

**WYROK**  
**z dnia 5 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina, ul. Tamka 43; 00-355 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Sweco Polska sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22; 60-829 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.**
2. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności związanych z ewentualnym wezwaniem odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 i/lub 4 ustawy Pzp.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina, ul. Tamka 43; 00-355 Warszawa** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina, ul. Tamka 43; 00-355 Warszawa** na rzecz wykonawcy **SAFEGE S.A.S., rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla inwestycji budowa obiektu wielofunkcyjnego zespołu usługowego z zakresu usług kultury p/n „Międzynarodowe Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2022 r., pod nr 2022/S 046-119619.

Dnia 8 listopada 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 18 listopada 2022 roku, wykonawca SAFEGE S.A.S., rue du Port, Parc de l'Île 15-27, 92022 Nanterre CEDEX (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wadliwe wskazanie podstawy prawnej oraz brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, co uniemożliwia odwołującemu ustosunkowanie się do podjętej czynności i prowadzi do sytuacji, w której odwołujący musi domyślać się co legło u podstaw odrzucenia jego oferty, jakie i kiedy popełnił błędy zdaniem zamawiającego,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu,
3. art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów w sposób wskazujący jakie konkretnie wątpliwości zamawiający powziął przy ocenie złożonych dokumentów, a tym samym pozwalający odwołującemu w sposób konkretny określić zakres żądanych dokumentów i uczynić zadość wezwaniu zamawiającemu,
4. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty wykonawcy, która jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert i zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
- 4) ewentualnie wezwania odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp,
- 5) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku, gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona to zgodnie z kryteriami ustalonymi w SWZ powinna otrzymać najwyższą liczbę punktów, a tym samym być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego w sytuacji, w której wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego nie ma uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Nie ulega zatem wątpliwości fakt, że w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - złożył pismo procesowe, w którym podzielił stanowisko zamawiającego.

Na posiedzeniu odwołujący złożył dodatkowe pismo procesowe, stanowiące odpowiedź odwołującego na stanowiska zamawiającego (odpowiedź na odwołanie) oraz przystępującego (pismo procesowe). Ponadto, odwołujący na posiedzeniu złożył wnioski dowodowe wskazując jakie okoliczności mają one potwierdzać.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W związku z oświadczeniem odwołującego, złożonym na posiedzeniu, zarzut nr 1 odwołania podlegał umorzeniu na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący niespełniania warunku opisanego w § 8 ust. 1 pkt 4.1 SWZ.

Jak wynika z treści pisma z dnia 12 września 2022 r. (stanowiącego załącznik do protokołu) „*Wniosek o odrzucenie oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*” (przekazanego odwołującemu w dniu 14 listopada 2022 r.), zamawiający uznał, iż odwołujący nie spełnia ww. warunku, gdyż w ocenie zamawiającego dworzec podziemny nie jest budynkiem, gdyż nie jest zwieńczony dachem i nie posiada fundamentów.

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4.1 SWZ zamawiający wymagał, aby: „*Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę, polegającą na pełnieniu przez co najmniej 12 miesięcy funkcji Inwestora Zastępczego/Inżyniera Kontraktu obejmującą nadzór nad robotami budowlanymi w toku jednej inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 200.000.000,00 PLN brutto i obejmującą kontrolę, kosztów inwestycji*”.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku odwołujący wskazał w wykazie inwestycje pod nazwą: „*Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew - Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna*”.

Wykonawca opisał doświadczenie w następujący sposób: „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu obejmująca nadzór na robotami budowlanymi, Nazwa postępowania: „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew - Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna” Inwestycja obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej. Usługa obejmowała kontrolę kosztów inwestycji*”.

Zamawiający, w dniu 22 czerwca 2022 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu, ponieważ uznał, iż usługa nadzoru dotyczyła inwestycji, która jedynie „*obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej*” a nie „*polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej*”. Tym samym, zdaniem zamawiającego wartości tam podane (200 mln zł) powinny dotyczyć budowy budynku, a nie całości prac objętych umową, w tym

nadzorowanych prac nad robotami sieciowymi. Pomimo, iż zamawiający dysponował dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia, tj. Poświadczeniem, które zawierało opis zakresu inwestycji, w tym informację o budowie podziemnego dworca kolejowego Łódź Fabryczna, na tym etapie postępowania, nie kwestionował dworca podziemnego jako niespełniającego definicji budynku, a jedynie wartość inwestycji (vide: wezwanie z dnia 22 czerwca 2022r.) ewentualnie wątpliwości zamawiającego mogły dotyczyć kwestii czy był to budynek użyteczności publicznej.

*„Zgodnie z § 8 ust 1 pkt 4.1 SWZ zamawiający żądał, by doświadczenie wykonawcy polegało na tym, aby „w toku jednej inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej” świadczył określone usługi. Przedstawiona w wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie kierowane do wykonawcy zgodnie z art. 126 ust 1 pzp usługa Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna, jak wynika z samej nazwy inwestycji oraz załączonego poświadczenia (referencji) PKP PLK z 16 marca 2018 r., nie polegała na budowie budynku użyteczności publicznej.*

*Zgodnie z informacją zawartą w złożonym przez Państwa wykazie wymieniona w nim Usługa nadzoru nad inwestycją dotyczy inwestycji, która „obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej”. Usługa nadzoru nad taką inwestycją nie potwierdza spełniania warunku, który wymagał, by nadzór był prowadzony nad inwestycją „polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej”, a tym samym wartości tam podane (200 mln zł) powinny dotyczyć budowy budynku, a nie całości prac objętych umową, w tym nadzorowanych prac na robotami sieciowymi”.*

Zamawiający w wezwaniu w ogóle nie poruszył kwestii parametrów budynku, w tym w szczególności kwestii posiadania przez budynek dachu i fundamentów, nigdy też nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący złożył w dniu 27 czerwca 2022 r. szczegółowe wyjaśnienia potwierdzające zarówno okoliczność, że budynek jest budynkiem użyteczności publicznej, a także jego wartość. Odwołujący załączył również dowody potwierdzający wartość robót budowlanych dotyczących budowy budynku dworca, tj. m.in. Formularz ofertowy Wykonawcy Robót dla ww. inwestycji zawierający Rozbicie Ceny Ofertowej, z której wynika, że roboty budowlane dot. budowy budynku dworca opiewały na kwotę 279 283 624,67 PLN netto.

