.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, iż pojęcia użyte w warunku udziału w postępowaniu nie mają definicji legalnej, np. „sala koncertowa”, a samo stwierdzenie, iż jest to „miejsce, sala, w której odbywają się koncerty byłoby tu rzeczywiście bezprzedmiotowe, ponieważ koncerty odbywają się w różnych miejscach, które w sposób oczywisty nie mają charakteru ani przeznaczenia sal koncertowych, np. klubach, halach sportowych, szkołach, pałacach, altanach parkowych, na scenach budowanych na świeżym powietrzu. Podobnie rzecz się przedstawia co do teatru, opery, filharmonii, sali koncertowej, sali kongresowej, sali widowiskowej, sal sportowych, widowiskowo - sportowych, stadionów, multiplexów, kin. Dlatego też zdaniem Odwołującego 2 nie ma podstaw do tego, aby obiekty o porównywalnym stopniu skomplikowania zostały wyłączone z warunku weryfikującego kwalifikacje wykonawcy, ani tym bardziej, aby obiekty o wyższym stopniu skomplikowania zostały pominięte, skoro doświadczenie zdobyte podczas ich realizacji gwarantuje należyłą realizację budynku będącego przedmiotem postępowania. Tym samym brak jest podstaw do zawężania kręgów potencjalnych wykonawców, tak jak uczynił to Zamawiający.

„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza

krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. (wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z dnia 7 października 2010 r. sygn. akt KIO 2053/10, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.)” „Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.: <<neutralnego>> opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.” (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1589/13, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.). „Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.” (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1314/13, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.).

W ocenie Odwołującego 2, z tych też względów prawidłowo sformułowany warunek udziału w postępowaniu powinien być ukształtowany w sposób następujący (czego domaga się Odwołujący 2): „b) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej o pojemności minimum 5000 miejsc siedzących zadaszonych o wartości robót co najmniej 80 mln netto i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach.”

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.2 lit. b), c), d), e) pkt iii) SW tj. poprzez określenie wymagań w zakresie wykazania się dla: Kierownika budowy, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych: „brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.”

W ocenie Odwołującego 2 wiedza i doświadczenie uczestnika postępowania w obsłudze budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotowego postępowania i należytego jego wykonania. Zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę rzadkość tego rodzaju budynków i które jednocześnie są salami kongresowymi (cokolwiek to znaczy), zatem brak jest podstaw do takie zawężenia. Jako absolutnie niezrozumiałe i logicznie niewytłumaczalne jest aby dany kierownik „brał udział przez co najmniej 18 miesięcy”. Przecież to nie formalna długość doświadczenia danego kierownika świadczy o gwarancji należytego sprawowania odpowiedniego nadzoru w toku modernizacji Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie. Tym bardziej jeśli spojrzeć na przedmiot zamówienia, którego celem jest ulepszenie, unowocześnienie obiektu, które podniesie jego wartość techniczną, użytkową, jak i funkcjonalną poprzez nadanie nowych cech użytkowych. Zatem to takie aspekty jeśli już to powinny być premiowane.

W ocenie Odwołującego 2 długość pełnienia funkcji o niczym nie świadczy, ani o rozmiarze inwestycji, ani stopniu skomplikowania, ani o długości realizacji inwestycji wykonywanej z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną, czy o ciągłości danych robót. Z tych też względów tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu może świadczyć o faworyzowaniu jednego wykonawcy względem innych. Odwołujący 2 powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: wyroku KIO 2683/13.

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający oczywiście może, jako gospodarz postępowania, formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania, pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności. Z kolei według art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu”. Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne. Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także - według Odwołującego 2 - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali tożsamy przedmiot zamówienia. Za poglądami z doktryny, stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada

proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Odwołujący 2 powołał się na orzeczenie KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13.

W ocenie Odwołującego 2 każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego 2 określone przez Zamawiającego ww. warunki udziału w postępowaniu w zakwestionowanym zakresie, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców. Dostrzec też trzeba, iż zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne

poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy winien być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Odwoływającego 2 nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, 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. „Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa decydowania o kształcie warunku udziału w postępowaniu, niemniej powinno się to odbywać w określonych ramach: z jednej strony, ustalony warunek powinien być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z drugiej – nie może bez uzasadnienia ograniczać uczciwej konkurencji. Niewątpliwie warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ (w ogłoszeniu w pkt. III.1.3 „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Zamawiający jedynie odesłał do SIWZ). Nie oznacza to, że Zamawiający tak powinien sformułować warunek, aby mógł go spełnić każdy wykonawca, ale powinien uczynić to tak, aby spełniał go wykonawca, który rzeczywiście jest zdolny do wykonania zamówienia; Zamawiający nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji” (tak KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2112/16, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp).

Odwoływający 2 wskazał, że co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SWZ, jaką wiedzą i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien określać 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. Również Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując wykładni przedmiotowej normy podkreśla, że „opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia” (wyrok z dnia 21 lipca 2015 r.,

sygn. akt KIO 1431/15, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej Ustawy Pzp). Tak też w wyroku KIO z dnia 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Dlatego też w celu wyeliminowania owej dyskryminacji, Odwołujący 2 wskazał, że domaga się wykreślenia wskazanych warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 241 § 1 i § 2 Ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia, w tym preferujące jednego wykonawcę na skutek przyjęcia kryterium oceny ofert „K2 „DOŚWIADCZENIE PERSONELU”:

„W kryterium K2 Zamawiający oceniał będzie doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji funkcji Kierownika Kontraktu i Kierownik Budowy, przyznając za każdą inwestycję potwierdzającą poniższe warunki odpowiednią ilość punktów:

- c) za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. a) SWZ dla Kierownika Kontraktu, Zamawiający przyzna 2 punkty częściowe, jednak nie więcej niż 10 punktów;
- d) za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. b) ii SWZ dla Kierownika Budowy, Zamawiający przyzna 4 punkty częściowe, jednak nie więcej niż 20 punktów;

Łącznie, maksymalna ilość punktów jak przyzna Zamawiający w tym kryterium wynosi - 30 pkt częściowych. Ocena w ramach tego kryterium będzie dokonywana w oparciu o deklarację zawartą w ofercie i przedmiotowy środek dowodowy tj. wykaz osób na potrzeby oceny w ramach kryterium K2. Wykonawca, który nie złożył deklaracji w ofercie w tym zakresie, nie składa przedmiotowego środka dowodowego.”

