

Sygn. akt: KIO 2323/21
KIO 2332/21

WYROK
z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Piotr Kozłowski

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu

- A. na rozprawie w dniu 17 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (sygn. akt: KIO 2323/21),
- B. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2332/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2323/21 po stronie odwołującego,

- B. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2323/21 i KIO 2332/21 po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2323/21 i 2332/21 po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2323/21 i KIO 2332/21 po stronie odwołującego,
- E. wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2323/21 i KIO 2332/21 po stronie odwołującego,
- F. wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2332/21 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 w zakresie: zarzutu nr 2 odwołania tj. naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i związanego z nim żądania oznaczonego nr 4 oraz części zarzutu nr 3 odwołania tj. naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu spełnienia kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” w sposób sztucznie zawężający konkurencję i nie pozwalający wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty na uzyskanie punktów w ramach wskazanego kryterium (w sposób opisany w zarzucie nr 2), na skutek czego zmniejszają się ich szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, z powodu ich wycofania,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 2323/21,

3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2332/21 z powodu jego wycofania,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 2323/21 obciąża odwołującego **Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2 zasądza od odwołującego **Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
5. w sprawie o sygn. akt KIO 2332/21 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejsze orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2323/21

KIO 2332/21

Uzasadnienie

Zamawiający Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowe wykonanie robót budowlano –instalacyjnych w systemie generalnego wykonawstwa w gmachu Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego przy Alejach Jerozolimskich 7 w Warszawie”, znak sprawy DZZK/15/DLA/2021.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

Sygn. akt: KIO 2323/21

W dniu 2 sierpnia 2021 roku wykonawca Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: odwołujący lub DORACO) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez wprowadzenie do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej definicji „referencyjnego budynku biurowego” a także sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z nim nie związany, co spowodowało określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób sztucznie zawężający konkurencję i eliminujący z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, przez co Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - poprzez uzależnienie uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” od doświadczenia związanego z „referencyjnym budynkiem biurowym”, co spowodowało dokonanie opisu spełnienia tego kryterium w sposób sztucznie zawężający konkurencję i nie pozwalający wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty na uzyskanie punktów w

ramach wskazanego kryterium, na skutek czego zmniejszają się ich szanse na uzyskanie

przedmiotowego zamówienia, przez co Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3. naruszenie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez takie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, które nie zapewnia jego udzielenia w sposób zapewniający spełnienie zasady efektywności, z uwagi na określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób sztucznie zawężający konkurencję i eliminujący z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia (w sposób opisany w zarzucie nr 1), a także poprzez dokonanie opisu spełnienia kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” w sposób sztucznie zawężający konkurencję i nie pozwalający wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty na uzyskanie punktów w ramach wskazanego kryterium (w sposób opisany w zarzucie nr 2), na skutek czego zmniejszają się ich szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz zmiany opisu spełnienia kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” (Rozdział XII SWZ, kryterium „D”), dotyczącego Kierownika Kontraktu oraz Kierownika budowy, w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tzn. poprzez wykreślenie definicji „referencyjnego budynku biurowego” zawartej w Rozdziale III SWZ ust. 2 (s. 8-10), a tym samym zmianę opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz opisu spełnienia kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” (Rozdział XII SWZ, kryterium „D”), dotyczącego Kierownika Kontraktu oraz Kierownika budowy, w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tj. zastąpienie wyrażenia „referencyjny budynek biurowy” w całej SWZ wyrażeniem „budynek użyteczności publicznej”;

ALTERNATYWNIE:

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tzn. poprzez zmianę definicji „referencyjnego budynku biurowego” w taki sposób, że za referencyjny budynek biurowy będzie uznawany przez Zamawiającego budynek biurowy, który spełnia co najmniej 14 z

22 kryteriów klasyfikacyjnych wymienionych w Rozdziale III SWZ ust. 2 (s. 8-10).

Odwołujący wnosił również o:

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tzn.

1) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 2 pkt 1 w następujący sposób:

„w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie inwestycje polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100)”

2) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ w ust. 2 pkt 2 w następujący sposób:

„w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie kompleksowe prace wykończeniowe wraz z wyposażeniem wewnątrz (umeblowaniem) w budynku użyteczności publicznej o kubaturze co najmniej 20 000 m³”

3) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ w ust. 2 pkt 3 w następujący sposób:

„w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie w ramach jednego zadania w budynku/budynkach użyteczności publicznej wpisanym/wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości, prace konserwatorskie objęte pozwoleniem konserwatora zabytków elementów kamiennych oraz metalowych oraz drewnianych, przy czym:

- powierzchnia użytkowa budynku/budynków objęta ww. pracami konserwatorskimi wynosiła łącznie min. 1 500,00 m²,
- wartość zadania wynosiła min. 5 000 000,00 zł netto (słownie złotych: pięć milionów 00/100)”

4) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 1 lit. d), dotyczącego Kierownika Kontraktu, w następujący sposób:

„co najmniej 10-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi”

5) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 1 lit. e), dotyczącego Kierownika Kontraktu, w następujący sposób:

„doświadczenie w kierowaniu projektami dotyczącymi co najmniej jednej inwestycji

polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 12 000 m² o wartości co najmniej 70 000 000,00 zł netto (słownie złotych: siedemdziesiąt milionów 00/100)",

- 6) poprzez wykreślenie z opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 1 lit. f), dotyczącego Kierownika Kontraktu,
- 7) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 2 lit. f), dotyczącego Kierownika budowy, w następujący sposób:
„posiadającym doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100)",
- 8) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 3 tiret pierwsze, dotyczącego Kierowników robót, w następujący sposób:
„posiada doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w danym zakresie i specjalności w trakcie realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto (słownie złotych: trzydzieści milionów 00/100)",
- 9) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 4 lit. c), dotyczącego Kierownika prac konserwatorskich, w następujący sposób:
„co najmniej 5-letnie doświadczenie jako kierownik prac konserwatorskich",
- 10) poprzez zmianę opisu spełnienia warunku określonego w Rozdziale III SWZ ust. 3 pkt 4 lit. d), w następujący sposób:
„doświadczenie w realizacji prac konserwatorskich w jednym lub kilku budynkach użyteczności publicznej wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości o powierzchni objętej robotami konserwatorskimi wynoszącej łącznie co najmniej 2000 m²",
- 11) poprzez wykreślenie z UWAG zawartych w Rozdziale III SWZ (s. 13) pkt 1,
- 12) poprzez zmianę UWAGI zawartej w Rozdziale III SWZ (s. 13) w pkt 2 w następujący sposób:
„Zamawiający uzna doświadczenie w kierowaniu robotami / budową, kierowaniu pracami konserwatorskimi lub kierowaniu kontraktem (dotyczy osób wymienionych w ust. 3 pkt 1-4) na danej inwestycji, jeżeli wskazana osoba pełniła tę funkcję w sposób nieprzerwany, co najmniej przez 3 miesiące",
- 13) poprzez zmianę UWAGI zawartej w Rozdziale III SWZ (s. 13) w pkt 5 w następujący sposób:
„kierownicy robót wskazani w ust. 3 pkt 3 powinni pełnić funkcje odrębnie (wymagane jest wskazanie łącznie co najmniej 7 osób, odrębnie w zakresie każdej

specjalności, za wyjątkiem kierownika robót w zakresie sieci zewnętrznych i instalacji sanitarnych oraz kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji elektrycznych niskoprądowych (teletechnicznych) i automatyki i BMS. W tym przypadku funkcje kierownika robót w specjalności instalacji sanitarnej i sieci zewnętrznych może dzierżyć jedna osoba, natomiast funkcje kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji elektrycznych niskoprądowych (teletechnicznych) i automatyki i BMS mogą być dzierżone przez inną osobę”;