Tymczasem, jak wynika z przekazanego w dniu 14 listopada 2022 r. dokumentu „Wniosek o odrzucenie oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu” zamawiający uznał, iż odwołujący nie spełnia ww. warunku, gdyż w ocenie zamawiającego dworzec podziemny nie jest budynkiem, ponieważ nie jest zwieńczony dachem i nie posiada fundamentów. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło prawdopodobnie

(bo zamawiający nie wskazał tego w informacji o odrzuceniu) z zupełnie innego powodu, niż ten, który był przedmiotem wezwania z dnia 22 czerwca 2022 r.

W zakresie, w którym zamawiający uznał, że odwołujący warunku nie spełnia, odwołujący w ogóle nie był wzywany ani do wyjaśnień, ani do uzupełnień.

Zdaniem zamawiającego, budynek zgodnie z definicją z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2), a elementów tych nie posiada dworzec podziemny.

Odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, gdyż zamawiający dokonał błędnej oceny zarówno zakresu wykonanych robót budowlanych, a także błędnie uznał, iż dworzec podziemny nie stanowi budynku. Po pierwsze, dworzec podziemny posiada zarówno fundamenty jak i dach, co wypełnia definicję budynku w świetle prawa budowlanego. W podobnej kwestii, tj. na temat tego, że stacja podziemna i garaż podziemny są budynkami wypowiedział się m.in. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 2019-08-05, I Ca 312/19. *„Opinia techniczna w zakresie kwalifikacji siedmiu stacji drugiej linii metra (...) autorstwa dr. inż. P. S. przedłożona przez konsorcjum H. na etapie postępowania skargowego* *wyjaśnia,*  
*że stacje te są budynkami. Przekonuje ona, a wnioski te wysunięte są na podstawie oględzin i fotografii, że stacje drugiej linii metra wybudowane przez konsorcjum H. stanowią budynki. Posiadają bowiem fundamenty, ściany oraz dachy w formie stropodachów. Są trwale związane z gruntem i wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. Inżynier sporządzający opinię posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz jest m.in. rzeczoznawcą o specjalności budownictwo i materiały budowlane. Z kolei opinia dotycząca potwierdzenia kwalifikacji do kategorii XVII garażu podziemnego we W. na terenie Zespołu (...) została wykonana przez dr. inż. J. B. z Instytutu (...). Inżynier ten jest autorem wielu publikacji naukowych w języku polskim i angielskim dotyczących architektury i budownictwa. Wskazał on, że parking przy (...) we W. jest trwale związany z gruntem, a ponad 90 % kubatury obiektu znajduje się poniżej poziomu przylegającego terenu. Spoczywa on na fundamentach, jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. Posiada on także dach, a wszystkie elementy kondygnacji naziemnej nr 1 przykryte są stropodachami o stalowej konstrukcji, a kondygnacje podziemne - konstrukcji żelbetowej. Opiniujący wskazał, że cechy te sprawiają, iż obiekt ten niewątpliwie jest budynkiem ...”.*

Ponadto, gdyby zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, to odwołujący miałby szansę rozwiać wątpliwości zamawiającego w oparciu o posiadane dokumenty. Budynek Dworca Łodzi Fabrycznej, oprócz części podziemnej posiada również część naziemną, co również odwołujący miałby szansę wyjaśnić, gdyby został wezwany.

Niezależnie od powyższego, nawet z dokumentów, w których posiadaniu zamawiający był w chwili dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że budynek dworca posiada dach: vide: RCO str. 112 (dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie

z dnia 22 czerwca 2022 r. w celu wykazania wartości robót budowlanych) gdzie zostały wskazane roboty polegające na wykonaniu „zadaszenia dworca”, a także „roboty konstrukcyjne” które obejmowały również fundamenty. Dodatkowo odwołujący jest w posiadaniu dokumentów (m.in. pozwolenia na użytkowanie czy świadectwa przejęcia), z których również wynika, iż dworzec Łódź Fabryczna jest budynkiem.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie, a w konsekwencji oferta odwołującego nie powinna być odrzucona.

Odwołujący wskazuje również, że z uwagi na to, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 22 czerwca 2022 r. dotyczyło zupełnie innego zakresu (o czym była mowa powyżej), to nie ma przeszkód do wezwania odwołującego nie tylko do wyjaśnienia, ale również do uzupełnienia dokumentów w zakresie, który obecnie budzi wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący w wykazie usług, a także referencjach od odbiorcy (PKP PLK) oraz wyjaśnieniach składanych na wezwanie zamawiającego wskazał, iż usługa nadzoru obejmowała budynek użyteczności publicznej, zaś wartość budowy budynku użyteczności publicznej przekraczała 200 mln zł. Jednakże ze złożonych wyjaśnień oraz referencji wynika, że obiekt, który w wykazie usług odwołujący określa jako budynek użyteczności publicznej, to podziemny dworzec kolejowy Łódź Fabryczna. Zamawiający podziela stanowisko odwołującego, iż dworzec kolejowy jest obiektem użyteczności publicznej, jednakże nie dotyczy to podziemnego dworca kolejowego. Podziemny dworzec kolejowy nie jest bowiem budynkiem. Budynek zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany

z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Podziemny dworzec nie jest zwieńczony dachem, nie posiada też fundamentów. Zgodnie z orzecznictwem sądów – np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 września 2015 r., sygn. akt II FSK 2086/13 *„Części podziemne obiektu, o ile mieszczą się w bryle obiektu budowlanego będącego budynkiem – powinny być traktowane jako część budynku, a nie samodzielny budynek. Jeśli obiekty budowlane podziemne nie są częścią budynku, lecz samodzielnym bytem – nie są budynkiem, lecz obiektem budowlanym”*. Wykonawca nie wykazał, czy nadzorowana przez niego budowa podziemnego dworca to nadzór nad samodzielnym podziemnym obiektem czy też nadzór



nad budową części budynku. Z treści warunku udziału w postępowaniu wynikało wprost, iż pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego i nadzór nad robotami ma dotyczyć inwestycji polegającej na budowie budynku. Nie może to być zatem budowa innego obiektu budowlanego lub budowa części budynku. Tym samym warunek nie został przez odwołującego spełniony.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem jakoby treść wezwania nie korelowała z treścią pisma uzasadniającego odrzucenie oferty odwołującego. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wskazał jednoznacznie, iż *„przedstawiona w wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie kierowane do Wykonawcy zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp usługa „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew – Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna, jak wynika z samej nazwy oraz złączonego poświadczenia (referencji) PKP PLK z 16 marca 2018 r., nie polegała na budowie budynku użyteczności publicznej”*.