Zdaniem Odwołującego 2 już samo oczekiwanie Zamawiającego aby przyznawanie punktów i to w dodatku na poziomie 30 % odbywało się na podstawie gołosłownej deklaracji wykonawcy, zdaniem Odwołującego dyskwalifikuje to kryterium. Zdaniem Odwołującego

przedmiotowe kryterium zostało wykreowane dla jednego podmiotu, który potencjalnie może dysponować osobami z takim doświadczeniem.

Zdaniem Odwołującego 2 absolutnie poprawnym byłoby ukształtowanie przedmiotowego kryterium w następujący sposób: „Kierownik kontraktu: W kryterium K2 Zamawiający oceniał będzie doświadczenie osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji funkcji Kierownika Kontraktu i Kierownik Budowy, przyznając za każdą inwestycję potwierdzającą poniższe warunki odpowiednią ilość punktów: za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. a) SWZ dla Kierownika Kontraktu, Zamawiający przyzna 5 punktów częściowych, jednak nie więcej niż 10 punktów.

Kierownik budowy: za każdą dodatkową inwestycję, spełniającą wymagania wskazane w 12.1. pkt 3 ppkt 2 lit. b) ii SWZ dla Kierownika Budowy, Zamawiający przyzna 10 punktów częściowych, jednak nie więcej niż 20 punktów.;

Łącznie, maksymalna ilość punktów jak przyzna Zamawiający w tym kryterium wynosi - 30 pkt częściowych.

Ocena w ramach tego kryterium będzie dokonywana w oparciu wykaz osób na potrzeby oceny w ramach kryterium K2.”

Względnie Odwołujący 2 wskazał, że domaga się usunięcia przedmiotowego kryterium oceny ofert „K2 „DOŚWIADCZENIE PERSONELU” z treści SWZ oraz treść ogłoszenia i zwiększania wagi kryterium ceny do 90%.

#### Termin składania ofert:

Odwołujący 2 wskazał, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie umożliwienie wszystkim potencjalnym wykonawcom ponownego, kompleksowego przeanalizowania własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego warunku udziału w Postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że kwestionowane warunki udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący 2 wskazał, że zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów Ogłoszenia o zamówienia i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia

Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien być rozumieć, że również wykonawcy stosownego czasu będą potrzebować.

W związku z powyższym Odwołujący 2 wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ również poprzez stosowne wydłużenie terminu składania ofert np. o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

**Izba ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie pn.: Modernizacja Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi do jej funkcjonowania.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady – Zamawiający zawarł następujące wymagania co do zakwestionowanych przez Odwołującego 1 urządzeń:

Tab. 2.1 Specyfikacja techniczna – Automatyczna ruchoma głowa profile typu LED; 1500W; 8-53; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	40 kpl.
Źródło światła	Moc modułu LED min 1100W; min. 20000h
Temperatura barwowa	Temperatura barwowa źródła (stała) w przedziale 6000-6800K
Strumień świetlny	Min. 40000lm
Kąt świecenia	Zakres zoom 8-53 stopnie
	Regulacja temp. barwowej w zakresie 2850-6000K
	Wymiar wewnętrzny obrazu gobo min. 28mm
	10 gobo rotacyjnych
	Tarcza 6 kolorów
	Średnica soczewki 160mm
	Tarcza efektowa fizyczna (np. aluminiowa) i generowana z modułów LED
	Dodatkowe uchwyty - na ramionach oprawy, umożliwiające przenoszenie w pozycji pionowej, bez konieczności odwracania
Wyposażenie	System noży profilowych
	Soczewka z efektem pryzmatu
Pobór mocy	Maks. 1500W
Masa maksymalna	44 kg

Tab. 2.2 Specyfikacja techniczna – Automatyczna ruchoma głowa profile typu LED; 460W; 15-46; dostawa, montaż, uruchomienie



Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	24 kpl.
Źródło światła	Moduł białego światła LED o mocy co najmniej 460W; deklarowana żywotność modułu dla jasności powyżej 70% - min. 50000h
Temperatura barwowa	Stała - natywna temperatura barwowa źródła poniżej 6600K
CRI	JakośćY odwzorowania barw CRI co najmniej 80
Kąt świecenia	Zoom o zakresie od co najmniej 15 stopni do co najmniej 46 stopni
Funkcje	Zakres ruchu PAN co najmniej 540 stopni, TILT co najmniej 260 stopni
	System mieszania kolorów CMY, tarcza kolorów bezpośrednich zawierająca co najmniej 6 wymiennych filtrów + otwarcie, płynna regulacja temperatury barwowej
	Tarcza co najmniej 5 wymiennych rotacyjnych przesłon gobo z systemem gobo shake
	Tarcza animacyjna
	System kadrowania oparty na 4 niezależnych przesłonach o możliwości indywidualnej zmiany kąta oraz wspólnego obrotu zespołu
	Dimmer, irys oraz frost regulowany płynnie w zakresie 0-100%.
	Zdalnie sterowana ostrośćY z systemem śledzenia,
	Dodatkowe uchwyty - na ramionach oprawy, umożliwiające przenoszenie w pozycji pionowej, bez konieczności odwracania
Wyposażenie	Haki do podwieszenia do rury 50 mm
	Linka zabezpieczająca
	Przewód zasilający unishuko
Wymiary maksymalne	660mm x 600mm x 840mm
Masa maksymalna	44kg

