

**Sygn. akt: KIO 1256/22**

**WYROK**

**z dnia 15 czerwca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. w Krakowie, działającą w imieniu i na rzecz Miasta Krakowa**

przy udziale wykonawcy **Porr S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **NDI S.A. w Sopocie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Control Process S.A. w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z żądaniami 1-16, 18 odwołania,**
2. **w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia przez wykreślenie kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy” opisanego w pkt 18) ppkt 3. SWZ,**
3. **kosztami postępowania obciąża Agencję Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. w Krakowie, działającą w imieniu i na rzecz Miasta Krakowa i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Agencji Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. w Krakowie, działającej w imieniu i na rzecz Miasta Krakowa** na rzecz wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie** kwotę **24.002 zł 92 gr** (słownie: dwudziestu czterech tysięcy dwóch złotych dziewięćdziesięciu dwóch groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Agencja Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. w Krakowie, działająca w imieniu i na rzecz Miasta Krakowa, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji inwestycji pn.: „ Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” przy ul. Piastowskiej w Krakowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 kwietnia 2022 r., nr 2022/S 084-223207.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 9 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Skanska S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i przepis art. 433 pkt 4) ustawy Pzp przez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający przez sformułowanie otwartego opisu przedmiotu zamówienia czyli przyznanie, że opis ten jest niepełny, a wykonawca ma dokończyć opisanie przedmiotu zamówienia na etapie realizacji, a tym samym niemożność oszacowania oferty oraz przeniesienie odpowiedzialności za dokumentację projektową na wykonawcę i ryzyko późniejszych nieznanych robót, podczas gdy to zamawiający ponosi odpowiedzialność za dokumentację projektową,
- 2) art. 16 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie wymogów dotyczących doświadczenia wykonawcy w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, co doprowadza do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, a także narusza zasadę proporcjonalności oraz kształtuje wymagania ponad poziom umożliwiające realizację zamówienia w odpowiednim standardzie jakości; tym samym może uniemożliwić zainteresowanym wykonawcom, w tym i jemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. przepisach Pzp,
- 3) art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a także art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie kryterium oceny ofert w sposób niemający wpływu na jakość wykonania zamówienia, a

jednocześnie dyskryminujący doświadczenie osób, które nabyły doświadczenie zawodowe w stopniu pozwalającym na prawidłową realizację zamówienia, określenie dodatkowego doświadczenia kierownika budowy (sala koncertowa na 500 osób) w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego wreszcie poprzez takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert oraz wzoru, który ma stosować zamawiający w celu oceny ofert, które może doprowadzić zamawiającego do wybrania oferty za cenę wielokrotnie przekraczającą budżet zamawiającego i tym samym do unieważnienia postępowania lub do wydatkowania środków publicznych w sposób niegospodarny, czyli naruszający przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych,

- 4) art. 16, 17 ust. 1 i 2, a także 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i art. 433 pkt 4) ustawy Pzp przez:
- a) ustanowienie zbyt krótkiego, nierealnego terminu wykonania zamówienia (10 miesięcy od podpisania umowy) w stosunku do zakresu robót i świadczeń, które ma wykonać wykonawca.
  - b) modyfikację subklauzul umowy wymienionych w dalszej części odwołania w sposób naruszający równowagę stron umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykreślenia z opisu Warunków Ogólnych Umowy sformułowania: „drugie wydanie angielsko-polskie 2004 oraz” (pkt 1.7 str. 3-4 SWZ), albowiem nie ma takiego wydania na polskim rynku;
- 2) wykreślenia postanowienia zawierającego następujący obowiązek wykonawcy:  
*„uzyskanie warunków i zgody prowadzenia robót w rejonach (strefach) innych operatorów jak przykładowo elektryka, gaz, woda, kanalizacja, drogi, nadzór archeologiczny, konserwatorski, przyrodniczy, itp.” – pkt 1.11, str. 4 SWZ, ewentualnie dodanie na końcu tego punktu: „Uzyskanie tych warunków oraz zgód nastąpi w imieniu, na rzecz i na koszt Zamawiającego, który udzieli Wykonawcy stosownych pełnomocnictw. Termin wykonania zamówienia zostanie przedłużony o czas wynikający z konieczności uzyskania przez Wykonawcę zgód i warunków o których mowa w niniejszym punkcie. Za wykonanie uzgodnionych prac, zgodnie z uzyskanymi warunkami Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie wynikające ze stawek określonych w ofercie, a w razie braku w ofercie robót, które będzie miał wykonać Wykonawca wynagrodzenie zostanie ustalone na podstawie kalkulacji indywidualnej Wykonawcy, którą przedstawi on Zamawiającemu do akceptacji, a która będzie odpowiadała cenom rynkowym w czasie wykonania konkretnych prac”;*
- 3) wykreślenia z dodatkowego zapisu SWZ (subklauzula 4) następującego zdania:

*„Niewykonanie obowiązku powiadomienia Zamawiającego (inwestora) rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą Wykonawcy za powstałą w związku z tym szkodę”. Ewentualnie wniósł o dodanie po kwestionowanym zdaniu: „Zamawiający potwierdza, że wymagania względem wykonawcy ogranicza się do staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych, a nie od projektanta”;*

- 4) zmodyfikowania punktu 1.4.8 SWZ (str. 3) o treści: *„W przypadku stwierdzenia konieczności wykonania remediacji gruntu, w związku z wynikami i wnioskami z badań gruntu jakie Wykonawca ma zrealizować w miejscu zbiorników po zlikwidowanej stacji paliw, Strony uzgodnią stosowny aneks do umowy i przewidują możliwość zwiększenia wynagrodzenia oraz ewentualnie wydłużenia terminu realizacji.”* w taki sposób, by zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy i wydłużenie terminu realizacji w konsekwencji remediacji gruntu było obowiązkiem, a nie zależało od uznania Zamawiającego;
- 5) dokonania modyfikacji punktu 1.15 SWZ (str. 5): *„Zamawiający informuje że w okresie realizacji inwestycji na terenie sąsiednich działek będą realizowane odrębne inwestycje (budowa parkingu wielopoziomowego oraz przebudowa ul. Piastowskiej), w związku z czym Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do współpracy z Zamawiającym przy wszelkich pracach na styku inwestycji, udostępniania terenu, uwzględnienia zmian przy działaniach dotyczących zagospodarowania terenu, infrastruktury drogowej, sieci, zieleni itp. W przypadku konieczności podjęcia dodatkowych robót lub zmiany harmonogramu prac mających wpływ na termin realizacji całej inwestycji Strony uzgodnią stosowny aneks do umowy i przewidują możliwość zwiększenia wynagrodzenia oraz ewentualnie wydłużenia terminu realizacji.”* w ten sposób, by zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy i wydłużenie terminu realizacji w konsekwencji realizacji odrębnych inwestycji było obowiązkiem, a nie zależało od uznania Zamawiającego;
- 6) udostępnienia wykonawcom wyczerpującej listy zezwoleń, licencji i zatwierdzeń, jakie zgodnie z wiedzą Zamawiającego, odpowiedzialnego za opis przedmiotu zamówienia będzie musiał uzyskać wykonawca w związku z subklauzulą 2.2 Szczególnych Warunków Kontraktu, zgodnie z którą: *„Wykonawca uzyska wszelkie dodatkowe zezwolenia, wymagane w Rzeczypospolitej Polskiej, od właściwych władz na swój własny koszt (np. przekładki mediów, utylizacji odpadów, itp.)”*. Wniósł także o wykreślenie ostatniego zdania tej subklauzuli lub o jego modyfikację poprzez dodanie po przecinku: *„o ile wykonawca mógł i powinien był przewidzieć konieczność uzyskania tych zezwoleń na podstawie dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego w przetargu”;*
- 7) umożliwienia wykonawcom dokonania wizji lokalnej;
- 8) przekazania wykonawcom dokumentacji związanej z likwidacją istniejących instalacji elektrycznych w terenie;