Fakt, iż zamawiający w wezwaniu *„nie poruszył kwestii parametrów budynku, w tym w szczególności kwestii posiadania przez budynek dachu i fundamentów, nigdy też nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie”*, nie przesądza o nieprawidłowości wezwania czy ten nieprawidłowości co do uznania, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału

w postępowaniu. Zamawiający w ww. wezwaniu wskazał wprost, iż realizacja określona w wykazie usług, nie polegała na budowie budynku użyteczności publicznej. Kwestia parametrów dworca (parametry np. co do kubatury wynikają wprost z referencji) wskazanego w wykazie nie ma żadnego znaczenia dla zakwalifikowania go jako budynku użyteczności publicznej. Budynek użyteczności publicznej, aby spełniał taką rolę w pierwszej kolejności musi być budynkiem tzn. zgodnie z cytowaną wyżej definicją z art. 3 pkt 2 prawa budowlanego musi być obiektem budowlanym, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony

z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Wskazany zaś w wykazie i w referencji podziemny dworzec kolejowy, nie jest budynkiem, a zatem nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Także definicja dworca kolejowego, określona w art. 4 pkt 8a) ustawy z dnia z dnia 28 marca 2003 r o transporcie kolejowym wskazuje jednoznacznie, iż jest to obiekt budowlany lub zespół obiektów budowlanych, w którym znajdują się pomieszczenia przeznaczone do obsługi podróżnych korzystających z transportu kolejowego, położony przy linii kolejowej. Pojęć „obiekt” oraz „budynek” nie można utożsamiać.

Zauważenia wymaga, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych, nie udzielił w tym zakresie żadnych wskazówek jak należy interpretować wymóg wynikający z warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do

budynku użyteczności publicznej. Wobec braku zdefiniowania, dookreślenia przez zamawiającego postanowień SWZ odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, należy im nadać znaczenie ogólne przyjęte, z uwzględnieniem specyfiki branży, do której pojęcie to odnosi się. Powyższe wynika m. in. z wyroku KIO z dnia 03.07.2020 r., sygn. akt KIO 1001/20. A skoro tak, to z przywołanych aktów prawnych, w rozumieniu ogólnie przyjętego znaczenia i specyfiki branży, podziemny dworzec kolejowy, nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Wobec tego zamawiający nie był zobowiązany do żądania od odwołującego dodatkowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

Izba wskazuje, co następuje.

Zamawiający, pismem z 1 czerwca 2022 roku, wezwał odwołującego do złożenia dokumentów (wykazu wraz z poświadczeniami/referencjami) potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w § 8 ust. 1 SWZ.

Odwołujący, pismem z 13 czerwca 2022 roku, odpowiadając na wezwanie zamawiającego złożył stosowne dokumenty. Zakres dokumentacji złożonej przez odwołującego pozostaje poza sporem i zgodny jest z ww. informacjami.

Wykonawca opisał doświadczenie w następujący sposób: *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu obejmująca nadzór na robotami budowlanymi, Nazwa postępowania: „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew - Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna” Inwestycja obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej. Usługa obejmowała kontrolę kosztów inwestycji”*. W kolumnie dotyczącej wartości zamówienia, odwołujący wpisał *„Ponad 200 000 000,00 PLN brutto (wartość budynku)”*. Do złożonego wykazu, odwołujący załączył poświadczenie wystawione przez PKP PLK S.A. z dnia 18 marca 2018 roku.

Zamawiający, pismem z 22 czerwca 2022 roku, wezwał odwołującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego wskazanego w § 9 ust. 6 pkt 1 SWZ – Wykaz usług. Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż *„Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4.1 SWZ Zamawiający żądał, by doświadczenie Wykonawcy polegało na tym, aby „w toku jednej inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej” świadczył określone usługi. Przedstawiona w wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie kierowane do Wykonawcy zgodnie z art. 126 ust. 1 pzp usługa Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych na odcinku Łódź Widzew - Łódź wraz z budową Węzła Multimodalnego przy Dworcu Łódź Fabryczna, jak wynika z samej nazwy inwestycji oraz załączonego poświadczenia (referencji) PKP PLK z 16 marca 2018 r., nie polegała na budowie budynku użyteczności publicznej.*

Zgodnie

z informacją zawartą w złożonym przez Państwa wykazie wymieniona w nim usługa nadzoru nad inwestycją dotyczy inwestycji, która „obejmowała budowę budynku użyteczności publicznej”. Usługa nadzoru nad taką inwestycją nie potwierdza spełniania warunku, który wymagał, by nadzór był prowadzony nad inwestycją „polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej”, a tym samym wartości tam podane (200 mln zł) powinny dotyczyć budowy budynku, a nie całości prac objętych umową, w tym nadzorowanych prac na robotami sieciowymi.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wzywa do uzupełnienia Wykazu usług wraz z referencjami (lub innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi w okolicznościach wskazanych w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych) o usługę spełniającą warunek udziału w postępowaniu”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący pismem z 27 czerwca 2022 roku, wskazał, „(...)”, że zgodnie z §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 2022 r., poz. 1225), za budynek użyteczności publicznej należy uznać: „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;”, a dworzec kolejowy jest obiektem budowlanym użyteczności publicznej położonym przy linii kolejowej, w którym znajdują się pomieszczenia do obsługi pasażerów korzystających z transportu kolejowego.

W związku z powyższym przedstawiona w wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie kierowane do SAFEGE zgodnie z art. 126 ust 1 Pzp usługa pn. „Nadzór i zarządzanie nad modernizacją linii kolejowych (...)” polegająca na budowie m.in. podziemnego dworca kolejowego Łódź Fabryczna stanowi potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w § 8 ust 1 pkt. 4 I SWZ., tj. „(...) polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 200 000 000,00 PLN brutto i obejmującego kontrolę kosztów inwestycji”.

Na potwierdzenie powyższego zostało dołączone poświadczenie (załącznik nr 1), w którym na stronie nr 7 jest opisany zakres prac budowlanych wykonanych w ramach ww. usługi wraz z parametrami wybudowanego dworca kolejowego (...). Poświadczenie przesyłamy raz jeszcze ze wskazaniem powyższych parametrów.