Tab. 2.3 Specyfikacja techniczna – Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1500W; 13-45; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	16 kpl.
Źródło światła	Moc modułu LED min. 1100W; żywotność gwarantowana 20000h
Temperatura barwowa	Temperatura barwowa źródła (stała) w przedziale 6000-6800K
Strumień świetlny	Min. 40000lm
Kąt świecenia	Zakres zoom 13-45 stopni
Funkcje	Regulacja temp. barwowej w zakresie 2850-6000K
	System zmiany barw CMY
	Tarcza temperatury barwowej
	Tarcza 6 kolorów
	Średnica soczewki min 180mm
	Filtr frost
	Przesłona Irys
	Dodatkowe uchwyty - na ramionach oprawy, umożliwiające przenoszenie w pozycji pionowej, bez konieczności odwracania
Pobór mocy	Maks. 1500W
Masa maksymalna	40kg

Tab. 2.4 Specyfikacja techniczna – Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 1000W; 7-58; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	32 kpl.
Źródło światła	Moc źródeł światła min 19 x 40W RGBW; żywotność gwarantowana 50000h
Strumień świetlny	Min. 10500lm
Kąt świecenia	Zakres zoom 7-58 stopni - 8:1 przy czym nie węższy deklarowany przez producenta jak 58 stopni
Protokoły sterujące	Protokoły sterowania urządzeniem i efektami: DMX, RDM, Art-Net, sACN
Złącza	In/out RJ45 dla sygnału sterującego
Funkcje	Sterowanie temperaturą barwową źródła w zakresie 2700- 8000K
	Dodatkowy efekt urządzenia oparty na dodatkowych diodach ponad 19 modułów
Pobór mocy	Maks. 1000W
Masa maksymalna	16kg

Tab. 2.5 Specyfikacja techniczna – Automatyczna ruchoma głowa wash typu LED; 850W; 12-52; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	24 kpl.
Źródło światła	50 diod LED RGBW; min. moc diody 15W; deklarowana przez producenta żywotność źródła 50000h
Strumień świetlny	Min. 14000lm
Kąt świecenia	Zoom w zakresie 1:4 przy czym max zoom nie węższy niż 50 stopni
Protokoły sterujące	Obsługa DMX/RDM
Funkcje	Regulacja temperatury barwowej w zakresie 2500-8000K (zdefiniowanej w urządzeniu)
Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Wyposażenie	Haki do podwieszenia do rury 50mm
	Linka zabezpieczająca
	Przewód zasilający unishuko
Masa maksymalna	29kg

Tab. 2.6 Specyfikacja techniczna – Reflektor profilowy typu LED; 300W; 5; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	32 kpl.
Źródło światła	60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	Typu tungsten 3000K
Strumień świetlny	Min. 11500lm
CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka 5 stopni
Średnie natężenie oświetlenia	Natężenie plamy światła z 9m dla kąta ok 25 stopni - 700lux
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM

Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania
	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.7 Specyfikacja techniczna – Reflektor profilowy typu LED; 300W; 10; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	30 kpl.
Źródło światła	60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	Typu tungsten 3000K
Strumień świetlny	Min. 11500lm
CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka 10 stopni
Średnie natężenie oświetlenia	Natężenie plamy światła z 9 m dla kąta ok 25 stopni - 700 lux
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM
Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania
	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.9 Specyfikacja techniczna – Reflektor profilowy typu LED; 300W; 15-30; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
Ilość	60 kpl.
Źródło światła	60 pojedynczych diod LED składających się na źródło; żywotność modułu LED 30000h
Temperatura barwowa	Typu tungsten 3000K
Strumień świetlny	Min. 11500lm
CRI	Min. 94
Kąt świecenia	W komplecie optyka zoom 15-30 stopni
Średnie natężenie oświetlenia	Natężenie plamy światła z 9 m dla kąta ok 25 stopni - 700lux
Protokoły sterujące	Sterowanie poprzez protokół DMX512 i RDM
Złącza	Zasilanie rozwiązane standardem Powercon lub True 1 - wejście/wyjście
Funkcje	Płynny dimmer z wyborem 4 krzywych ściemniania
	Kompatybilność z optykami i akcesoriami z firmy ETC
Pobór mocy	Maks. 300W

Tab. 2.12 Specyfikacja techniczna – Naświetlacz typu LED; 540W; 7-58; dostawa, montaż, uruchomienie

Parametr urządzenia	Wartość, Opis, Jednostka
---------------------	--------------------------

Ilość	32 kpl.
Źródło światła	36 x 15W RGBW
Kąt świecenia	Zakres Zoom 7-58
Średnie natężenie oświetlenia	Jasność 4280 lux z 6 m dla najniższego kąta
Protokoły sterujące	Sterowanie DMX+RDM
Funkcje	Możliwość generowania efektów poprzez sterowanie 4 sekcjami na matrycy urządzenia
Obudowa	Obudowa IP 65
Masa maksymalna	Waga 19 kg

W pkt 2 STWiOR, Zamawiający zawarł następujące zapisy: „Wszystkie materiały przewidywane do wbudowania będą zgodne z postanowieniami Umowy i poleceniami Inspektora Nadzoru. W oznaczonym czasie przed wbudowaniem Wykonawca przedstawi odpowiednie świadectwa badań, dokumenty dopuszczenia do obrotu i stosowania w budownictwie do zatwierdzenia Inspektorowi Nadzoru. Aparatura i urządzenia powinny posiadać również aktualną dokumentację technicznoruchową. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za spełnienie wymagań ilościowych i jakościowych materiałów i urządzeń dostarczanych na plac budowy oraz za ich właściwe składowanie i wbudowanie zgodnie z założeniami PZJ.