4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kryterium oceny ofert dotyczącego zmiany opisu spełnienia kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” (Rozdział XII SWZ, kryterium „D”);
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał:

Zgodnie z postanowieniami SWZ, przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest kompleksowe wykonanie wszystkich robót budowlanych związanych z realizacją przebudowy budynku Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego przy Alejach Jerozolimskich 7 w Warszawie, w tym przygotowawczych, demontażowo - rozbiórkowych, konserwatorskich, konstrukcyjnych, budowlanych, instalacyjnych i wykończeniowych oraz robót tymczasowych, pomocniczych i uzupełniających, a także prac towarzyszących.

Dalej odwołujący podał, iż w SWZ zamawiający wprowadził szczegółową definicję tzw. referencyjnego budynku biurowego (Rozdział III SWZ ust. 2, s. 8-10), przez który zamawiający rozumie:

„budynek biurowy, który spełnia co najmniej 20 z 22 wymienionych poniżej kryteriów klasyfikacyjnych:

- 1) *Jest zlokalizowany w centralnej dzielnicy miasta lub dzielnicy biznesowej (identyfikacja lokalizacji zgodnie z zapisami Miejscowego Planu Zabudowy) z dostępem do środków komunikacji miejskiej tzn. stacje metra, stacje kolejki miejskiej, przystanki tramwajowy lub autobusowy w odległości nie większej niż 500 m od wejścia głównego do tego budynku;*
- 2) *Posiada instalację iluminacyjnego zewnętrznego oświetlenia przynajmniej 50 % powierzchni frontowej elewacji lub w przypadku występowania / istnienia przylegającego do budynku od jego strony frontowej terenu istnienie iluminacyjnego oświetlenia tego terenu (nie dotyczy to latarni chodnikowych, Zamawiający nie uzna tego rodzaju oświetlenia za spełniające wymaganie);*

- 3) *Posiada przynajmniej jedną dodatkową funkcję towarzyszącą niepowiązaną funkcjonalnie z hallem wejściowym do strefy biurowej w formie niezależnej obecności / funkcjonowania np. kawiarni, restauracji, kantyny, kiosku prasowego, sklepu, oddział banku lub innego salonu lub lokalu usługowego. Zamawiający nie uzna za funkcję towarzyszącą magazynów, zakładu produkcyjnego lub warsztatu naprawczo - serwisowego;*
- 4) *Posiada możliwość elastycznej aranżacji biurowej przestrzeni wewnętrznej poprzez zastosowanie w konstrukcji tego budynku podpór takich jak słupy, ramy, ściany, w rozstawie poprzecznym nie mniejszym niż 7 m.*
- 5) *Posiada w strefie wejścia głównego ogólnodostępne reprezentacyjne lobby lub reprezentacyjną centralną recepcję budynkową wyposażoną w indywidualnie zaprojektowany kontuar recepcyjny (instalacyjnie połączony z Systemem Kontroli Dostępu) jak również posiada wyposażoną w meble spoczynkowe strefę poczekalni dla przybywających gości;*
- 6) *Posiada hall / lobby wejściowe oraz wewnątrz ogólnodostępne przestrzenie trzonów komunikacyjnych na wszystkich kondygnacjach od parteru wzwyż w pełni (tzn. pełne powierzchnie posadzek, ścian i sufitów) wykończone na bazie zaprojektowanych dla danego budynku projektów aranżacyjnych przy użyciu płytowych materiałów okładzinowych np. płyty kamiennych, płyt z tworzyw sztucznych, płyt ceramicznych, płyt mineralnych, płyt drewnopochodnych, tafli szklanych jak również arkuszy blach lub siatek metalowych (nie dotyczy to wykończenia przy użyciu płyt gipsowo – kartonowych, Zamawiający nie uzna tego rodzaju wykończenia za spełniające wymaganie);*
- 7) *Wyposażony jest w szybkie windy (czas oczekiwania na windę maksymalnie do 30 s.) posiadające system odzysku energii oraz kabiny o indywidualnie zaprojektowanym wystroju wewnętrznym tzn. o wystroju niebędącym standardowym seryjnym wykończeniem oferowanym przez producenta tych wind;*
- 8) *Posiada w przestrzeniach ogólnodostępnych na parterze i na kondygnacjach powyżej parteru ogólnodostępne sanitariaty, w pełni wykończone na ścianach i na posadzkach ceramicznymi i/lub kamiennymi materiałami okładzinowymi (nie dopuszcza się wykończenia przy użyciu farb lub żywic oraz wykończenia przy użyciu płyt gipsowo – kartonowych, Zamawiający nie uzna tego rodzaju wykończenia za spełniające wymaganie) i wyposażone w pisuary z czujkami ruchu oraz instalacje oświetleniowe bazujące na ledowych źródłach światła załączanych przez czujniki ruchu;*
- 9) *Posiada we wszystkich przestrzeniach ogólnodostępnych w tym garaże, klatki schodowe, korytarze i trzony komunikacyjne zainstalowane energooszczędne oświetlenie wewnętrzne bazujące na ledowych źródłach światła;*