Ponadto informujemy, iż wartość umowy, w ramach której został wybudowany budynek dworca Łódź Fabryczna (vide: załączone poświadczenie, pkt III Nadzór nad umową

podstawową, pkt 9, s. 6) opiewa na kwotę 1 430 316 627, 41 PLN netto (1 759 289 451,71 PLN brutto), podczas gdy, co zostało wskazane w wykazie usług, wartość robót budowlanych budowanego budynku dworca Łódź Fabryczna (budynek użyteczności publicznej) wynosi ponad 200 000 000,00 PLN brutto). W celu potwierdzenia prawidłowości naszych danych przekazanych w ofercie, przekazujemy w załączeniu (załącznik nr 2) Formularz ofertowy Wykonawcy Robót dla ww. inwestycji zawierający Rozbicie Ceny Ofertowej, z której wynika, że roboty budowlane dot. budowy budynku dworca opiewają na kwotę 279 283 624,67 PLN netto (vide s. 112 przywołanego dokumentu, pkt. D DWORZEC\* - należy nadmienić, że z uwagi na charakter inwestycji i sposób podziału elementów robót w RCO, faktyczna wartość budowy budynku dworca będzie większa od wskazanej, gdyż w jej zakres wchodziły również inne elementy robót zawarte w RCO związane z budową dworca)".

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego (wraz z uzupełnieniem) zamawiający wskazał, iż „Wykonawca nie spełnia ww. warunku. W wykazie usług, a także referencjach od Odbiorcy (PKP PLK) oraz wyjaśnieniach składanych na wezwanie zamawiającego wskazał bowiem, iż usługa nadzoru obejmowała budynek użyteczności publicznej, a wartość budowy budynku użyteczności publicznej przekraczała 200 mln zł, będąc elementem większej umowy o wartości ponad 1,4 mld zł. Jednakże ze złożonych wyjaśnień oraz referencji wynika, że obiekt, który w wykazie usług Safage określa jako budynek użyteczności publicznej to podziemny dworzec kolejowy Łódź Fabryczna. Nie można zakwestionować faktu, że dworzec, którego przeznaczeniem jest obsługa pasażerów w transporcie kolejowym jest obiektem użyteczności publicznej. Jednakże dworzec podziemny (a taki był nadzorowany w trakcie budowy przez Safage) nie jest budynkiem. Budynek zgodnie z definicją z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2). Podziemny dworzec nie jest zwieńczony dachem, nie posiada też fundamentów. Zgodnie z orzecznictwem sądów - np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 września 2015 r., sygn. akt II FSK 2086/13 Części podziemne obiektu, o ile mieszczą się w bryle obiektu budowlanego będącego budynkiem - powinny być traktowane jako część budynku, a nie samodzielny budynek. Jeśli obiekty budowlane podziemne nie są częścią budynku, lecz samodzielnym bytem - nie są budynkiem, lecz obiektem budowlanym. Wykonawca nie wykazał, czy nadzorowana przez niego budowa podziemnego dworca to nadzór nad samodzielnym podziemnym obiektem czy też nadzór nad budową części budynku. Jest to jednak bez szczególnego znaczenia w sprawie. Warunek udziału w postępowaniu wskazywał natomiast jednoznacznie, że pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego i nadzór nad robotami ma dotyczyć inwestycji polegającej na budowie budynku.

*Nie może być to więc budowa innego obiektu budowlanego lub budowa części budynku. Tym samym warunek nie jest przez Safage spełniony. Oferta wykonawcy podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.”.*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ulega wątpliwości, że postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu był wieloaspektowy (złożony), tj. jego spełnienie wymagało od wykonawców spełnienie kilku elementów opisanego warunku jednocześnie. Przy tak skonstruowanym warunku, koniecznym jest ustalenie poszczególnych jego elementów w kontrze do usługi referencyjnej, jaką powołuje wykonawca w celu jego (warunku) potwierdzenia.

Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, iż zamawiający pismem z 22 czerwca 2022 roku, ustalając, iż usługa nadzoru nad inwestycją referencyjną, podaną przez odwołującego, nie potwierdza spełniania warunku, który wymagał, albowiem zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się usługą nadzoru nad inwestycją „polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej”, a tym samym wartości tam podane (200 mln zł) powinny dotyczyć budowy budynku, a nie całości prac objętych umową, w tym nadzorowanych prac na robotami sieciowymi, wezwał odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług wraz z referencjami (lub innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi w okolicznościach wskazanych w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych) o usługę spełniającą warunek udziału w postępowaniu.

Jak wynika z powyższego, zamawiający wskazał na dwa aspekty wadliwości usługi podanej przez odwołującego w wykazie. Pierwszy zakres dotyczył elementu związanego z okolicznością dotyczącą charakteru budynku, który był przedmiotem usługi nadzoru, tj. zdaniem zamawiającego dworzec podziemny (a taki był nadzorowany w trakcie budowy przez odwołującego) nie jest budynkiem, czyli nie może zostać sklasyfikowany jako budynek użyteczności publicznej. Drugi element dotyczył wartości robót.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości okoliczność, iż wartość budowanego dworca przekraczała wartość minimalną określoną przez zamawiającego. Fakt ten wynika bezpośrednio z dowodu złożonego przez odwołującego, tj. (załącznik nr 2) Formularz ofertowy Wykonawcy Robót dla ww. inwestycji zawierający Rozbicie Ceny Ofertowej, z której wynika, że roboty budowlane dot. budowy budynku dworca opiewają na kwotę 279 283 624,67 PLN netto (vide s. 112 przywołanego dokumentu, pkt. D DWORZEC).

Odnosząc się zaś do pierwszego elementu wskazanego przez zamawiającego, a stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wezwanie zamawiającego musi być jednoznaczne, a wykonawca nie ma obowiązku odpowiadać na niewyartykułowane wątpliwości zamawiającego, a także, że wezwanie dotyczące tego samego dokumentu, ale w innym zakresie jest również dopuszczalne (vide: wyrok z dnia

14.10.2022 r. sygn. akt 2564/22), w którym Izba stwierdziła, iż „wezwanie nie może budzić wątpliwości co do oczekiwań Zamawiającego. Nie można więc przyjąć, że Wykonawca zgadnie czego oczekiwał Zamawiający” oraz iż „Poza sporem w orzecznictwie jest także fakt, że Zamawiający, wzywając do uzupełnienia dokumentów, powinien jednocześnie wskazać, jakie widzi w nich braki i w jakim zakresie winny być uzupełnione”. W wyroku KIO z dnia 19 maja 2014 r. (KIO 846/14) Izba uznała, że „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego.” (vide: wyrok KIO z 2015-02-20, KIO 213/15, KIO 214/15, KIO 215/15).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wezwanie zamawiającego z 22 czerwca 2022 roku, miało na tyle ogólny charakter, że wykonawca nie mógł być pewien, jakich konkretnie informacji zamawiający wymaga do przedstawienia. Co prawda zamawiający w wezwaniu odwołał się do treści opisanego warunku dotyczącego wymagania, aby usługa nadzoru dotyczyła roboty polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej, jednakże nie doprecyzował, dlaczego i w jakim zakresie podana przez odwołującego robota nie spełnia wymagania zamawiającego. Dopiero w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający odwołał się do charakteru budynku, powołując się przepisy prawa budowlanego, popierając swoje stanowisko wybranym przez siebie wyrokiem NSA.