- 9) urealnienia wymagań zamawiającego odnośnie do elementów konstrukcji żelbetowej, zgodnie z obowiązującą w tym zakresie normą (załącznik nr 6 do odwołania);
- 10) przywrócenia pierwotnej treści subklauzuli 4.10 Warunków Ogólnych umowy;
- 11) usunięcia z subklauzuli 4.11 umowy („*Uznaje się, iż w celu dokładnego zrozumienia zakresu Robót i ustalenia wystarczalności Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, Wykonawca przed złożeniem Oferty dogłębnie zaznajomił się z zawartością i wymaganiami dokumentacji projektowej oraz Warunkami Kontraktu.*”) sformułowania „*i ustalenia wystarczalności Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej*” – wynagrodzenie ma charakter otwarty, kosztorysowy i Zaakceptowana Kwota Kontraktowa jest kwotą szacunkową;
- 12) modyfikacji subklauzuli 5.4 umowy w tej części, w które się stwierdza, że „*Tak długo jak stosowne oświadczenia nie wpłyną do Zamawiającego tak długo Wykonawca nie otrzymuje tych kwot wynagrodzenia.*” poprzez dodanie po przecinku „*chyba że fakt dokonania przez Wykonawcę wymagalnej płatności na rzecz podwykonawcy nie będzie ulegał wątpliwości, a uzyskanie oświadczenia od podwykonawcy będzie obiektywnie niemożliwe i jednocześnie w odniesieniu do konkretnej płatności na rzecz danego podwykonawcy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dowód uiszczenia wynagrodzenia (np. potwierdzenie przelewu)*”;
- 13) przywrócenia punktu d) w subklauzuli 8.4 SWZ;
- 14) przywrócenia obowiązku zwrotu przez Zamawiającego poniesionego przez wykonawcę kosztu, o którym mowa w punkcie b) subklauzuli 10.3 umowy;
- 15) wykreślenia następującego fragmentu subklauzuli 11.9 umowy: „*Wypełnienie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uznane dopóki Zamawiający i Inżynier nie dokonają przeglądu i odbioru po okresie zgłaszania wad i usterek, przeprowadzonego zgodnie z wymogami Kontraktu i dopóki Inżynier nie wystawi Wykonawcy Świadcstwa Wykonania stwierdzającego datę, z którą Wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z Kontraktu.*” jako sprzecznego z przepisem art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;
- 16) dokonania modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących doświadczenia wykonawcy (pkt 2.4.2, str. 13 swz), w następujący sposób:
  - \*) *posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, tzn. wykażą, że w ciągu ostatnich 10 lat (...), zrealizowali dwie roboty budowlane w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu, o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł oraz łącznej kubaturze dwóch wykonanych obiektów nie mniejszej niż 100 000 m<sup>3</sup>*”

ewentualnie, jeśli Zamawiający dowiedzie zasadności wymogu odnoszącego się do miejsc oraz charakteru docelowego budynku, wniósł o modyfikację poprzez jeden z poniższych sposobów:

a) „posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, tzn. wykażą, że w ciągu ostatnich 10 lat (...), zrealizowali dwie roboty budowlane w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu, w tym co najmniej jednego obiektu zawierającego salę koncertową lub salę wielofunkcyjną, przygotowaną do realizacji profesjonalnych koncertów i przedstawień muzycznych o widowni dla co najmniej 600 osób, o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł oraz łącznej kubaturze dwóch wykonanych obiektów nie mniejszej niż 100 000 m<sup>3</sup>”,

b) „posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, tzn. wykażą, że w ciągu 10 lat (...), zrealizowali dwie roboty budowlane polegające na budowie/przebudowie/remontie obiektów użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu, w tym co najmniej dwóch obiektów zawierających salę koncertową lub salę wielofunkcyjną, przygotowaną do realizacji profesjonalnych koncertów i przedstawień muzycznych o widowni dla co najmniej 400 osób każda, o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł oraz łącznej kubaturze dwóch wykazanych obiektów nie mniejszej niż 100 000 m<sup>3</sup>”.

17) dokonania modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zmianę w punkcie 3, str. 30 SWZ dotyczącym kryterium oceny ofert kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy na inne jakościowe kryterium, np. okres gwarancji jakości, której zamawiającemu udzieli wykonawca;

18) dokonania modyfikacji terminu wykonania zamówienia (pkt 6 str. 9-10 SWZ) z 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy do 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W uzasadnieniu zarzutu związanego z żądaniem nr 17 odwołania odwołujący wskazał, że łączne spełnienie wymagań dla kierownika budowy jest warunkiem wysoce nadmiernym, nie ma też związku z przedmiotem zamówienia. Według odwołującego należy analizować doświadczenie przez stopień skomplikowania budowy i czas realizacji. Zdaniem odwołującego nie ma żadnego znaczenia to, czy budowa dotyczyła sali koncertowej i na ile miejsc ta sala była, gdyż niniejsze zamówienie nie obejmuje robót polegających na wybudowaniu bezpośrednio sali koncertowej, a tylko konstrukcji, o której docelowym przeznaczeniu zdecyduje zamawiający.