- 10) Posiada własne garaże w kubaturze podziemnej lub nadziemnej z oznaczonymi stanowiskami parkingowymi oraz z instalacjami: System Kontroli Dostępu, w skład której wchodzi szlabany i czytniki identyfikowalnych / imiennych kart dostępu oraz instalacja telewizji przemysłowej (CCTV) z zapisem obrazu z kamer (obraz w kolorze i na podczerwień);
- 11) Posiada wysokość pomieszczeń w wykończonych przestrzeniach biurowych w świetle od poziomu wykończonej posadzki na podłodze podniesione do poziomu sufitu lub do najniższego poziomu przebiegu tras / traktów instalacyjnych (w przypadku zgodnego z aranżacją braku sufitów) minimum 2,85 m.
- 12) Posiada na wszystkich kondygnacjach przeznaczonych do aranżacji przestrzeni biurowych systemowe podłogi podniesione;
- 13) Posiada w przestrzeniach biurowych lokalnie i centralnie monitorowaną i sterowaną instalację klimatyzacji (ogrzewanie, chłodzenie) posiadającą możliwość regulowania wilgotności dostarczanego do przestrzeni biurowych powietrza;
- 14) Posiada pełną automatykę budynkową tzn. system zarządzania budynkiem BMS (ang. Building Management System) posiadający funkcję lokalnego wyłączenia w poszczególnych strefach instalacji ogrzewania i instalacji klimatyzacji w przypadku otrzymania automatycznego sygnału o otwarciu okien w tej lokalizacji.
- 15) Posiada w przestrzeniach ogólnodostępnych oraz w strefach przestrzeni biurowych wzajemnie zintegrowane instalacje bezpieczeństwa takie jak: System Kontroli Dostępu (działający na bazie imiennych / identyfikowalnych kart dostępu), System Sygnalizacji Włamania i Napadu, System Telewizji Przemysłowej (CCTV posiadający archiwizowany zapis obrazu kolorowego z kamer).
- 16) Posiada w całej swojej przestrzeni automatyczne systemy ochrony przeciwpożarowej składające się z Dźwiękowego Systemu Ostrzegawczego tzw. DSO oraz Systemu Sygnalizacji Pożarowej tzw. SSP (opartego na instalacji temperaturowych czujek pożarowych i automatycznie powiadamiającego jednostkę straży pożarnej) jak również posiadający aktywny system gaszenia w centralnych (budynkowych) pomieszczeniach teletechnicznych np. serwerownie i/lub crossroom'y;
- 17) Posiada wewnętrzny system odzysku energii cieplnej np. rekuperacja ciepła poprzez instalację wentylację mechaniczną lub odzysk ciepła z kanalizacji ściekowej;
- 18) Posiada zainstalowane na elewacjach lub na dachu instalacje paneli fotowoltaicznych lub oparte na odwiertach geologicznych instalacje gruntowych pomp ciepła;
- 19) Posiada wewnętrzny system odzysku wody do spłukiwania toalet tzw. system odzysku „szarej wody” lub system odzysku i magazynowania wody deszczowej dla potrzeb podlewania zieleni zewnętrznej;
- 20) Otrzymał certyfikat w systemie BREEAM na poziomie minimum „Excellent” lub certyfikat w systemie LEED na poziomie minimum „Platinum”;

21) Posiada własny wewnętrzny system elektrycznego zasilania rezerwowego (oparty na instalacji wewnętrznej stacji UPS) wewnętrznych instalacji elektrycznych lub system zasilania awaryjnego (oparty na wyposażeniu budynku we własny agregat prądowórczy), wyposażone w układ SZR tzn. układy Samoczynnego

Załączania Rezerwy;

22) Posiada światłowodowe przyłącze teletechniczne z którego korzysta przynajmniej dwóch dostawców usług teleinformatycznych (TV + Internet), oraz poprowadzoną w ogólnobudynkowych kablowych szachtach instalacyjnych (do rozdzielaczy piętrowych) sieć logiczną LAN minimum kategorii 6a”.

Odwołujący podniósł, że definicję referencyjnego budynku biurowego zamawiający powiązał zarówno z warunkami udziału w postępowaniu, jak i z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymogami SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- 1) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie inwestycje polegające na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),
- 2) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie kompleksowe prace wykończeniowe wraz z wyposażeniem wewnątrz (umeblowaniem) referencyjnych budynków biurowych o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 30 000 m², w tym co najmniej jedną realizację obejmującą swym zakresem wykonanie na podstawie jednej umowy prac wykończeniowych w jednym referencyjnym budynku biurowym na powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m².
- 3) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków nieruchomości prace konserwatorskie objęte pozwoleniem konserwatora zabytków elementów kamiennych oraz metalowych oraz drewnianych, przy czym:
 - a) powierzchnia użytkowa budynku objęta ww. pracami konserwatorskimi wynosiła min. 1 500,00 m²,
 - b) wartość ww. prac konserwatorskich wynosiła min. 5 000 000,00 zł netto (słownie złotych: pięć milionów 00/100).

Ponadto odwołujący podał, iż zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu wykonawcy. Zgodnie z treścią Rozdziału III ust. 3 SWZ, wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że dysponuje:

1) *Kierownikiem Kontraktu posiadającym:*

- a) *uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu art. 12 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333),*
- b) *umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,*
- c) *wykształcenie wyższe,*
- d) *co najmniej 10-letnie doświadczenie w kierowaniu projektami budowy, rozbudowy, przebudowy budynków,*
- e) *doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert projektami dotyczącymi co najmniej dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m² z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),*
- f) *doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert projektami obejmującymi kompleksowe prace wykończeniowe wewnątrz biurowych wraz z wyposażeniem wewnątrz (umeblowaniem) referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m²,*

2) *Kierownikiem budowy posiadającym:*

- a) *uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnobudowlanej,*
- b) *umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,*
- c) *wykształcenie wyższe,*
- d) *doświadczenie wymagane zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 710) tj. minimum 18 miesięczne doświadczeniu w realizacji robót budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,*
- e) *co najmniej 8-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w trakcie budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków,*

f) posiadającym doświadczenie w kierowaniu, w okresie ostatnich 7 lat liczonemu wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi co najmniej dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),

3) Kierownikami robót:

- a) w zakresie konstrukcyjno-budowlanym, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- b) w zakresie instalacji sanitarnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- c) w zakresie instalacji elektrycznych posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- d) w zakresie instalacji elektrycznych niskoprądowych (teletechnicznych) posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- e) w zakresie instalacji telekomunikacyjnych oraz sieci i przyłączy telekomunikacyjnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,
- f) w zakresie zewnętrznych sieci i przyłączy wodnych, kanalizacyjnych i cieplnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- g) w zakresie automatyki i BMS (Building Management System tzn. system zarządzania systemami automatycznego sterowania całością Budynku) posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

z których każdy:

- *posiada doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi w danym zakresie i specjalności w trakcie realizacji co najmniej dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł netto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),*
- *posługuje się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,*
- *posiada wykształcenie wyższe techniczne.*

4) Kierownikiem prac konserwatorskich posiadającym:

- a) dyplom ukończenia studiów wyższych na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki ze specjalizacją obejmującą elementy architektury,*
- b) umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,*
- c) co najmniej 10-letnie doświadczenie jako kierownik prac konserwatorskich,*
- d) doświadczenie w realizacji w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, prac konserwatorskich w jednym lub kilku budynkach użyteczności publicznej wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości o powierzchni użytkowej objętej robotami konserwatorskimi wynoszącej łącznie min. 10 000,00 m², w tym w co najmniej jedna robota powinna dotyczyć budynku użyteczności publicznej, w którym obszar objęty robotami konserwatorskimi obejmował minimum 1 500 m², przy czym roboty konserwatorskie wskazywane w doświadczeniu muszą obejmować łącznie elementy kamienne, metalowe i drewniane.*

Odwołujący ocenił, iż w konsekwencji, nie tylko każdy wykonawca musi posiadać doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy referencyjnych budynków biurowych, a także prowadzenia ich kompleksowych prac wykończeniowych wraz z wyposażeniem, lecz również każdy wymagany członek personelu wykonawcy, tj. Kierownik Kontraktu, Kierownik budowy oraz wszyscy Kierownicy robót (obowiązek nie obejmuje jedynie Kierownika prac konserwatorskich), muszą posiadać doświadczenie w kierowaniu odpowiednimi robotami na dwóch referencyjnych budynkach biurowych.