Ponieważ niniejsza dokumentacja będzie służyć dalszemu zamówieniu publicznemu na wykonanie zaprojektowanych systemów, w poniższych tabelach podano minimalne wymagania w zakresie funkcjonalności oraz parametrów technicznych i jakościowych jakim muszą odpowiadać zaprojektowane systemy technologiczne oraz ich poszczególne komponenty. Dotrzymanie wyspecyfikowanych parametrów funkcjonalnych, technicznych i ilościowych dla poszczególnych elementów z poniższych tabel jest konieczne, aby uzyskać zakładany efekt funkcjonalny, techniczny i artystyczny, zgodny z przyjętymi założeniami i wymaganiami zamawiającego. Jeżeli w poniższej dokumentacji znajdują się jakiegokolwiek znaki towarowe, patenty czy pochodzenie należy przyjąć, że Projektant ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, podał taki opis ze wskazaniem na typ i dopuszcza stosowanie urządzeń równoważnych, o parametrach techniczno – użytkowych nie gorszych niż te podane w opisie przedmiotu zamówienia, spełniających jednocześnie wszystkie zapisy niniejszej specyfikacji. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż stosowane przez niego urządzenia spełniają minimalne wymagania określone przez Projektanta, zarówno pod względem parametrów technicznych, funkcjonalnych jak i ilościowych, pod warunkiem, że zastosowanie rozwiązań równoważnych nie będzie skutkowało istotnym odstępianiem od projektu budowlanego w rozumieniu Art. 36a ust. 1 Ustawy Prawo Budowlane, a wszystkie zmiany, modyfikacje w zakresie zaprojektowanych systemów i ich wpływu na pozostałe

branże muszą uzyskać pisemną akceptację autorów tego opracowania i głównego projektanta na zasadach określonych w Art. 36a ust. 5 oraz Art. 36a ust. 6 Ustawy Prawo Budowlane. Jako rozwiązanie równoważne należy rozumieć takie rozwiązanie, które pozwala Zamawiającemu na uzyskanie zaprojektowanej funkcjonalności przy użyciu urządzeń o nie gorszych parametrach technicznych niż zawarte w projekcie. Wszystkie zmiany i modyfikacje w zakresie zaprojektowanych systemów muszą uzyskać pisemną akceptację autorów tego opracowania.”

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział następujące warunki udziału w postępowaniu:

3) zdolności technicznej lub zawodowej — wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał łącznie co najmniej:

a) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub/i przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych i instalacyjnych co najmniej 80.000.000,00 złotych netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych netto) i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach;

b) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej na potrzeby kultury posiadającego salę ze stałą widownią na co najmniej 500 miejsc siedzących ze stałą sceną lub estradą, wyposażoną w elementy dolnej i górnej technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne i elektroakustykę, o wartości wykonanych robót co najmniej 80.000.000,00 złotych netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) i budynek został dopuszczony do użytkowania po wykonanych robotach;

c) dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie, budynku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości, o wartości wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych i instalacyjnych dla każdego z budynków nie mniejszej niż 10.000.000 zł netto (słownie: dziesięć milionów zł netto).

Wykonawca może wskazać jedną lub dwie inwestycje spełniające łącznie warunki wskazane w podpunktach a) i c) lub b) i c).

Zamawiający nie dopuszcza wskazania jednej inwestycji dla łącznego spełnienia warunków a) i b).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powyższe warunki będą oceniane łącznie dla wykonawców wspólnie ubiegających się.

4. dysponuje osobami spełniającymi następujące wymagania:

a) Kierownik kontraktu:

wymagane doświadczenie z okresu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert  
pełnienie funkcji Kierownika kontraktu, Dyrektora kontraktu lub równorzędne stanowisko na  
co najmniej dwóch inwestycjach polegających na budowie i/lub przebudowie budynku  
użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 50.000.000,00 zł netto (słownie:  
pięćdziesiąt milionów złotych netto) każda, a funkcja była pełniona przez okres nie krótszy  
niż

12 miesięcy na każdej z nich;

b) Kierownik budowy:

osoba posiadająca uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w  
budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2020r.  
poz. 1333 ze zm.) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-  
budowlanej bez ograniczeń; ii. wymagane doświadczenie z okresu ostatnich 10 lat przed  
upływem terminu składania ofert w pełnieniu funkcji kierownika budowy, zgłoszonego do  
nadzoru budowlanego, przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub/i  
przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż  
30.000.000,00 zł netto (słownie: trzydzieści milionów złotych netto); funkcja była pełniona  
przez okres co najmniej 12 miesięcy i wskazana osoba uczestniczyła w odbiorze końcowym  
robót, iii. brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych  
przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.

c) Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń  
ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych:

osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji  
technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.:  
Dz. U. z 2020r. poz. 1333 ze zm.), do kierowania robotami budowlanymi w specjalności  
instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych,  
wodociągowych i kanalizacyjnych; ii. pięć lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika  
robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych,  
wodociągowych i kanalizacyjnych, lub funkcji kierownika budowy w tym pełnił funkcję  
kierownika w danej specjalności i zakresie lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej  
jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o  
wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 30.000.000,00 zł iii. brał udział przez co  
najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych  
wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.

d) Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:

osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2020r. poz. 1333 ze zm.), do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; ii. pięć lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub funkcji kierownika budowy w tym pełnił funkcję kierownika w danej specjalności i zakresie lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN; iii. brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.

e) Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych:

osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2020r. poz. 1333 ze zm.), do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych; ii. pięć lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub funkcji kierownika budowy w tym pełnił funkcję kierownika w danej specjalności i zakresie lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 30.000.000,00 PLN; brał udział przez co najmniej 18 miesięcy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzealiów.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 64/22 podlegało częściowemu umorzeniu. Odwołujący 1 na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów dotyczących punktów 2.14, 2.15, 2.17, 2.41 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady, z uwagi na zmianę przez Zamawiającego postanowień SWZ w w/w zakresie.