Izba wskazuje, że ze względu na bardzo sankcyjny charakter przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b) Pzp, po stronie zamawiającego istnieje bezwzględny obowiązek szczegółowego zbadania wszelkich okoliczności, które mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty z postępowania, a co za tym idzie wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego (w zakresie omawianego zarzutu) uznać należało za przedwczesną. Jak podkreśliły na rozprawie strony postępowania oraz przystępujący, zamawiający w treści rzeczowego warunku nie odwołał się do konkretnych przepisów regulujących kwestie związane z definicją budynku użyteczności publicznej. Tym samym odwoływanie się do treści takich przepisów w czynności odrzucenia oferty odwołującego, która to treść wywołuje negatywne konsekwencje prawne i faktyczne po stronie odwołującego, uznać należy na nieprawidłową.

Dodatkowo wskazać należy, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący wskazał, jak rozumie przywoływaną część warunku udziału w postępowaniu, odwołując się do §3 pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Powyższa okoliczność powinna wzbudzić u zamawiającego wątpliwość, gdyż jak wynika to z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający odnosił się to treści innych przepisów prawa budowlanego.

Reasumując Izba stwierdziła, iż w zakresie omawianego zarzutu, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Zdaniem Izby, zamawiający otrzymując dokumenty i wyjaśnienia od odwołującego powinien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą treść otrzymanych informacji. Dopuszczalne również, a nawet wskazane w omawianym przypadku, byłoby wezwanie odwołującego do złożenia nowego wykazu ze szczegółowym uzasadnieniem, które konkretnie elementy wykazu i w oparciu o jakie przepisy nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dopiero bowiem szczegółowe wskazanie, poparte odpowiednim uzasadnieniem elementów, które w ocenie zamawiającego nie potwierdzają spełniania warunku, ukierunkują wykonawcę na tok myślowy zamawiającego i pozwolą mu (odwołującemu) na obronę swojej oferty.

Zarzut dotyczący niespełniania warunku opisanego w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I) SWZ.

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I) SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał:

*„1) co najmniej jedną osobę, do pełnienia funkcji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki posiadającą wyższe wykształcenie muzyczne albo wyższe wykształcenie techniczne i muzyczne równocześnie oraz doświadczenie w prowadzeniu słuchowych ocen brzmienia dźwięku w salach koncertowych, z udziałem grup ekspertów z zakresu akustyki muzycznej, psychoakustyki, reżyserii dźwięku i muzyków orkiestrowych, i która przeprowadziła badania opinii o jakości akustycznej co najmniej 1 sali koncertowej, z co najmniej 500 stałymi miejscami siedzącymi dla słuchaczy i estradą dla co najmniej 50 osobowej orkiestry, wśród członków orkiestry, chóru, dyrygentów, reżyserów dźwięku i akustyków posiadających doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz która dokonała dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki, zaś wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku”.*

Na potwierdzenie spełniania tego warunku odwołujący wskazał Pana (...) opisując jego doświadczenie w następujący sposób:

*„1. Kierownik zespołu ekspertów z zakresu akustyki muzycznej, psychoakustyki, reżyserii dźwięku, muzyków orkiestrowych, przeprowadził w Sali koncertowej Narodowego Forum*

*Muzyki we Wrocławiu badania opinii o jakości akustycznej wśród członków orkiestry, chóru, dyrygentów, reżyserów dźwięku i akustyków posiadających doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz dokonał dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki, zaś wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku*

- widownia sali głównej na 1 800 miejsc siedzących*
- estrada mieszcząca 120 osobową orkiestrę*
- balkon mieszczący 80 osobowy chór.*

*Zadanie obejmowało m.in. przeprowadzenie badania opinii o jakości akustycznej i dokonanie oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu w formie raportu zgodnie z wymogami wskazanymi w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I SWZ.*

*Zadanie spełnia wszystkie wymogi wskazane w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I SWZ.*

*2. Kierownik zespołu ekspertów z zakresu akustyki muzycznej, psychoakustyki, reżyserii dźwięku, muzyków orkiestrowych, wykonał badania opinii o jakości akustycznej sali operowej Opery Wrocławskiej. Testy subiektywne dotyczyły badania opinii o jakości akustycznej głównej sali Opery Wrocławskiej wśród członków orkiestry, chóru, dyrygentów, reżyserów dźwięku*

*i akustyków posiadających doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz dokonał dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki, zaś wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku.*

- widownia sali operowej na 743 miejsc siedzących*
- scena mieszcząca 120 osobową orkiestrę oraz 50 osobowy chór.*



- *orkiestron dla 70 muzyków*

*Zadanie obejmowało m.in. przeprowadzenie badania opinii o jakości akustycznej i dokonanie oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu w formie raportu zgodnie z wymogami wskazanymi w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I SWZ.*

*Zadanie spełnia wszystkie wymogi wskazane w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I SWZ.*

*W dniu 22 czerwca 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie funkcji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki, w następującym zakresie: „Z informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej w poz. 12 tabeli Wykazu osób, nie wynika na rzecz jakich podmiotów świadczone były przez Eksperta usługi stanowiące jego doświadczenie ujęte w Wykazie, w szczególności wykonanie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku. Prosimy o podanie nazwy i adresu instytucji, która zlecała wykonanie raportu wymaganego w doświadczeniu eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki. Informacje te są niezbędne do zweryfikowania doświadczenia Eksperta wymaganego zgodnie z § 8 ust 1 pkt 4.II lit. I) SWZ.”*

*Odwołujący przekazał zamawiającemu wymagane informacje, a także potwierdzenia Opery Wrocławskiej i Narodowego Forum Muzyki.*