Odwołujący wskazał, iż do definicji referencyjnego budynku biurowego nawiązał również zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert (Rozdział XII SWZ). Jednym z kryteriów pozacenowych jest bowiem „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (kryterium „D”), któremu Zamawiający przypisał wagę 10%. W ramach tego kryterium, Kierownik Kontraktu oraz Kierownik budowy mogą otrzymać dodatkowe punkty za uczestnictwo w projektach dotyczących inwestycji polegających na budowie referencyjnego budynku biurowego.

Odwołujący stwierdził, że wprowadzenie przez zamawiającego do SWZ definicji „referencyjnego budynku biurowego” o bardzo wąskich, mocno wyśrubowanych oraz licznych kryteriach kwalifikacyjnych, i odwołanie się do niej zarówno przy opisie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jak i kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia”, są w istocie niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący ocenił, iż działania zamawiającego w sposób rażąco ograniczają konkurencję i wprowadzają warunki zamówienia, które wydają się wręcz niewykonalne do spełnienia.

Odnosząc się do warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odwołujący przypomniał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r., sygn. KIO/KD/24/15, oraz przywołał stanowisko doktryny prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedstawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 14. wydanie, Warszawa 2017, s. 149).

Odwołujący stwierdził iż w przedmiotowym postępowaniu, opis spełnienia warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zdecydowanie wykracza poza ramy instrumentu pozwalającego na stwierdzenie czy wykonawca, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Obowiązek wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji referencyjnych budynków budowlanych, które mają aż 22 kryteria kwalifikacji (z czego Wykonawca musi spełnić 20) prowadzi bowiem do sytuacji, w której Wykonawca posiadający doświadczenie w kompleksowej realizacji skomplikowanych budynków użyteczności publicznej, o luksusowym charakterze i wartości przekraczającej nawet wymogi SWZ, nie spełnia przedmiotowego warunku, jeśli w jego budynku nie zainstalowano w toaletach pisuarów z czujnikami ruchu, najbliższy przystanek tramwajowy oddalony jest od głównego wejścia do budynku o 600 m, nie posiada w lobby (jakkolwiek wielkie i nowoczesne by ono nie było) mebli poczynkowych lub recepcji, a jedyną dodatkową funkcją towarzyszącą, niepowiązaną funkcjonalnie z hallem wejściowym do strefy biurowej w formie niezależnej funkcjonalności, jest punkt serwisowy Apple, a nie kantyna. Odwołujący stwierdził, iż uznanie, że taki Wykonawca w rzeczywistości nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia stanowi w istocie argumentum ad absurdum, ponieważ odległość przystanków komunikacji miejskiej, czy sposób umeblowania lobby mają się nijak do zasadniczego elementu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, jakim są roboty budowlane: w tym roboty przygotowawcze, demontażowo - rozbiórkowe, konserwatorskie, konstrukcyjne, budowlane, instalacyjne i wykończeniowe. Pozostałe czynności mają charakter pomocniczy i uzupełniający – są po prostu poboczne w stosunku do zasadniczego zakresu przedmiotu zamówienia.

Dalej odwołujący wskazał, iż nie jest dla niego zrozumiałe, w jaki sposób kryterium kwalifikacyjne dla referencyjnego budynku biurowego, który: „Jest zlokalizowany w centralnej dzielnicy miasta lub dzielnicy biznesowej (identyfikacja lokalizacji zgodnie z zapisami Miejscowego Planu Zabudowy) z dostępem do środków komunikacji miejskiej tzn. stacje metra, stacje kolejki miejskiej, przystanki tramwajowy lub autobusowy w odległości nie większej niż 500 m od wejścia głównego do tego budynku”, można uznać za związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do tego przedmiotu. Odwołujący ocenił, że usytuowanie referencyjnego budynku biurowego nie ma żadnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia, którym jest kompleksowe wykonanie wszystkich robót budowlanych związanych z realizacją przebudowy budynku Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego przy Alejach Jerozolimskich 7 w Warszawie, w tym przygotowawczych, demontażowo - rozbiórkowych, konserwatorskich, konstrukcyjnych, budowlanych, instalacyjnych i wykończeniowych oraz robót tymczasowych, pomocniczych i uzupełniających, a także prac towarzyszących. Odwołujący podkreślił również fakt, że wspomniane kryterium kwalifikacyjne jest nieprecyzyjne, ponieważ Zamawiający nie określił w jaki sposób będzie mierzona odległość środka komunikacji miejskiej od wejścia głównego do referencyjnego budynku biurowego. Nie wydaje się także, aby za związane z przedmiotem zamówienia można by uznać kryterium kwalifikacyjne referencyjnego budynku biurowego, zgodnie z którym musi być on wyposażony w „(...) pisuary z czujkami ruchu (...)”. Ich zainstalowanie w referencyjnym budynku biurowym nie świadczy bowiem o żadnych zaawansowanych zdolnościach technicznych Wykonawcy, a ewentualny efekt środowiskowy (w postaci mniejszego zużycia wody) może być również osiągnięty z zastosowaniem spłuczek na przycisk. Odwołujący podkreślił, że niezależnie od tego, jaka była intencja zamawiającego w formułowaniu tak wąskich kryteriów kwalifikacyjnych, złożyły się one na definicję, która w istotny sposób ograniczyła krąg wykonawców, a także ich personelu, którzy mogą wykazać się spełnieniem wskazanych warunków udziału w postępowaniu. Ich przesadna precyzyjność może mieć nie tylko skutek dyskryminujący, lecz wręcz faworyzujący konkretnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że z podobnych względów sformułował żądania wprowadzenia zmian w warunkach udziału w postępowaniu dotyczących personelu Wykonawcy. Zaproponowane przez Zamawiającego opisy spełnienia warunków w tym zakresie są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i utrudniają dostęp wykonawcom do jego uzyskania.