W zakresie podlegającym rozpatrzeniu merytorycznemu przez Izbę, zarzuty podniesione w odwołaniu o sygn. akt: KIO 64/22 okazały się zasadne.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ust. 4 ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Izba wskazuje, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, iż Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję na rynku. Przepis ten nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. W szczególności, w ocenie Izby, dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SWZ. Okoliczność, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Przy czym Izba zaznacza, że do zamawiającego stosuje się ten sam obowiązek dowodowy wykazania obiektywnych i rzeczywistych potrzeb uzasadniających ograniczenie konkurencji jaki ma zastosowanie do wykonawcy w zakresie konieczności wykazania możliwości naruszenia konkurencji. Nie może być bowiem tak, iż na wykonawców nakłada się obowiązek realnego uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji poprzez przeprowadzenie częstokroć skomplikowanego i trudnego postępowania dowodowego w zakresie możliwości naruszenia



konkurencji, zaś zamawiający uzasadniając takie ograniczenia opierają się na ogólnych i gołosłownych oświadczeniach o realizacji bliżej nieokreślonych potrzeb jednostek publicznych. Należy podkreślić, że takie obiektywne potrzeby publiczne muszą być po pierwsze skonkretyzowane, a po drugie zamawiający winien wykazać, że ich realizacja może nastąpić wyłącznie drogą ograniczenia konkurencji na rynku.

Uwzględniając powyższe postulaty oraz ustalając wskazane okoliczności warunkujące ocenę stopnia dopuszczalności ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do zarzutów odwołania, Izba stwierdza, że Odwołujący 1 wykazał, że opis parametrów zakwestionowanych urządzeń potencjalnie ogranicza konkurencję w stopniu absolutnym, tzn. umożliwia zaoferowanie tylko jednego produktu w zakresie urządzeń wymaganych w punktach 2.1, 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.6., 2.7., 2.9., 2.12 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady. Izba dała wiarę złożonym przez Odwołującego 1 dowodom tj. zestawienia parametrów wymaganych przez Zamawiającego z parametrami urządzeń dostępnych na rynku oraz kartom katalogowym. Z zestawienia wynika w sposób jednoznaczny, że w/w punktach jest możliwe zaoferowanie tylko jednego, konkretnego urządzenia. Twierdzenia Odwołującego 1 zostały poparte kartami katalogowymi. Zdaniem Izby Odwołujący 1 wykazał, iż opis parametrów wprowadzony przez Zamawiającego do SWZ potencjalnie ogranicza konkurencję, gdyż możliwe jest zaoferowanie wyłącznie jednego urządzenia w poszczególnych tabelach spełniającego łącznie wszystkie wymagania. Zamawiający zaś w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego 1 możliwe jest co najmniej zaoferowanie dwóch urządzeń. Okoliczności tych jednak Zamawiający w żaden sposób nie wykazał. Dowód złożony przez Zamawiającego do akt sprawy tj. kart katalogowa dla urządzenia JB Lighting P18 została złożona w języku angielskim. Ponadto, zdaniem Izby nawet analiza danych technicznych zawartych w karcie nie potwierdza stanowiska Zamawiającego o możliwości zaoferowania dwóch urządzeń – Tabela 2.1. W karcie katalogowej brak jest bowiem danych potwierdzających spełnienia wymagań w zakresie średnicy soczewki. Zamawiający nie przedstawił dodatkowych dowodów na potwierdzenie, iż parametry wskazane w spornych tabelach są spełnione przez urządzenie jakie Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie. Izba uznała, że dowód z zeznań świadka na wykazanie okoliczności, na które powołuje się Zamawiający nie jest prawidłowym środkiem dowodnym na wykazanie takich okoliczności. Zdaniem Izby okoliczności takie powinny być uprawdopodobnione poprzez dowód z dokumentu tj. kart katalogowych i innych oficjalnych dokumentów pochodzących od producentów urządzeń.

Zdaniem Izby, konsekwencją ustalenia w/w okoliczności, tj. okoliczności, iż wprowadzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w poszczególnych tabelach potencjalnie ogranicza konkurencję do jednego produktu, jest konieczność ustalenia czy takie ograniczenie konkurencji na rynku jest uzasadnione istnieniem obiektywnych potrzeb Zamawiającego w tym zakresie, które takie ograniczenie konkurencji mogłoby sankcjonować i usprawiedliwiać. Okoliczności takie winny zostać dowiedzione przez Zamawiającego, których jednakże w ich nie wykazał w analizowanym stanie faktycznym. Stanowisko Zamawiającego sprowadzało się po pierwsze do twierdzenia, że co najmniej dwa produkty spełniają wymagania Zamawiającego, a w związku z tym opis przedmiotu zamówienia uznać należy za prawidłowy. W tym zakresie Izba wskazuje, że nawet gdyby hipotetycznie zgodzić się z Zamawiającym, że co najmniej dwa produkty spełniają wymagania techniczne określone w STWiOR, to okoliczność taka sama w sobie nie sankcjonuje prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia. Możliwość zaoferowania dwóch urządzeń nadal nie stanowi odpowiedzi na pytanie jakie uzasadnione i obiektywne potrzeby Zamawiającego uzasadniały ograniczenie konkurencji tylko do dwóch urządzeń. Które parametry mają tak istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, że uzasadniają ograniczenie konkurencji do dwóch urządzeń. Ogólne stwierdzenia o znaczeniu Sali Kongresowej, akustyce pomieszczenia i oczekiwanym efekcie końcowym przebudowy, są zdaniem Izby, zbyt ogólnymi oświadczeniami Zamawiającego. Oświadczenia te nie odnoszą się do konkretnych wymagań dotyczących urządzeń, parametrów wskazanych w tabelach i obiektywnie uzasadnionych korzyści jakie Zamawiający osiągnie poprzez zawężenie konkurencji.