*Następnie, jak wynika z treści pisma z 12 września 2022 r. „Wniosek o odrzucenie oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu” (przekazanego odwołującemu w dniu 14 listopada 2022 r.) zamawiający samodzielnie pozyskał jeden z Raportów (tj. Raport wykonany dla Narodowego Forum Muzyki) i po przeprowadzeniu jego analizy uznał, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż: „W świetle informacji złożonych przez Wykonawcę, a także uzyskanych przez Zamawiającego informacji od podmiotów, które były inwestorami lub są użytkownikami obiektów, w których badano akustykę z udziałem eksperta wskazanego w ofercie Safage, całość warunku udziału w postępowaniu jest przez Safage (eksperta Safage) nie spełniona. Wykonawca w zakresie spełnienia ww. warunku przedłożył, iż wykonał badania i sporządził raport dla:*

*1) Narodowego Forum Muzyki (Pl. Wolności 1, 50-071 Wrocław)*

*2) Opery Wrocławskiej (ul. Świdnicka 35, 50-066 Wrocław).*

*Na postawie złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę i podmioty, na których rzecz wykonano badania bezsporny jest fakt, iż w czasie badań nie odbyły się koncerty z udziałem publiczności. Przedmiotowy warunek jednoznacznie określił, iż doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz która dokonała dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów. Z ogólnie dostępnych informacji umieszczonych na stronie internetowej każdej z ww. instytucji wynika, iż w datach określonych przez wykonawcę nie odbył się żaden koncert z udziałem publiczności. Tym samym przeprowadzone badania nie spełniają określonego w SWZ warunku.*

*Zamawiający nie pozyskał raportu z badań wykonanych dla Opery Wrocławskiej (ul. Świdnicka 35, 50-066 Wrocław). Natomiast po przeprowadzonej analizie zakresu merytorycznego raportu wykonanego dla Narodowego Forum Muzyki (Pl. Wolności 1, 50-071 Wrocław) stwierdzono, iż: Raport, jest bezwartościowy i świadczy o braku kompetencji osób, które przeprowadziły badania. Autorzy raportu nieudolnie posłużyły się opracowaniem na temat ocen słuchowych prof. Tomasza Łętowskiego, wydaną w roku 1976 przez Wydawnictwa Radia i Telewizji w formie skryptu. Skrypt ten poświęcony był głównie zagadnieniom oceny słuchowej urządzeń elektroakustycznych. W raporcie jest wiele elementów, które dyskwalifikują ten materiał i również nasuwają wątpliwość czy badanie te zostały w ogóle przeprowadzone. Analiza statystyczna nie spełnia żadnych kryteriów metodologicznych.*

*W raporcie nie ma żadnej analizy wyników ani żadnych merytorycznych wniosków. Na początku raportu nie podano, w jakim celu przeprowadzono oceny słuchowe. Brakuje bardzo istotnego elementu raportu w zakresie analizy oceny słuchowej. Wyniki ocen słuchowych sal koncertowych analizowane są zwykle w odniesieniu wyników pomiarów podstawowych właściwości akustycznych sal a w bardziej szczegółowych badaniach w odniesieniu do wskaźników jakości sal wyprowadzonych m.in. z rejestracji odpowiedzi impulsowych. W przestany raport nie ma żadnej analizy. Ponadto autorzy podali w sposób bardzo skromny literaturę, która była podstawą badań”.*

Zatem z pisma z 12 września 2022 r. wynika, iż zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, z powodu 2 okoliczności:

a) Braku w trakcie badań koncertów z udziałem publiczności;

b) Uznaniu, że raport jest „bezwartościowy” co ma świadczyć o braku kompetencji osób przeprowadzających badania ocenionych na podstawie analizy tylko jednego z dwóch raportów, pozyskanych samodzielnie przez zamawiającego, a nie przekazanych przez wykonawcę. W piśmie stwierdzono, iż „Raport, jest bezwartościowy i świadczy o braku kompetencji osób, które przeprowadziły badania”.

Tymczasem w treści warunku udziału w postępowaniu nie ma wymagania, żeby badania miały odbywać się z „udziałem publiczność” lecz „słuchaczy”, co nie jest tożsame. W treści warunku nie występuje również wymaganie, aby badania dokonywane były w trakcie „koncertów z udziałem publiczność” lecz „prób orkiestry i koncertów”. Tym samym, słuchaczami mogły być dowolne osoby obecne na widowni. Badania przeprowadzane podczas prób, mogą się odbywać z udziałem słuchaczy, którzy nie są publicznością. Zatem warunek jest spełniony, pomimo braku udziału publiczności.

W ocenie odwołującego, odwołujący warunek ten spełnił, co wynika wprost ze złożonych dokumentów:

a. Pisma Opery Wrocławskiej w którym stwierdzono, że ocena obejmowała m.in. jakość dźwięku odbieranego przez „*słuchaczy na widowni*”.

b. Pisma Narodowego Forum Muzyki, w którym stwierdzono, że ocena obejmowała m.in. jakość dźwięku odbieranego przez „*słuchaczy i realizatorów na widowni*”.

Odnosnie drugiego zarzutu, tj. „bezwartościowości” raportu - takiej oceny w ogóle nie przewidywał w treść warunku. Treść warunku ani określenie sposobu weryfikacji jego spełnienia nie przewidywało możliwości badania przez zamawiającego „jakości” raportu. Zamawiający nie przewidział ani obowiązku przedkładania przez wykonawców takich raportów ani kryteriów jego oceny, tzn., kiedy zamawiający uzna raport za spełniający jego wymagania, a kiedy nie. Zatem stwierdzenie, iż jest on „bezwartościowy” stanowi daleko idące nadużycie przy dokonywaniu oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wyraz arbitralnej oceny, a także rażące naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający uzurpuje sobie *de facto* rolę weryfikatora należytego wykonania prac na rzecz innego podmiotu.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający nigdy nie wezwał odwołującego do uzupełnienia w tym zakresie, od razu odrzucając jego ofertę.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest rozszerzanie warunku o nowe wymagania na etapie jego oceny. Zapobiega to uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie zastosował jeszcze art. 128 ust. 1 Pzp tj. obowiązkowego wezwania do uzupełnienia niekompletnych dokumentów (po stwierdzeniu niekompletności). Wzywał jedynie do wyjaśnień treści wykazu osób w zakresie doświadczenia jednego z ekspertów”.

Ponieważ zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, jak również, poza wezwaniem do wskazania podmiotów, na rzecz których były wykonywane raporty, nie wzywał również do wyjaśnień. Zatem czynność odrzucenia oferty należy uznać zarówno za nieuzasadnioną jak również za przedwczesną.