Ponadto odwołujący wskazał, że analogiczny skutek mają wprowadzone przez zamawiającego opisy spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczące innych elementów, niż odniesienie do budynku referencyjnego bądź łączonych z definicją referencyjnego budynku biurowego. W rozdziale III SWZ ust. 2 pkt 2 zamawiający zażądał doświadczenia w wykonaniu kompleksowym prac wykończeniowych wraz z wyposażeniem wewnątrz (umeblowaniem) referencyjnych budynków biurowych o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 30 tys. m². Odwołujący ocenił,

iż jest to wymóg nadmierny, ponieważ standardowo w budynkach biurowych nie wykańcza się powierzchni całych łącznie z powierzchnią biur „pod klucz”, a poza tym połączenie powierzchni użytkowej na mniejszych realizacjach, które by spełniały wymogi referencyjnego budynku biurowego jest praktycznie niemożliwe, z uwagi na ograniczenia kryteriów kwalifikacyjnych. Dalej odwołujący stwierdził, że nadmierne wymogi, niezgodne z zasadą proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji, sformułował zamawiający także względem Kierownika budowy, Kierowników robót oraz Kierownika prac konserwatorskich. Żądania Odwołującego w tym zakresie nie tylko dążą do przywrócenia stanu zgodności z prawem, lecz również mają uzasadnienie ekonomiczne, czego wyrazem jest żądanie dopuszczenia łączenia funkcji kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji elektrycznych niskoprądowych (teletechnicznych) i automatyki i BMS.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący ocenił, iż zamawiający naruszył przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ wprowadził do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej definicję „referencyjnego budynku biurowego”, która – oparta na 22 kryteriach kwalifikacji (z czego Wykonawca musi spełnić 20) – w sposób nieuprawniony ograniczyła konkurencję w postępowaniu. Takie niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego spowodowało określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób sztucznie zawężający konkurencję i eliminujący z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim nie związany, przez co zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem zamawiającego było takie skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu, które z jednej strony określałyby minimalne wymogi, jakie muszą spełnić wykonawcy, aby zamawiający mógł ocenić czy będą w stanie zrealizować w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie, a z drugiej zaś będą możliwie obiektywne, nie zaś faworyzująco-dyskryminujące.

Dalej, odwołujący ocenił, iż wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp doprowadziły także do naruszenia zasady efektywności, uregulowanej w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady efektywności jest konsekwencją naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz działań zamawiającego, które do tego doprowadziły.

Ponadto odwołujący przypomniał, że, jak wskazała Rzecznik Generalna Ch. Stix-Hackl w opinii w sprawie C-247/02 Sintesi, jednym z celów ochronnych, jakie realizuje zasada uczciwej konkurencji, jest zagwarantowanie relacji równorzędnej konkurencji pomiędzy wykonawcami w uzyskaniu zamówienia publicznego, ponieważ wskazana zasada powinna zapewnić ochronę konkurencji jako instytucji. Dalej przywołał opinię Rzecznika Generalnego M. Poiares Maduro z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie C-250/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, w której podkreślił on, że efektywna konkurencja usuwa bariery, które uniemożliwiają nowym podmiotom wejście na rynek; jest

korzystna dla zamawiających, którzy mogą wybierać spośród większej ilości oferentów i, w rezultacie, mają większe szanse na osiągnięcie Value for Money, a także pomaga utrzymać uczciwość procedur udzielania zamówień jako takich.

Odwołujący wskazał, że w doktrynie prawa zamówień publicznych podkreśla się, że uczciwa konkurencja w sferze zamówień publicznych, podobnie jak w obszarze całej gospodarki, sprzyja „optymalizacji zakupów, pozwalając na dokonywanie wyboru towarów i usług o optymalnej cenie i zarazem jakości” (zob. A. Powałowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, Wrocław 2015, Presscom, s. 107). Zatem zapewnienie uczciwej konkurencji jest warunkiem koniecznym osiągnięcia efektywności ekonomicznej, a nawet jej maksymalizacji, wpływając na efektywną alokację dóbr: usługi, dostawy oraz roboty budowlane są realizowane dla zamawiających po cenach, które gotowi są oni zapłacić, przy istnieniu konkurencji cenowej gwarantowanej przez udział jak największej liczby wykonawców w rynku zamówień publicznych. Z drugiej strony, zapewnienie konkurencji wpływa na relacje popytu i podaży: zamawiający kreują popyt na określone dobra, co pozwala na rozwój strony podażowej, a więc wykonawców. Wykonawcy dostrzegając, że rynek zamówień publicznych rządzi się zasadą uczciwej konkurencji, chętniej będą brali w nim udział, ponieważ kreuje on dla nich perspektywy nowych obszarów zarobkowania. To wywołuje pozytywne efekty dla zamawiających, a co za tym idzie również dla odbiorców końcowych przedmiotu zamówienia: aktywna działalność większej liczby wykonawców na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia maksymalizuje ilość wyborów możliwych do wykonania przez zamawiających (zob. P. Nowicki, Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją, Toruń 2019, TNOiK, s. 183-184).

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający, który sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej z naruszeniem przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, doprowadził również – poprzez pogwałcenie zasady uczciwej konkurencji – do naruszenia zasady efektywności, tj. art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Elementem koniecznym tej zasady jest bowiem urzeczywistnienie stanu uczciwej konkurencji, który gwarantuje, przynajmniej potencjalnie, szerokie zainteresowanie wykonawców danym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Ograniczając w sposób sztuczny konkurencję, Zamawiający jednocześnie pozbawia siebie szerokiej możliwości wyboru, co z kolei nie gwarantuje udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez uzależnienie uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji

zamówienia” od doświadczenia związanego z „referencyjnym budynkiem biurowym”. Opis spełniania kryteriów oceny ofert tak samo podlega podstawowym zasadom postępowania o udzielenie zamówienia, jak warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający, uzależniając uzyskanie punktów dla Kierownika Kontraktu oraz Kierownika budowy od ich dodatkowego (tj. ponad warunki udziału w postępowaniu) doświadczenia w projektach dotyczących inwestycji polegających na budowie (z pominięciem przebudowy – a więc jeszcze bardziej wąsko, niż przy warunkach udziału w postępowaniu) referencyjnego budynku biurowego, jest przykładem kolejnego sztucznego ograniczenia konkurencji, który nie pozwala wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty na uzyskanie punktów w ramach wskazanego kryterium. To zmniejsza ich szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i oznacza naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślił, iż ma świadomość, że nie każdy wykonawca, który gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, musi spełniać pozacenowe kryteria oceny ofert – jest to element gry konkurencyjnej między wykonawcami. Jednak opis spełnienia kryteriów oceny ofert musi ową konkurencję wspierać – a jest to możliwe jedynie w takim zakresie, w którym jest to zgodne z zasadą ich równego traktowania. Jeśli kryteria oceny ofert nie są zgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania, nie możemy również uznać ich obiektywności, co nie tylko narusza normy prawa zamówień publicznych, lecz także zaprzecza efektywności danego zamówienia publicznego – i prowadzi do naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też, Odwołujący ocenił, iż Zamawiający powinien usunąć z Rozdziału XII SWZ kryterium oceny ofert dotyczącego „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” (kryterium „D”). Odwołujący stwierdził, że przy bardzo mocno wygórowanych warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które również dotyczą personelu wykonawcy, dodatkowe pozacenowe kryteria oceny ofert w tym zakresie mają jedynie charakter dyskryminująco-faworyzujący naruszający, co już zostało podkreślone wcześniej, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie gwarantują również zamawiającemu wyboru lepszej, bardziej korzystnej ekonomicznie, oferty. Wykreślenie kryterium „D” w ramach kryteriów oceny ofert nie tylko spowoduje zaprzestanie naruszania ww. zasad prawa zamówień publicznych, lecz również zagwarantuje Zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty.