Izba oceniając całokształt materiału dowodowego nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wymagania kwestionowanych parametrów jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Jeżeli dla Zamawiającego jakiś szczególny parametr techniczny ma istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, to taką okoliczność winien wykazać. Tymczasem w okolicznościach analizowanej sprawy zestawienie parametrów zamawianych urządzeń jednoznacznie wskazuje, że możliwe jest tylko zaoferowanie jednego konkretnego urządzenia. Nie wiadomo przy tym z jakich powodów dostawcy innych, porównywalnych urządzeń, mieliby zostać wyeliminowani z udziału w postępowaniu. W przypadku całkowitego wyłączenia konkurencji, tj. ograniczenia możliwego przedmiotu dostawy jedynie do jednego produktu, należałoby wykazać nie tylko preferencje zamawiającego, ale wręcz konieczność zakupu wyspecyfikowanych rozwiązań. Ponadto tego typu wyłączenie konkurencji ze względu na konieczność określonego zakupu należałoby odzwierciedlić w trybie zamówienia z wolnej ręki, a nie w przetargu nieograniczonym, który co do zasady jest

trybem otwartym umożliwiającym złożenie ofert z góry nieograniczonemu kręgowi wykonawców.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż z pkt 2 STWOiR wynika, że Zmawiający w zakwestionowanych przez Odwołującego 1 parametrach wskazał wyłącznie wartości minimalne lub maksymalne więc wykonawca może zaoferować urządzenia z innymi niż wskazane parametry. I tak Zamawiający wskazał, że dla temperatury barowej w urządzeniu wskazanym w pkt 2.6, 2.7 i 2.9 wartość 3000K jest wartością niejako referencyjną, zaś wykonawcy mogą zaoferować urządzenia z inną wartością. Zdaniem Izby sposób w jaki Zamawiający dokonał opisu wymaganych parametrów urządzeń w tabelach wskazuje, że w zakresie w jakim dopuszczona została możliwość zaoferowania urządzeń o parametrach wyższych niż minimalne, taka informacja została wprost określona przy konkretnym parametrze. Przykładowo odnosi się to do takich wymagań jak kąt świecenia, liczba gobo rotacyjnych, zoom o minimalnym zakresie, masa maksymalna i inne. Izba nie ma wątpliwości, że Zamawiający skonkretyzował wymagania minimalne/maksymalne co do poszczególnych parametrów w spornych tabelach i tylko co do tych paramentów wykonawca może ewentualnie zaoferować urządzenia o odmiennych niż te podane przez Zamawiającego parametrach. Gdyby przyjąć odmiennie i zgodzić się z Zamawiającym, to bezcelowym i niezasadnym byłoby jakiegokolwiek wskazywanie przez Zamawiającego minimalnych i maksymalnych zakresów dopuszczalnych paramentów w poszczególnych tabelach, skoro zastosowanie mają zapisy w pkt 2 STWOiR. Zdaniem Izby, zapisy pkt 2 STWOiR muszą być czytane łącznie z zapisami zawartymi w tabelach. W konsekwencji, możliwość zaoferowania urządzeń z parametrami wyższymi/niższymi niż minimalne/maksymalne ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do tych parametrów w stosunku do których Zamawiający zawarł takich opis „min”/”max” w tabelach.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w postanowieniach SWZ - pkt 2.1, 2.2., 2.3., 2.4., 2.5., 2.6., 2.7., 2.9., 2.12 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót – Oświetlenie Estrady poprzez wykreślenie/zmianę parametrów wskazujących na jedno urządzenie. Zamawiający winien tak opisać wymagania co do urządzeń, aby umożliwić na rynku rzeczywiste konkurowanie pomiędzy wykonawcami. W ocenie Izby zmiany w SWZ stworzą warunki do uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i umożliwią złożenie ofert przez wykonawców, którzy zaoferują urządzenia spełniające oczekiwania zamawiającego co do oświetlenia Sali Kongresowej. Izba podkreśla, że jeśli jakieś określone parametry techniczne mają dla Zamawiającego istotne znaczenie z uwagi na uwarunkowania przedmiotu zamówienia, to Zamawiający winien w pierwszej kolejności określić swoje obiektywne potrzeby, zidentyfikować w jaki sposób dany parametry

służy do realizacji tak zidentyfikowanych potrzeb i dlatego właśnie poprzez ograniczenie konkurencji i możliwość zaoferowania tych konkretnych urządzeń potrzeby Zamawiającego mogą być zrealizowane. W innym zaś przypadku, Zamawiający winien opisać wymagania techniczne w sposób umożliwiający zaoferowanie porównywanych urządzeń. Taki opis będzie przykładowo możliwy właśnie dzięki szerszemu wprowadzeniu w poszczególnych tabelach granicznych parametrów wyznaczających progi minimalne/maksymalne. Nie jest zadaniem Izby określenie takich progów, bowiem to Zamawiający realizuje swoje potrzeby i cele w ramach zamówienia i to zadaniem Zamawiającego jest określenie takich wartości.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt: KIO 74/22**

Zdaniem Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu. W konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

*Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.1 pkt 3) 1 lit. b) SWZ*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Należy wskazać, że 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. Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Izba wskazuje, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca uprawnia zamawiających do określenia

takich warunków jako narzędzie służące do weryfikacji rzetelności wykonawców. Naczelną zasadą jaką zamawiający winien kierować się określając warunki udziału w postępowaniu jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Przy czym, wykonawca kwestionujący dany warunek udziału w postępowaniu winien wykazać w jaki sposób zasada proporcjonalności jest naruszona, w jaki sposób dane wymaganie zamawiającego jest nadmierne w stosunku do zakładanego celu. W tym kontekście kluczowe jest ustalenie celu jaki zamawiający zamierza osiągnąć poprzez wprowadzenie określonego warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca wskazał w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tym samym ocena ich proporcjonalności musi odbywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Takie bowiem doświadczenie minimalizuje ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. To uprawnienie zamawiającego podlega weryfikacji względem reguł wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp i ustaleniu czy zamawiający zachował niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu. Ocena zaś powyższych reguł odbywa się w realiach konkretnego postępowania przetargowego, przedmiotu zamówienia i celu jaki Zamawiający zamierza osiągnąć wprowadzając określony warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, Odwołujący 2 w sposób ogólny i lakoniczny odwołuje się do zasad jakie Zamawiający winien przestrzegać określając warunki udziału w postępowaniu tj. zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, bez odniesienia owych zasad do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. W uzasadnieniu podniesionego zarzutu, Odwołujący 2 przedstawił szereg okoliczności związanych z własnym doświadczeniem w budowie obiektów użyteczności publicznej, wskazując, iż pomimo bogatego doświadczenia nie ma możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Ani Zamawiający, ani tym bardziej Izba nie neguje doświadczenia wykonawcy, jednakże istotą sporu jest możliwość wykorzystania posiadanego przez Odwołującego 2 doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia. Izba zauważa, że nie wymaga wiedzy specjalistycznej stwierdzenie