Odwołujący podkreślał należy, że wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie budowy sali koncertowej na określoną liczbę miejsc, mimo iż przedmiot umowy nie odnosi

się na obecnym etapie do tego typu obiektu w żadnej części i w żadnym stopniu, nie ma wpływu na jakość wykonania zamówienia, stąd zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp kryterium to nie powinno być tak sformułowane. Ponadto, kryterium to dyskryminuje osoby, które dysponują doświadczeniem potrzebnym zamawiającemu. Odwołujący przedstawił także w odwołaniu symulację dwóch możliwych scenariuszy celem wykazania nieadekwatności przyjętego przez zamawiającego sposobu ustalenia oferty najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego obrazuje to rzeczywistą wartość odpowiednio jednej i dwóch realizacji dodatkowych – przy takich założeniach przyjętych przez zamawiającego, obniżenie ceny o kilka czy kilkanaście tysięcy złotych może skutkować najwyższą punktacją dla oferty na przykład za 950 000 000 zł.

Według odwołującego, takie określenie dodatkowego doświadczenia kierownika budowy (sala koncertowa na 500 osób) w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego oraz ukształtowanie kryteriów oceny ofert i wzoru, który ma stosować zamawiający w celu oceny ofert, doprowadzić może zamawiającego do wybrania oferty za cenę wielokrotnie przekraczającą budżet zamawiającego i tym samym do unieważnienia postępowania lub do wydatkowania środków publicznych w sposób niegospodarny, czyli naruszający przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2021.305 t.j. z dnia 2021.02.18). Odwołujący argumentował, że zamawiający publiczny natomiast ma obowiązek przeprowadzić postępowanie z jednej strony formułując wymagania wobec wykonawców adekwatnie do przedmiotu umowy, a z drugiej strony mając na uwadze to, że wydatkuje pieniądze podatników.

Uzasadnienie zarzutów związanych z żądaniami 1-16, 18 odwołania nie zostanie przytoczone jako bezcelowe, z uwagi na wycofanie odwołania w tym zakresie przez odwołującego.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia Izby w dniu 30 maja 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów związanych z żądaniami 1-8, 10-16, 18 odwołania.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia Izby w dniu 13 czerwca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów związanych z żądaniem 9 odwołania.



Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- a) Budimex S.A. w Warszawie,
- b) Porr S.A. w Warszawie,
- c) NDI S.A. w Sopocie,
- d) Control Process S.A. w Krakowie.

Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), modyfikacje SWZ, odpowiedzi na pytanie dotyczące SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

- 1) *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
- 2) *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Przepis art. 241 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.*
2. *Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do*

*elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.*

*3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

Przepis art. 242 ustawy Pzp stanowi, że:

*1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:*

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;*
- 2) ceny lub kosztu.*

*2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:*

*(...)*

*5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji inwestycji pn.: Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” przy ul. Piastowskiej w Krakowie.

Ustalono, że ostatecznym celem zamawiającego była budowa obiektu podyktowana potrzebą zapewnienia siedziby dla orkiestr miejskich (Sinfonietta Cracovia, Capella Cracoviensis), budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”.

Zgodnie z pkt 1.3. SWZ, przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu było wykonanie Etapu I tak zaplanowanej inwestycji. Etap I obejmował zaś *roboty przygotowawcze w terenie w tym likwidacja istniejących instalacji, nasadzenia drzew, roboty ziemne, wykonanie stanu surowego otwartego obiektu, wykonanie pokrycia dachu, montaż fasad zewnętrznych, wykonanie elewacji zewnętrznej, wykonanie instalacji wewnętrznych deszczowej, odgromowej, sanitarnej podposadzkowej, wykonanie sieci w terenie, wykonanie infrastruktury drogowej wewnętrznej. Kubatura obiektu: 117 470 m<sup>3</sup>, powierzchnia zabudowy: 7734,85 m<sup>2</sup>, przybliżona powierzchnia użytkowa obiektu: 13 398,71m<sup>2</sup>.*

Ustalono ponadto, że w pkt 8. SWZ zamawiający wskazał, że:

*2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)*

*2.4 zdolności technicznej lub zawodowej, czyli:*

*2.4.1 dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.: (...)*

*2.4.1.2 osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, posiadającą 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu obowiązków Kierownika Budowy i*

*doświadczenie w realizacji obowiązków kierownika budowy co najmniej dwóch zakończonych robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów użyteczności publicznej wraz z zagospodarowaniem terenu o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100.000.000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych brutto) oraz o łącznej kubaturze dwóch wykazanych obiektów nie mniejszej niż 100.000 m<sup>3</sup>, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom,*