Podsumowując odwołujący stwierdził, iż w świetle przedstawionej powyżej argumentacji żądania odwołującego zmierzają do przywrócenia zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych działań zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż pierwsze dwa ze swoich żądań sformułował z ostrożności procesowej w sposób alternatywny – w sytuacji, w której Izba nie uznałaby samego wprowadzenia definicji „referencyjnego budynku biurowego” za naruszenie norm ustawy Pzp, odwołujący żądał zmiany owej definicji w sposób, w który będzie ona gwarantowała uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców w postępowaniu. Pozostałe żądania są również nakierowane na stworzenie w postępowaniu

warunków dla niezakłóconej, zdrowej i efektywnej konkurencji, zapewniającej zamawiającemu wybór Wykonawcy dającego rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z zasadą Best Value for Money.

Zamawiający w dniu 16 września 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący DORACO w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21, w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 17 września 2021 r., wycofał odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania tj. dot. naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i nie popierał związanego z nim żądania oznaczonego nr 4. Ponadto odwołujący wycofał częściowo zarzut nr 3 odwołania tj. dot. naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wskazywanego naruszenia poprzez dokonanie opisu spełnienia kryterium oceny ofert „Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia” w sposób sztucznie zawężający konkurencję i nie pozwalający wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty na uzyskanie punktów w ramach wskazanego kryterium (w sposób opisany w zarzucie nr 2), na skutek czego zmniejszają się ich szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podczas wyżej wskazanego posiedzenia odwołujący DORACO zmodyfikował zarzut nr 1 odwołania tj. dot. naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i stwierdził, iż rezygnuje z żądania określonego w pkt 1 i 2, pkt 3. 1), 3.4), 3.9), 3.10), 3.12) i 3.13).

Sygn. akt: KIO 2332/21

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2332/21, tj. wykonawca WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, w dniu 15 września 2021 r., tj. przed rozprawą, cofnął odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021r.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2332/21 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, treść specyfikacji warunków zamówienia wraz ze zmianami jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. W ocenie Izby, przedstawiony przez zamawiającego, dowód w postaci informacji uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych nie pozwala na uznanie, iż odwołujący spełnia określone warunki udziału w postępowaniu w ich aktualnym brzmieniu, z czego zamawiający wywodził brak interesu po stronie odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający w toku wstępnych konsultacji rynkowych pozyskiwał ogólne informacje nt. doświadczenia wykonawców – przedstawione w odpowiedzi

wykonawcy informacje nie potwierdzają doświadczenia wykonawcy na takim poziomie szczególności jakiego aktualnie zamawiający wymaga od wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 w zakresie zarzutu nr 2 oraz częściowo zarzutu nr 3 (w zakresie określonym w sentencji wyroku) odwołania.

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 DORACO na rozprawie w dniu 17 września 2021 r. oświadczył, że cofa odwołanie w tej 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 DORACO oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, 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 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.

W pozostałym zakresie odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksowe wykonanie robót budowlano – instalacyjnych w systemie generalnego wykonawstwa w gmachu Centrali banku Gospodarstwa Krajowego przy Alejach Jerozolimskich 7 w Warszawie” nr postępowania: DZZK/15/DLA/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 139-368809 w dniu 21 lipca 2021 r.

Zamawiający w opublikowanym dla postępowania SWZ określił warunki udziału w postępowaniu, które na dzień 17 września 2021 r., zgodnie z jego oświadczeniem, miały następujące brzmienie:

„ROZDZIAŁ III

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na poziomie min. 100 000 000,00 zł (słownie złotych: sto milionów 00/100).

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

- 1) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie inwestycje polegające na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², z których każda stanowiła zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),
- 2) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie kompleksowe prace wykończeniowe o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 30 000 m², w tym co najmniej jedną realizację obejmującą swym zakresem wykonanie na podstawie jednej umowy prac wykończeniowych w jednym referencyjnym budynku biurowym na powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m²,
- 3) w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie prace polegające na wyposażeniu wnętrza (w tym umeblowaniu) w jednym referencyjnym budynku biurowym na powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m².
- 4) W okresie ostatnich 10 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków nieruchomych prace konserwatorskie objęte pozwoleniem konserwatora zabytków

elementów kamiennych oraz metalowych oraz drewnianych, przy czym:

- a) powierzchnia wewnątrz budynku, na której prowadzono prace konserwatorskie wynosiła min. 1 000 m², (niezależnie od całkowitej powierzchni użytkowej tego budynku).
- b) wartość ww. prac konserwatorskich wynosiła min. 3 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: trzy miliony 00/100).

UWAGI:

(1) definicja **referencyjnego budynku biurowego** - budynek biurowy, który spełnia co najmniej

14 z 20 wymienionych poniżej kryteriów klasyfikacyjnych:

- 1) Jest zlokalizowany w centralnej dzielnicy miasta lub dzielnicy biznesowej z dostępem do środków komunikacji miejskiej;
- 2) Posiada przynajmniej jedną dodatkową funkcję towarzyszącą niepowiązaną funkcjonalnie z hallem wejściowym do strefy biurowej w formie niezależnej obecności /funkcjonowania np. kawiarni, restauracji, kantyny, kiosku prasowego, centrum szkoleniowego, sklepu, oddział banku lub innego salonu lub lokalu usługowego. Zamawiający nie uzna za funkcję towarzyszącą magazynów, zakładu produkcyjnego lub warsztatu naprawczo - serwisowego;
- 3) Posiada możliwość elastycznej aranżacji biurowej przestrzeni wewnętrznej poprzez zastosowanie w konstrukcji tego budynku podpór takich jak słupy, ramy, ściany, w rozstawie poprzecznym nie mniejszym niż 7 m.;
- 4) Posiada w strefie wejścia głównego ogólnodostępne reprezentacyjne lobby lub reprezentacyjną centralną recepcję budynkową wyposażoną w indywidualnie zaprojektowany kontuar recepcyjny jak również posiada strefę poczekalni dla przybywających gości;
- 5) Posiada hall / lobby wejściowe oraz wewnątrz ogólnodostępne przynajmniej w częściach parterowych budynku wykończone na bazie zaprojektowanych dla danego budynku projektów aranżacyjnych;
- 6) Wyposażony jest w szybkie windy (czas oczekiwania na windę maksymalnie do 30 s.
- 7) Posiada w przestrzeniach ogólnodostępnych na parterze i na kondygnacjach powyżej parteru ogólnodostępne sanitariaty, wykończone co najmniej w większej części (ponad 50%) na ścianach i na posadzkach ceramicznymi i/lub kamiennymi materiałami okładzinowymi;
- 8) Posiada we wszystkich przestrzeniach ogólnodostępnych w tym garaże, klatki schodowe, korytarze i trzony komunikacyjne zainstalowane energooszczędne oświetlenie wewnętrzne bazujące na ledowych źródłach światła;