Zamawiający wskazał, że opisał w sposób bardzo precyzyjny i wieloaspektowy warunek dotyczący kompetencji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki, w którym wymagał łącznie by była to osoba posiadająca (...). W świetle informacji złożonych przez wykonawcę, a także uzyskanych przez zamawiającego od podmiotów, które były inwestorami lub są użytkownikami obiektów, w których badano akustykę z udziałem eksperta wskazanego w ofercie Safage, całość warunku udziału w postępowaniu przez Safage (eksperta Safage) nie został spełniony. Zamawiający wnikliwie przeanalizował treść złożonych dokumentów w zakresie doświadczenia osoby do pełnienia funkcji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki.

Wykonawca przekazał zamawiającemu „Potwierdzenie subiektywnych badań akustycznych” wystawione przez Narodowe Forum Muzyki, Pl. Wolności 1, 50-071 Wrocław (dalej NFM). Z treści dokumentu w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika, iż przedmiotowe badanie zostało przeprowadzone jedynie w trakcie prób, natomiast nie wykonano tych badań podczas koncertów.

Zamawiający na podstawie ogólnodostępnych informacji udostępnionych na stronie internetowej Narodowego Forum Muzyki oraz na podstawie przekazanego przez NFM raportu z badań stwierdził, iż: *nie wykonano oceny podczas koncertu. Niemożliwe było dokonanie oceny wśród członków chóru, ponieważ repertuar nie obejmował utworu, w którym uczestniczy chór, liczba przebadanych osób nie odpowiada definicji orkiestry.*

Zamawiający na podstawie oświadczenia Opery Wrocławskiej (ul. Świdnicka 35, 50-066 Wrocław) przekazanej przez wykonawcę ustalił, iż badania zostały przeprowadzone w dniach od 10 do 14 grudnia 2020 r. czasie „prób i spektaklu”. Dla zamawiającego stało się oczywiste, iż wykonawca nie spełnił w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, iż z oficjalnych informacji zawartych na stronie internetowej Opery Wrocławskiej wynika, iż w okresie od 24.11.2020 r. do 27.12.2020 r. odwołano zaplanowane na miesiąc grudzień wydarzenia, archiwalne repertuary oraz komunikaty dostępne na stronach ww. instytucji: <https://www.opera.wroclaw.pl/1/archiwum2021.php>

[https://www.opera.wroclaw.pl/1/aktualnosci-szczegoly.php?\\_id=1219](https://www.opera.wroclaw.pl/1/aktualnosci-szczegoly.php?_id=1219)

W tym czasie obowiązywały obostrzenia sanitarne wynikające z stanu epidemii obowiązujące na terenie RP od 20 marca 2020 r. zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491).

Zamawiający świadomie wymagał, aby badania zostały przeprowadzone w czasie koncertów. W ocenie zamawiającego wydaje się oczywiste, iż wykładnia gramatyczna wskazują, iż dotyczy to co najmniej dwóch wydarzeń muzycznych z udziałem publiczności. Zamawiający zwraca uwagę, iż dla każdego profesjonalisty w zakresie akustyki jest oczywiste, iż akustyka pustej sali w znacznym stopniu zmienia się po wypełnieniu sali publicznością. Różnice te obserwuje się zarówno w pomiarach wskaźników akustycznych, jak i w ocenach słuchowych. W dużej sali koncertowej czas pogłosu maleje o około 20%. Zmieniają się też barwa dźwięku, czytelność oraz wiele innych cech brzmienia. Muzycy z łatwością rozpoznają w sali zmianę brzmienia dźwięku instrumentów przy zmianie czasu pogłosu o 5%. W sposób ogólny można powiedzieć, że wypełnienie sali publicznością wpływa na wszystkie mierzone wskaźniki akustyczne oraz na wszystkie cechy brzmienia dźwięku oceniane w badaniach słuchowych. Próba orkiestry oraz transmisje on-line odbywają się w identycznych albo bardzo podobnych warunkach akustycznych. Porównywanie tych dwóch sytuacji niczego istotnego nie wnosi. Dlatego zamawiający po

analizie wykazanych przez wykonawcę badań akustycznych stwierdził, iż w tym każdym przypadku zabrakło podstawowego elementu oceny, jakim jest ocena sali wypełnionej publicznością.

Mając na względzie powyższy wywód uznać należy, że wszystkie zarzuty, w tym także zarzut naruszania art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, sformułowane przez odwołującego są chybione i jako takie nie zasługują na uwzględnienie, zatem odwołanie zasługuje na oddalenie w całości jako bezzasadne.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba wskazuje, iż zamawiający mógł oceniać spełnienie warunku udziału w postępowaniu tylko w tym zakresie w jakim opisał ten warunek oraz sposób jego spełnienia. Tymczasem zamawiający, jak to wynika ze Sprostowania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28 listopada 2022 r. dokonał oceny spełniania tego warunku w oparciu o zupełnie inne niż pierwotnie postawione, kryteria. tj. wskazał, iż:

*„a) w datach określonych przez wykonawcę nie odbył się żaden koncert z udziałem publiczności. Tym samym przeprowadzone badania nie spełniają określonego w SWZ warunku,*

*oraz*

*b) zamawiający nie pozyskał raportu z badań wykonanych dla Opery Wrocławskiej (ul. Świdnicka 35, 50-066 Wrocław). Natomiast po przeprowadzonej analizie zakresu merytorycznego raportu wykonanego dla Narodowego Forum Muzyki (Pl. Wolności 1, 50-071 Wrocław) stwierdzono, iż (...).”*

Zamawiający uznał zatem, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z powodu 2 okoliczności:

- a. Braku w trakcie badań koncertów z udziałem publiczności;
- b. Uznaniu, że raport jest „bezwartościowy” co ma świadczyć o braku kompetencji osób przeprowadzających badania ocenionych na podstawie analizy tylko jednego z dwóch raportów, pozyskanych samodzielnie przez zamawiającego, a nie przekazanych przez wykonawcę. W piśmie stwierdzono, iż *„Raport, jest bezwartościowy i świadczy o braku kompetencji osób, które przeprowadziły badania”*.

Izba wskazuje, że w treści warunku udziału w postępowaniu nie ma wymagania, żeby badania miały odbywać się z „udziałem publiczności” lecz „słuchaczy”, co nie jest tożsame. W treści warunku nie występuje również wymaganie, aby badania dokonywane były w trakcie „koncertów z udziałem publiczności” lecz „prób orkiestry i koncertów”.