Ustalono ponadto, że w pkt 18. SWZ zamawiający przewidział:

*1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:*

*1.1 Cena za całość zamówienia 60%*

*1.2 Doświadczenie Kierownika Budowy 40%*

*3. Punkty przyznane za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” Zamawiający oceni na podstawie przedstawionego w ofercie dodatkowego doświadczenia, w oparciu o oświadczenie i wykaz realizacji zawarty w formularzu oferty, dotyczący wykonanych dodatkowych usług kierowania budową, niezależnie od tych, o których mowa w warunkach udziału opisanych w pkt 8) SWZ, w ten sposób, iż za każdą wykonaną przez osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji przedmiotu zamówienia, usługę wykazaną ponad wymagania podstawowe wynikające z warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, Wykonawca otrzyma punkty, według poniższego opisu:*

*- 20 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu użyteczności publicznej zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową o widowni dla co najmniej 500 osób oraz o kubaturze obiektu w wykazanej robocie nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup>, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 20,00 pkt za 2 wykazane usługi spełniające wskazany opis.*

*Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 40.*

Kolejno ustalono, że zamawiający 20 maja 2022 r., w modyfikacji SWZ nr 3 poinformował, że w kryteriach oceny i porównania ofert, treść zapisów pkt 18) SWZ otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

*„(...)18) Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.*

1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

1.1 Cena za całość zamówienia 80%

1.2 Doświadczenie Kierownika Budowy 20%

(...)

3. Punkty przyznane za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” Zamawiający oceni na podstawie przedstawionego w ofercie dodatkowego doświadczenia, w oparciu o oświadczenie i wykaz realizacji zawarty w formularzu oferty, dotyczący wykonanych dodatkowych usług kierowania budową, niezależnie od tych, o których mowa w warunkach udziału opisanych w pkt 8) SWZ, w ten sposób, iż za każdą wykonaną przez osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji przedmiotu zamówienia, usługę wykazaną ponad wymagania podstawowe wynikające z warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, Wykonawca otrzyma punkty, według poniższego opisu:

- 10 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu użyteczności publicznej zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową o widowni dla co najmniej 400 osób oraz o kubaturze obiektu w wykazanej robocie nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup>, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 20,00 pkt za wykazane usługi spełniające wskazany opis.

Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 20.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 27 maja 2022 r. w modyfikacji SWZ nr 7 poinformował, że opis treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, wskazany w pkt 8) ppkt 2.4.1.2 SWZ, odnoszący się do funkcji Kierownika Budowy, zostaje złagodzony poprzez wykreślenie słów „użyteczności publicznej”, a w konsekwencji otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

„(...)

2.4.1.2 osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, posiadającą 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu obowiązków Kierownika Budowy i doświadczenie w realizacji obowiązków kierownika budowy co najmniej dwóch

*zakończonych robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów wraz z zagospodarowaniem terenu o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100.000.000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych brutto) oraz o łącznej kubaturze dwóch wykazanych obiektów nie mniejszej niż 100.000 m<sup>3</sup>, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom, (...)*”.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 7 czerwca 2022 r. w modyfikacji SWZ nr 12 poinformował, że w kryteriach oceny i porównania ofert, treść zapisów pkt 18) SWZ otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

*„(...)18) Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.*

*1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:*

*1.1 Cena za całość zamówienia 80%*

*1.2 Doświadczenie Kierownika Budowy 10%*

*1.3 Doświadczenie Kierownika Robót 10%*

*(...).*

*3. Punkty przyznane za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” Zamawiający oceni na podstawie przedstawionego w ofercie dodatkowego doświadczenia, w oparciu o oświadczenie i wykaz realizacji zawarty w formularzu oferty, dotyczący wykonanych dodatkowych usług kierowania budową, niezależnie od tych, o których mowa w warunkach udziału opisanych w pkt 8) SWZ, w ten sposób, iż za każdą wykonaną przez osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji przedmiotu zamówienia, usługę wykazaną ponad wymagania podstawowe wynikające z warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, Wykonawca otrzyma punkty, według poniższego opisu:*

*- 5 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu użyteczności publicznej zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową o widowni dla co najmniej 400 osób oraz o kubaturze obiektu w wykazanej robocie nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup> i wykonanej w konstrukcji żelbetowej elementów nośnych nadziemna, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 10,00 pkt za wykazane usługi spełniające wskazany opis.*

*Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 10.*

4. Punkty przyznane za kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót” konstrukcyjno-budowlanych Zamawiający oceni na podstawie przedstawionego w ofercie dodatkowego doświadczenia, w oparciu o oświadczenie i wykaz realizacji zawarty w formularzu oferty, dotyczący wykonanych dodatkowych usług kierowania robotami budowlanymi, niezależnie od tych, o których mowa w warunkach udziału opisanych w pkt 8) SWZ, w ten sposób, iż za każdą wykonaną przez osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych przy realizacji przedmiotu zamówienia, usługę wykazaną ponad wymagania podstawowe wynikające z warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, Wykonawca otrzyma punkty, według poniższego opisu:

- 5 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych polegającej na kierowaniu zakończonymi robotami obejmującymi swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu zawierającego ścianki szczelinowe o kubaturze obiektu nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup>, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 10,00 pkt za wykazane usługi spełniające wskazany opis.

Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 10.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z żądaniami 1-16, 18 odwołania (pkt 1 sentencji wyroku).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest

obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

### **Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało na uwzględnienie.**

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a także art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwotnym, zaskarżonym brzmieniu opisu kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy” zamawiający zamierzał przyznawać:

*- 20 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu użyteczności publicznej zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową o widowni dla co najmniej 500 osób oraz o kubaturze obiektu w wykazanej robocie nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup>, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 20,00 pkt za 2 wykazane usługi spełniające wskazany opis.*

*Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 40.*

W ostatecznym brzmieniu opisu kryterium oceny ofert, obowiązującym na moment zamknięcia rozprawy, zamawiający zamierzał przyznawać:

*- 5 punktów za wykonanie przez osobę wskazaną i przeznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy każdej, ponad minimum wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, usługi na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu użyteczności publicznej zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową o widowni dla co najmniej 400 osób oraz o kubaturze obiektu w wykazanej robocie nie mniejszej niż 50.000 m<sup>3</sup> i wykonanej w konstrukcji żelbetowej elementów nośnych nadziemna, przy czym osoba pełniła wskazaną*

*funkcję na danej budowie przez co najmniej połowę okresu jej realizacji, łącznie nie więcej niż 10,00 pkt za wykazane usługi spełniające wskazany opis.*

*Maksymalna liczba punktów, które Wykonawca może uzyskać w zakresie tego kryterium wynosi 10.*

Na wstępie Izba stwierdziła, że ostatecznym celem zamawiającego była budowa obiektu podyktowana potrzebą zapewnienia siedziby dla orkiestr miejskich (Sinfonietta Cracovia, Capella Cracoviensis), budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zgodnie z pkt 1.3. SWZ, przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu było wykonanie jedynie Etapu I tak zaplanowanej inwestycji. Etap I obejmował zaś miał jedynie *roboty przygotowawcze w terenie w tym likwidacja istniejących instalacji, nasadzenia drzew, roboty ziemne, wykonanie stanu surowego otwartego obiektu, wykonanie pokrycia dachu, montaż fasad zewnętrznych, wykonanie elewacji zewnętrznej, wykonanie instalacji wewnętrznych deszczowej, odgromowej, sanitarnej podposadzkowej, wykonanie sieci w terenie, wykonanie infrastruktury drogowej wewnętrznej. Kubatura obiektu: 117 470 m<sup>3</sup>, powierzchnia zabudowy: 7734,85 m<sup>2</sup>, przybliżona powierzchnia użytkowa obiektu: 13 398,71m<sup>2</sup>.*

Przy takim zakresie zamawianych robót zgodzić należało się z odwołującym że niniejsze zamówienie nie obejmowało prac polegających na wybudowaniu bezpośrednio sali koncertowej, a tylko konstrukcji, o której docelowym przeznaczeniu zdecyduje zamawiający. Tymczasem w zaskarżonym kryterium oceny ofert zamawiający zamierzał punktować doświadczenie zawodowe kierownika budowy zdobyte na stanowisku kierownika budowy polegającej na kierowaniu zakończoną budową obejmującą swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu zawierającego salę koncertową/ widowiskową/ teatralną/ kinową.