- 9) Posiada własne garaże w kubaturze podziemnej lub nadziemnej z oznaczonymi stanowiskami parkingowymi oraz z instalacją Systemu Kontroli Dostępu;
 - 10) Posiada na powierzchniach przeznaczonych do aranżacji przestrzeni biurowych systemowe podłogi podniesione;
 - 11) Posiada w przestrzeniach biurowych lokalnie i centralnie monitorowaną i sterowaną instalację klimatyzacji (ogrzewanie, chłodzenie);
 - 12) Posiada pełną automatykę budynkową tzn. system zarządzania budynkiem BMS (ang. Building Management System);
 - 13) Posiada w przestrzeniach ogólnodostępnych wzajemnie zintegrowane instalacje bezpieczeństwa takie jak: System Kontroli Dostępu (działający na bazie imiennych / identyfikowanych kart dostępu), System Sygnalizacji Włamania i Napadu, System Telewizji Przemysłowej (CCTV posiadający archiwizowany zapis obrazu);
 - 14) Posiada automatyczne systemy ochrony przeciwpożarowej składające się z Dźwiękowego Systemu Ostrzegawczego tzw. DSO oraz Systemu Sygnalizacji Pożarowej tzw. SSP (powiadamiającego jednostkę straży pożarnej);
 - 15) Posiada wewnętrzny system odzysku energii cieplnej np. rekuperacja ciepła poprzez instalację wentylacji mechanicznej;
 - 16) Posiada zainstalowane na elewacjach lub na dachu instalacje paneli fotowoltaicznych lub oparte na odwiertach geologicznych instalacje gruntowych pomp ciepła;
 - 17) Posiada wewnętrzny system odzysku wody do splukiwania toalet tzw. system odzysku „szarej wody” lub system odzysku i magazynowania wody deszczowej dla potrzeb podlewania zieleni zewnętrznej;
 - 18) Otrzymał certyfikat w systemie BREEAM lub certyfikat w systemie LEED;
 - 19) Posiada dwa niezależne źródła zasilania, a systemy bezpieczeństwa mają podtrzymanie napięcia z UPS lub system zasilania awaryjnego (oparty na wyposażeniu budynku we własny agregat prądowórczy);
 - 20) Posiada światłowodowe przyłącze teletechniczne oraz poprowadzoną w ogólnobudynkowych kablowych szachtach instalacyjnych (do rozdzielaczy piętrowych) sieć logiczną LAN;
 - (2) powierzchnia użytkowa w każdym z warunków będzie obliczana wg pkt. 5.1.7. normy PN-ISO 9836:1997 z wyłączeniem powierzchni garażu podziemnego;
- (3) w zakresie warunku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 jako „budowę” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu lub odbudowę, rozbudowę, nadbudowę, z zastrzeżeniem, że przedmiotem odbudowy, rozbudowy, nadbudowy powinien być referencyjny budynek biurowy o powierzchni użytkowej co najmniej 12 000 m²;
- (4) w przypadku, o którym mowa w ust. 2 wymaganie dot. powierzchni objętej pracami

wykończeniowymi wraz z wyposażeniem wewnątrz (umeblowaniem] należy odnieść do powierzchni ściśle biurowej, tj. z wyłączeniem powierzchni ciągów komunikacyjnych, klatek schodowych, pomieszczeń sanitarnych itp.;

- (5) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane;
- (6) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest wykazanie przez poszczególne podmioty doświadczenia w zakresie realizacji (osobno] po jednej robocie budowlanej, która w całości spełnia wymagania określone w warunku. Tożsama zasada dotyczy podmiotów użyczających potencjału doświadczenia. Zamawiający nie dopuszcza wykazania spełnienia warunku wskazanego w ust. 2 pkt 1 poprzez sumowanie doświadczenia podmiotów w sytuacji, gdy realizowana przez nie robota budowlana nie spełnia w całości wymagań, o których mowa w ust. 2 pkt 1;
- (7) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków wskazany w ust. 2 pkt 4 w całości powinien spełniać co najmniej jeden z członków Konsorcjum. Tożsama zasada dotyczy podmiotów użyczających potencjału doświadczenia. Zamawiający nie dopuszcza spełnienia warunku określonego w ust. 2 pkt 4 poprzez sumowanie prac konserwatorskich realizowanych przez więcej niż jeden podmiot.

3. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek działu w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje:

- 1) Kierownikiem Kontraktu posiadającym:
 - a) uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu art. 12 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333),
 - b) umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,
 - c) wykształcenie wyższe,
 - d) co najmniej 8-letnie doświadczenie w kierowaniu projektami budowy, rozbudowy, przebudowy budynków,
 - e) doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert projektami dotyczącymi co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego¹ o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², stanowiącej zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł brutto (słownie złotych:

¹ Zgodnie z definicją zawartą w Rozdz. III ust. 2.

osiemdziesiąt milionów 00/100),

- f) doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert projektami obejmującymi kompleksowe prace wykończeniowe wewnątrz biurowych referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m²,

2) Kierownikiem budowy posiadającym:

- a) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- b) umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,
- c) wykształcenie wyższe,

d) doświadczenie wymagane zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 710) tj. minimum 18 miesięczne doświadczenie w realizacji robót budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (z zastrzeżeniem, i/, w przypadku dysponowania tym doświadczeniem przez Kierownika robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym spełnienie wymagania przez Kierownika budowy nie jest obligatoryjne).

- e) co najmniej 8-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w trakcie budowy, przebudowy lub rozbudowy budynków,

f) posiadającym doświadczenie w kierowaniu, w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min.12 000 m², stanowiącej zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),

3) Kierownikami robót:

- a) w zakresie konstrukcyjno-budowlanym, posiadającego:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- doświadczenie wymagane zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.i. Dz.U. z 2021 r. poz. 7101) tj. minimum 18 miesięczne doświadczenie w realizacji robót budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (z zastrzeżeniem. iż w przypadku dysponowania tym doświadczeniem przez Kierownika budowy

spełnienie wymagania przez Kierownika robót nie jest obligatoryjne).