Zdaniem Izby, słuchaczami mogły być dowolne osoby obecne na widowni. Badania przeprowadzane podczas prób, mogą się odbywać z udziałem słuchaczy, którzy nie są publicznością. Zatem warunek jest spełniony, pomimo braku udziału publiczności.

Jak słusznie wskazał odwołujący, odwołujący warunek ten spełnił, co wynika wprost ze złożonych dokumentów:

a. Pisma Opery Wrocławskiej w którym stwierdzono, że ocena obejmowała m.in. jakość dźwięku odbieranego przez „słuchaczy na widowni”,

b. Pisma Narodowego Forum Muzyki (dalej „NFM”) w którym stwierdzono, że ocena obejmowała m.in. jakość dźwięku odbieranego przez „słuchaczy i realizatorów na widowni”.

Ponadto, jak wynika z informacji przekazanych przez wykonującą badania Pracownię, badania zostały przeprowadzone w trakcie prób, koncertów online oraz nagrań. W tamtym okresie ze względu na pandemię nie odbywały się koncerty biletowane z fizycznie obecną publicznością, co jednak, w świetle warunku postawionego przez zamawiającego oraz w kontekście prawidłowości przeprowadzenia badań jest bez znaczenia. Na widowni w trakcie obu wyżej wymienionych badań znajdowali się słuchacze, którzy brali udział w badaniach (co wynika również wprost m.in. z treści Raportu pozyskanego przez zamawiającego). Sale nie były w pełni obsadzone słuchaczami, ale zamawiający w SWZ nie określił takiego wymogu - nie przedstawił wymagań ilościowych w zakresie minimalnej liczby słuchaczy czy procentowego stopnia wypełnienia sali słuchaczami podczas badania. Zamawiający określił jedynie parametry sali - miała być wyposażona w co najmniej 500 stałych miejsc siedzących dla słuchaczy. Badania w NFM objęły próby, koncert i jego nagrania, przy czym koncert był transmitowany na żywo i dostępny online w ciągu 24 godzin. Była to Symfonia praska - online, wydarzenie realizowane 18.12.2020 r. w Sali Głównej Narodowego Forum Muzyki koncert orkiestrowy, w którego repertuarze znalazłby się I Koncert fortepianowy e-moll Fryderyka Chopina oraz Symfonia D-dur KV 504 Wolfganga Amadeusza Mozarta zagrane przez T. M. na fortepianie i NFM Filharmonię Wrocławską pod batutą M. V..

Natomiast badania w Operze Wrocławskiej objęły próby, koncert i jego nagrania, przy czym koncert był transmitowany w późniejszym terminie niż okres badań, ponieważ była to Gala Sylwestrowa - duże wydarzenie w Sali Głównej Opery Wrocławskiej transmitowane 31.12.2020 r. Gala Sylwestrowa objęła spektakle operowe „Traviata” Giuseppe Verdiego, „Cyganeria” Giacomo Pucciniego oraz „Napój miłosny” Gaetano Donizettiego. Orkiestrę Opery Wrocławskiej poprowadzili dyrygenci B. A. oraz A. B., wydarzenie odbyło się z udziałem kilkudziesięciosobowej orkiestry, chóru oraz aktorów operowych.

Odnosnie drugiego zarzutu, tj. „bezwartościowość” raportu – Izba wskazuje, iż takiej oceny w ogóle nie przewidywała treść warunku. Treść warunku ani określenie sposobu weryfikacji jego spełnienia nie przewidywało możliwości badania przez zamawiającego „jakości” raportu. Zamawiający nie przewidział ani obowiązku przedkładania przez wykonawców takich raportów ani kryteriów jego oceny, tzn., kiedy zamawiający uzna raport za spełniający jego wymagania, a kiedy nie. Zatem stwierdzenie, iż jest on „bezwartościowy”

stanowi daleko idące nadużycie przy dokonywaniu oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wyraz arbitralnej oceny, a także rażące naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Reasumując stwierdzić należało, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań. Zapobiega to uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, nie jest również dopuszczona rozszerzająca, nieznajdująca odzwierciedlenia

w literalnym brzmieniu, interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu (vide: wyrok Izby z 2 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2709/22, wyrok z 21 czerwca 2022 roku, sygn. akt KIO 1437/22, wyrok z 30 września 2020 roku, sygn. akt KIO 1927/20, wyrok z 14 marca 2012 roku, sygn. akt KIO 411/12).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu niezasadnie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, która to czynność była wynikiem niewłaściwej oceny oferty odwołującego. Zamawiający kierując wezwaniem do odwołującego wskazał, iż *„Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia osoby wskazanej jako Ekspert akustyki muzycznej i psychoakustyki w Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 8 ust 1 pkt 4.II SWZ. Z informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej w poz. 12 tabeli Wykazu osób, nie wynika na rzecz jakich podmiotów świadczone były przez Eksperta usługi stanowiące jego doświadczenie ujęte w Wykazie, w szczególności wykonanie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku. Prosimy o podanie nazwy i adresu instytucji, która zlecała wykonanie raportu wymaganego w doświadczeniu eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki. Informacje te są niezbędne do zweryfikowania doświadczenia Eksperta wymaganego zgodnie z § 8 ust 1 pkt 4.II lit. I) SWZ”*.

Z treści powyższego wezwania jednoznacznie wynika, że zamawiający żądał złożenia wyjaśnień dotyczących eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki (poz. 12 tabeli wykazu osób) w zakresie wskazania przez wykonawcę na rzecz jakich podmiotów świadczone były przez eksperta usługi stanowiące jego doświadczenie ujęte w wykazie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył stosowne raporty, o których mowa powyżej.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wskazał, iż w świetle informacji złożonych przez wykonawcę, a także uzyskanych przez zamawiającego informacji od podmiotów, które

były inwestorami lub są użytkownikami obiektów, w których badano akustykę z udziałem eksperta wskazanego w ofercie Safage, całość warunku udziału w postępowaniu jest przez Safage (eksperta Safage) niespełniona.

Zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (...).

Zdaniem Izby, biorąc powyższe okoliczności pod uwagę zamawiający powinien w pierwszej kolejności, jeżeli takie wątpliwości posiadał, zwrócić się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych

w postępowaniu), a w przypadku negatywnej oceny złożonych wyjaśnień wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w zakresie w jakim stwierdzi, iż złożony wykaz oraz wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania zamawiający nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności, na które wskazywał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty. Zamawiający nie wzywał też odwołującego do uzupełnienia wykazu osób.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....