Podkreślić należało, że kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia co do zasady może być jakościowym kryterium oceny ofert. Jak bowiem wynikało z motywy 94 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, *Każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Tak może być na przykład w przypadku zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne. Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu*



*było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości.*

Dostrzeżenia wymagał jednak fakt, że zgodnie z ww. regulacjami możliwość i legalność zastosowania takiego kryterium podlega indywidualnej ocenie na gruncie danej sprawy i wymaga spełnienia kilku warunków. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia może być wybrane jako kryterium oceny ofert jeżeli:

- może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia (art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp),
- jest związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 Pzp),
- nie dotyczy właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 241 ust. 3 Pzp).
- nie narusza naczelnej zasady postępowania, jaką jest zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, zaskarżone kryterium oceny ofert nie odpowiadało wymogom wynikającym z ww. przepisów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 maja 2022 r., starając się uzasadnić związek kryterium z przedmiotem zamówienia i jego wpływ na jakość wykonania robót argumentował, że stan surowy zamknięty obiektu nie może być realizowany w oderwaniu od tego celu inwestycji. Powoływał się na takie kwestie jak jakość wykonanych przerw dylatacyjnych w konstrukcji żelbetowej, geometrię sal koncertowych, czy jakość wbudowanej mieszanki betonowej przekładającą się na ciężar własny elementów konstrukcji, które miały mieć bezpośredni wpływ na parametry akustyczne obiektu.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie sprostął konieczności nie tylko udowodnienia, ale nawet wyjaśnienia, czy wskazywane przez niego kwestie są właściwe tylko i wyłącznie dla budów obejmujących swoim zakresem wykonanie budowy/przebudowy/remontu obiektu zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że na każdym budowanym obiekcie występują jakieś dylatacje. Nie wiadomo też, o jakich różnicach co do jakości używanej mieszanki betonowej stosowanej tylko i wyłącznie na tego rodzaju obiektach wspominał zamawiający. Strona przeciwna zaprzeczyła jakoby w tym postępowaniu w trakcie robót konstrukcyjnych objętych etapem I miała być używana specyficzna lub nieznana Polskim Normom mieszanka betonowa. Nic takiego nie wskazano też Izbie w treści SWZ.

Całkowicie niezrozumiała okazała się również chęć premiowania przez zamawiającego w spornym kryterium doświadczenia zawodowego kierownika budowy zdobytego przez niego podczas „remontu” obiektu zawierającego salę koncertową, widowiskową, teatralną i kinową. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego, przez „remont” rozumie się *wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących*

*bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.* W świetle przytoczonej, legalnej definicji remontu, za wpisujące się w kryterium oceny ofert należałoby uznać również doświadczenie zawodowe kierownika budowy zdobyte podczas remontu sali koncertowej/widowiskowej/teatralnej/kinowej, polegające przykładowo na wymianie okien. Tego rodzaju doświadczenie zawodowe kierownika budowy z pewnością zaś nie miałoby jakiegokolwiek związku z przedmiotem zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, ani nie miało nie tylko znaczącego, ale i jakiegokolwiek znaczenia dla jakości zamawianych robót budowlanych.

Za istotnie ograniczający należało uznać także wymóg, aby kierownik budowy pełnił funkcję na budowie premiowanej w kryterium przez co najmniej połowę okresu jej realizacji. Z charakteru robót konstrukcyjnych wynika, że prace przy konstrukcji żelbetowej toczą się w początkowej fazie budowy i trwają ok. 3 miesiące. Kolejny etap do osiągnięcia stanu surowego zamkniętego może trwać, w zależności od kubatury obiektu, nawet rok. W tej sytuacji premiowane przez zamawiającego doświadczenie, o którym mowa w kryterium, mógł nabyć wyłącznie kierownik budowy, który uczestniczył w tym drugim etapie, niebiorący udziału przy budowie konstrukcji żelbetowej.

Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył wprawdzie, że jest gotowy dokonać kolejnej, częściowej modyfikacji kryterium przez wykreślenie możliwości powoływania się na doświadczenie zawodowe kierownika budowy zdobyte podczas remontu sali koncertowej/widowiskowej/teatralnej/kinowej oraz wykreślenie zastrzeżenia co do długości okresu uczestnictwa kierownika w premiowanej budowie. Dostrzeżenia jednak wymagało, że sama zapowiedź dokonania przez zamawiającego modyfikacji SWZ nie mogła wyrzucić żadnego skutku procesowego. Stosownie bowiem do przepisu art. 552 ust. 1 Pzp, *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.*