okoliczności, iż akustyka koncertów odbywających się na stadionach jest odmienna od akustyki koncertów odbywających się w salach kongresowych czy filharmoniach, a więc pomieszczeniach wewnętrznych. Oczywistym dla Izby również jest to, że niektóre koncerty mogą odbyć się wyłącznie w pomieszczeniach wewnętrznych posiadających odpowiednią akustykę zapewniającą odpowiednie brzmienie instrumentów muzycznych. Takie okoliczności przywołał również Zamawiający. Wskazał na specyfikę Sali Kongresowej, docelowe funkcje jakie ma ona spełniać, zakres prac jakie mają być wykonane w ramach zamówienia, a więc również prace związane z akustyką Sali, nagłośnieniem, wyposażeniem estrady/sceny, wyposażeniem widowni, wyposażeniem zaplecza scenicznego. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że uzyskanie wymaganego, końcowego efektu jakościowego w tego typu obiektach w dużej mierze polega na osiągnięciu odpowiednich parametrów akustycznych, sprawnego i niezawodnego funkcjonowania mechaniki scenicznej i oświetlenia scenicznego, „Marka” obiektu powstaje dzięki akustyce sali koncertowej, możliwościach realizacyjnych zapewnionych przez sprawne i wysokiej jakości zaplecze techniczne, odbiór wizualny (architektura) i funkcjonalny (wygoda użytkowania, wystrój wnętrz). Dlatego tak istotne znaczenie ma fakt posiadania doświadczenia w realizacji tego typu obiektów, nie zaś wyłącznie doświadczenie w realizacji budynków użyteczności publicznej, jakie posiada Odwołujący 2. Należy wskazać, że charakter budynków mieszczących się w kategorii budynków użyteczności publicznej w żaden sposób nie jest powiązana funkcjonalnie z przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający zaś dysponując środkami publicznymi zobowiązany jest do ukształtowania warunków ubiegania się o zamówienia w taki sposób, aby mieć pewność, że wykonawca składający ofertę poradzi sobie z tak specyficznym miejscem realizacji zamówienia. Temu właśnie służy, zdaniem Izby, zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu.

Ponadto, zdaniem Izby, wydłużenie czasookresu wymaganego doświadczenia służy właśnie umożliwieniu udziału w postępowaniu większej liczby wykonawców. Jak wyjaśnił Zamawiający dokonał rozpoznania rynku i inwestycji o podobnym charakterze i zidentyfikował co najmniej dwanaście inwestycji spełniających wymagania Zamawiającego. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego 2, iż nie są to inwestycje powszechnie realizowane na rynku nie stanowi, zasadnego argumentu do zmiany treści kwestionowanego warunku. O ile naczelną zasadą zamówień publicznych jest otwarcie rynku dla możliwie największej liczby wykonawców i umożliwienie im uczciwego konkurowanie na równych zasadach, o tyle ustawa Pzp umożliwi zamawiającym weryfikację doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu. Jak Izba wskazała powyżej, taki warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy warunek nie może

nadmiernie ograniczać konkurencji i musi stanowić właściwy środek do osiągnięcia zakładanego celu. Zdaniem Izby, Odwołujący 2 nie wykazał w żaden sposób naruszenia zasady proporcjonalności przez Zamawiającego. Izba zauważa, że Zamawiający wymaga wyłącznie wykazania doświadczenia w realizacji jednej inwestycji na potrzeby kultury. Po drugie, Zamawiający zdefiniował szeroko pojęcie obiektów na potrzeby kultury, dopuszczając możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte w realizacji obiektów takich jak budynek teatru, opery, filharmonii, Sali koncertowej, Sali kongresowej, Sali widowiskowej. Po trzecie, warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, gdyż obiekty wskazane przez Zamawiającego należą do tej samej klasy obiektów co Sala Kongresowa. W tym zakresie Izba podkreśla, że są to obiekty wewnętrzne, z określoną infrastrukturą nagłośnienia i wyposażenia. W sposób oczywisty różną się one od obiektów typu stadion czy hala widowiskowo – sportowa, gdzie ze względu rozwiązane techniczne, umiejscowienie, nie ma możliwości zapewnienia takiej samej akustyki jak przy obiektach wewnętrznych. Po czwarte, Izba nie zgadza się z Odwołującym 2, że zmiana spornego warunku poprzez dopuszczenie obiektów użyteczności publicznej jest właściwym narzędziem do weryfikacji doświadczenia wykonawcy koniecznego do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Tak ukształtowany warunek umożliwiłby dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają żadnego doświadczenia w wykonaniu prac zbliżonych swoim charakterem i zakresem do prac objętych przedmiotem zamówienia. To zaś nie stanowi skutecznego narzędzia do zminimalizowania ryzyka wyboru wykonawcy niedającego rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia.