W trakcie rozprawy zamawiający dodatkowo argumentował, że za legalnością kryterium miało przemawiać to, iż już sama konstrukcja wykonywana w czasie etapu I, miała być wyjątkowa. Zamawiający powołał się na zaprojektowane rozdzielanie konstrukcyjne sali koncertowej od innych pomieszczeń, a także na konieczność zastosowania już na tym etapie mat akustycznych. W tym zakresie strona odwołująca argumentowała, że zastosowanie takich mat akustycznych w konstrukcjach nie jest niczym nietypowym. Odwołujący wskazywał, że takie maty są wykorzystywane również w budownictwie mieszkaniowym, przemysłowym, w budynkach użyteczności publicznych, czemu zamawiający nie zaprzeczał.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że doświadczenie kierownika budowy w wykonaniu konstrukcji, przy realizacji której montuje się maty akustyczne, nie jest wyłączną cechą budów/przebudów obiektu zawierającego salę koncertową/ widowiskową/ teatralną/ kinową. Jeśli zatem zamawiający rzeczywiście zamierzał premiować doświadczenie zawodowe kierownika budowy zdobyte podczas wykonywania tego rodzaju konstrukcji, nie

powinien opisywać go przez odniesienie się do niektórych rodzajów obiektów, przy budowach lub przebudowach których takie rozwiązania jest stosowane.

Nie wykazano także, aby zaprojektowane rozdzielenie konstrukcyjne sali koncertowej od innych pomieszczeń miało być wyłączną domeną budów/przebudów obiektu zawierającego salę koncertową/widowiskową/teatralną/kinową. W tym zakresie strona odwołująca podniosła bowiem, czemu zamawiający nie zaprzeczał, że takie rozwiązanie bardzo często stosowane jest również w budownictwie przemysłowym. Odwołujący powołał się na rozdzielenie konstrukcyjne części obiektów, w których funkcjonują maszyny wywołujące drgania, od konstrukcji pozostałych obiektów, praktykowane w budownictwie przemysłowym.

Jeśli zatem zamawiający rzeczywiście zamierzał premiować doświadczenie kierownika budowy zdobyte podczas wykonywania konstrukcji, w której wystąpiło rozdzielenie konstrukcyjne pewnego budowanego obiektu od innych, to nie powinien opisywać swych preferencji przez odniesienie się tylko do niektórych rodzajów obiektów, przy budowach lub przebudowach których takie rozwiązanie jest stosowane.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że co do zasady akustyka architektoniczna będzie przedmiotem dopiero kolejnego etapu robót. Przykładowo jedynie należało wskazać, że z odpowiedzi zamawiającego na pytanie 161 wynikało, iż stopnie pod siedziskami nie są objęte przedmiotem zamówienia.

W tej sytuacji należało zgodzić się z zarzutami odwołania, że sporne kryterium oceny ofert dyskryminowało doświadczenie osób, które nabyły doświadczenie zawodowe w stopniu pozwalającym na prawidłową realizację zamówienia. Skutkiem zastosowania kryterium byłoby uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania, bez osiągnięcia lepszej jakości wykonanych robót.

Należało zgodzić się także z odwołującym, że tak opisane kryterium naruszało zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 Pzp. Zasada ta rozumiana jest jako stosowanie wymagań czy środków adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania. Z przyczyn wskazanych wyżej spornemu kryterium należało odmówić przymiotu takiej adekwatności. Sporne kryterium wykraczało poza potrzeby i cele jego zastosowania.

Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie spornego kryterium nie nakazując wprowadzania w to miejsce innego kryterium jakościowego, np. gwarancji jakości, o co wnioskował odwołujący. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z art. 555 Pzp Izba związana jest jedynie zarzutami, a nie żądaniem odwołania. Po drugie wzięto pod uwagę, że zamawiający, jako gospodarz postępowania, posiada – w granicach określonych przez Pzp – swobodę w kształtowaniu kryteriów jakościowych. Od jego decyzji zależy czy i jakie kryterium jakościowe zastosuje, nie wyłączając nawet kryterium

doświadczenia zawodowego kierownika budowy, jeśli wolne byłoby od wad obecnego kryterium. Natomiast postulowane przez odwołującego kryterium gwarancji jakości nie było jedynym możliwym do zastosowania kryterium jakościowym.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, dotyczyły bowiem kryteriów oceny ofert.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ, w sposób wskazany w sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.660 zł oraz koszty dojazdu odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 402,92 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b 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).

**Przewodniczący:** .....