Okoliczności przywołane przez Odwołującego 2 o doświadczeniu zdobytym przy realizacji skomplikowanych budynków użyteczności publicznej, spełniających wymagania w zakresie bezpieczeństwa, wymagań energetycznych czy potrzeb osób niepełnosprawnych nie mają znaczenia dla sprawy. Rozważania te odnoszą się do ogólnych wymagań związanych z budową/przebudową budynków użyteczności publicznej, nie odnoszą się zaś do specyfiki przedmiotu zamówienia i pomijają aspekt przeznaczenia i funkcji budynku.

W ocenie Izby sporny warunek udziału jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zawęził warunku tylko i wyłącznie do obiektów odpowiadających parametrami Sali Kongresowej, ale uwzględnił inne budynki o podobnej funkcji i przeznaczeniu, eliminując jednocześnie budynki, których związek z przedmiotem zamówienia nie pozwala na rzetelną weryfikację doświadczenia wykonawcy w realizacji prac zbliżonych do prac objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym, zdaniem Izby, zarzut podniesiony przez Odwołującego 2 uznać należy za niezasadny.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w pkt 12.2 lit. b), c), d), e) pkt iii) SWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny. Argumentacja Odwołującego 2 sprowadzała się do twierdzenia, że wymagany czasookres doświadczenia 18 miesięcy jest nieproporcjonalny, zaś długość pełnienia funkcji nie świadczy ani o rozmiarze inwestycji, ani stopniu skomplikowania, ani o długości realizacji inwestycji wykonywanej z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną, czy o ciągłości danych robót. Z tych też względów tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu, zdaniem Odwołującego 2, może świadczyć o faworyzowaniu jednego wykonawcy względem innych. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Po pierwsze, zasadnie Zamawiający powołał się na art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2021 r., poz. 710 ze zm.), jak również z pkt 3 Decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków nr WZW.5142.657.2021.AKO z dnia 21 września 2021 r. i nr 5142.1054.2020.AKO z dnia 25 sierpnia 2020 r. Zgodnie z przywołanym przepisem, robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 3 pkt 8 w/w ustawy, roboty budowlane to roboty w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, podejmowane przy zabytku lub w otoczeniu zabytku. Zdaniem Izby, mając na uwadze definicję robót budowlanych zawartą w art. 3 pkt 7 w zw. z art. 3 pkt 6 i pkt 1 ustawy Prawo budowlane nie ma podstaw, aby z zakresu wymaganego czasookresu doświadczenia wyłączać kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych i ograniczyć wymóg wyłącznie do kierownika budowy. Izba zauważa również, że obu decyzji złożonych przez Zamawiającego wynika, że przed rozpoczęciem robót jest on zobowiązany do przekazania danych osób kierujących robotami, jak również dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w art. 37c przywołanej ustawy. Zniesienie powyższego wymagania oznaczałoby zatem, że inwestycja nie będzie mogła się rozpocząć.



Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że żądanie Odwołującego 2 zawarte w odwołaniu o wykreśleniu spornego warunku udziału w postępowaniu nie zostało poparte żadnym konkretnym uzasadnieniem. Odwołujący 2 przedstawił obszerne teoretyczne rozważania na temat zasady proporcjonalności, jednakże nie wykazał w jaki sposób ta zasada proporcjonalności została naruszona przez Zamawiającego poprzez wprowadzenie wymogu 18 – miesięcznego doświadczenia i jakie inne narzędzie byłoby właściwe do weryfikacji doświadczenia osób z pomocą, który będzie realizowane zamówienie. Żądanie usunięcia takich wymagań Zamawiającego nie jest, zdaniem Izby, właściwym narzędziem służącym zapewnieniu udziału w realizacji zamówienia osób posiadających odpowiednie doświadczenie minimalizujących ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. Ponadto, Odwołujący 2 nie wskazał jaki inny czasookres byłby jego zdaniem właściwy i dlaczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 241 § 1 i § 2 ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia, w tym preferujące jednego wykonawcę na skutek przyjęcia kryterium oceny ofert „K2 „DOŚWIADCZENIE PERSONELU”, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby analiza stanowiska Odwołującego 2 zawarta w odwołaniu pozwala na przyjęcie, że wykonawca choć kwestionuje przyjęte przez Zamawiającego w/w kryterium oceny ofert, to w swojej argumentacji dąży wyłącznie do zmiany sposobu przyznawania punktów poprzez procentową zmianę wartości. Nie jest jasne przy tym - gdyż Odwołujący 2 nie uzasadnił w tym zakresie swojego stanowiska - dlaczego odmienny sposób punktowania doświadczenia personelu byłby bardziej prawidłowy w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie, nie można zgodzić się z Odwołującym 2, że zakwestionowane kryterium miałyby preferować jednego wykonawcę (którego Odwołujący 2 nie zidentyfikował), gdyż kryterium odnosi się do potencjału osobowego, a ten przecież nie jest przypisany do wykonawcy w sposób nierozdzielny. Po trzecie, twierdzenia Odwołującego 2, że Zamawiający będzie przyznawał punkty na podstawie „głosłownej deklaracji”, co winno skutkować dyskwalifikacją kryterium nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Należy wskazać, że Odwołujący 2 wniósł wyłącznie o zmianę sposobu punktowania, nie zaś o zmianę kryterium. Ponadto, Odwołujący 2 nie wskazuje w jaki inny sposób miałyby nastąpić ocena oświadczeń wykonawcy w ramach tego kryterium. Wykonawca deklaruje na

etapie składania ofert, że zapewni podczas realizacji zamówienia odpowiednio doświadczoną kadrę. Odwołujący 2 nie wykazał, że wymagani specjaliści nie są dostępni na rynku, co może wpływać na ograniczenia konkurencji. Ewentualne koszty zapewnienia takiej kadry wykonawca, zdaniem Izby, ma możliwość uwzględnienia w kosztach realizacji zamówienia. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do żądania Odwołującego 2 dotyczącego wydłużenia terminu składania ofert, Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany takiego terminu wobec uznania, że zarzuty podniesione przez Odwołującego 2 okazały się niezasadne.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn.. akt: KIO 64/22 orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 74/22 orzeczono na podstawie 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