- b) __ w zakresie instalacji sanitarnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- c) __ w zakresie instalacji elektrycznych posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- d) _ w zakresie instalacji elektrycznych niskoprądowych (teletechnicznych) posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- e) _ w zakresie instalacji telekomunikacyjnych oraz sieci i przyłączy telekomunikacyjnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych²,
- f) _ w zakresie zewnętrznych sieci i przyłączy wodnych, kanalizacyjnych i cieplnych, posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- g) _ w zakresie automatyki i BMS (Building Management System tzn. system zarządzania systemami automatycznego sterowania całością Budynku) posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

² Zamawiający zgodnie pkt. 4 zawartym w UWAGACH również w tym przypadku uzna za odpowiednie uprawnienia wydane na podstawie wcześniej wydanych przepisów prawa, w tym na podstawie Rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. (Dz.U. Nr 120, poz. 581).

z których każdy:

- posiada doświadczenie w kierowaniu w okresie ostatnich 7 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi w danym zakresie i specjalności w trakcie realizacji co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie referencyjnego budynku biurowego o powierzchni użytkowej min. 12 000 m², stanowiącej zamówienie o wartości co najmniej 80 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: osiemdziesiąt milionów 00/100),
- posługuje się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,
- posiada wykształcenie wyższe techniczne,

4) Kierownikiem prac konserwatorskich posiadającym:

- a) dyplom ukończenia studiów wyższych na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki obejmująca elementy architektury,
- b) umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie,
- c) co najmniej 8-letnie doświadczenie jako kierownik prac konserwatorskich,
- d) doświadczenie w realizacji w okresie ostatnich 10 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, prac konserwatorskich w jednym lub kilku budynkach użyteczności publicznej wpisanych do rejestru zabytków nieruchomych o powierzchni objętej robotami konserwatorskimi wynoszącej łącznie min. 5 000 m², w tym co najmniej jedna robota powinna dotyczyć budynku użyteczności publicznej, w którym obszar objęty robotami konserwatorskimi obejmował minimum 1000 m², przy czym roboty konserwatorskie wskazywane w doświadczeniu muszą obejmować łącznie elementy kamienne, metalowe i drewniane,
- e) spełnia wymagania, o których mowa w art. 37a ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. u ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 710).

Zamawiający zgodnie z uwagą nr 7 poniżej dopuszcza wykazanie się maksymalnie trzema kierownikami prac konserwatorskich spełniającymi ww. wymagania w konkretnych specjalizacjach dla prac w zakresie elementów kamiennych, drewnianych i metalowych.

W takiej sytuacji:

- a) w przypadku wskazania trzech kierowników prac konserwatorskich odrębnie dla danej specjalizacji:
 - powierzchnia objęta robotami konserwatorskimi musi wynosić łącznie 3 000 m² (zamiast 5 000 m²) w danej specjalizacji (wymóg ten odnosi się odrębnie do każdej specjalizacji, prace objęte wykazywanym doświadczeniem muszą dotyczyć zakresu specjalizacji kierownika),

- obszar objęty robotami konserwatorskimi musi obejmować minimum 800 m² (zamiast 1 000 m² w danej specjalizacji (wymóg ten odnosi się odrębnie do każdej specjalizacji, prace objęte wykazywanym doświadczeniem muszą dotyczyć zakresu specjalizacji kierownika),

- fragment „przy czym roboty konserwatorskie wskazywane w doświadczeniu muszą obejmować łącznie elementy kamienna, metalowe i drewniane” należy odnosić do łącznego doświadczenia wszystkich trzech kierowników.

Pozostała część warunku udziału w postępowaniu poza zmienionymi parametrami i przytoczonym fragmentem znajduje zastosowanie (w szczególności obowiązek uwzględnienia doświadczenia z ostatnich 10 lat).

b) w przypadku wskazania dwóch kierowników prac konserwatorskich:

- kierownik wykazujący doświadczenie w dwóch specjalizacjach powinien spełnić parametry doświadczenia takie jak w warunku podstawowym w odniesieniu do wskazywanych specjalizacji tj. „doświadczenie w realizacji w okresie ostatnich 10 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, prac konserwatorskich w jednym lub kilku budynkach użyteczności publicznej wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości o powierzchni objętej robotami konserwatorskimi wynoszącej łącznie min. 5 000 m². w tym co najmniej jedna robota powinna dotyczyć budynku użyteczności publicznej, w którym obszar objęty robotami konserwatorskimi obejmował minimum 1 000 m², przy czym roboty konserwatorskie wskazywane w doświadczeniu muszą obejmować łącznie dwa elementy wskazywane w jego specjalizacji.

- kierownik wykazujący doświadczenie w jednej specjalizacji powinien wykazać doświadczenie w sposób analogiczny jak w lit., a powyżej.

UWAGI:

(1) powierzchnia użytkowa w każdym z warunków będzie obliczana wg pkt. 5.1.7. normy PN-ISO 9836:1997 z wyłączeniem powierzchni garażu podziemnego,

(2) Zamawiający uzna doświadczenie w kierowaniu robotami / budową, kierowaniu pracami konserwatorskimi lub kierowaniu kontraktem (dotyczy osób wymienionych w ust. 3 pkt 1-4) na danej inwestycji, jeżeli wskazana osoba pełniła tę funkcję w sposób nieprzerwany:

a) w przypadku osób wymienionych w ust 3 pkt 14. z wyjątkiem kierownika robót w zakresie instalacji telekomunikacyjnych oraz sieci i przyłączy telekomunikacyjnych - co najmniej przez 6 miesięcy.

b) w przypadku kierownika robót w zakresie instalacji telekomunikacyjnych oraz sieci i przyłączy telekomunikacyjnych - co najmniej przez 3 miesiące.

(3) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane,

- (4) w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, Zamawiający uznaje wymagane uprawnienia określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.) oraz uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawnych lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 220 z późn. zm.),
- (5) kierownicy robót wskazani w ust. 3 pkt 3 powinni pełnić funkcje odrębnie (wymagane jest wskazanie łącznie co najmniej 7 osób, odrębnie w zakresie każdej specjalności, za wyjątkiem kierownika robót w zakresie sieci zewnętrznych i instalacji sanitarnych W tym przypadku funkcje kierownika robót w specjalności instalacji sanitarnej i sieci zewnętrznych może dzierżyć jedna osoba
- (6)w zakresie dotyczącym lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika kontraktu/budowy/robót/prac konserwatorskich Zamawiający nie dopuszcza sumowania okresów doświadczenia zdobytego równolegle (np. w sytuacji pełnienia funkcji kierownika robót w okresie od 01.03.2020 r. do 30.06.2020 r. jednocześnie na dwóch budowach),
- (7)w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika prac konserwatorskich, o którym mowa w ust. 3 pkt 4 powyżej Zamawiający dopuszcza wykazanie się maksymalnie trzema kierownikami prac konserwatorskich spełniającymi ww. wymagania w konkretnych specjalizacjach dla prac w zakresie elementów kamiennych, drewnianych i metalowych. Odpowiednie informacje o odmiennych parametrach odnoszących się do spełnienia warunku przedstawiono powyżej.

W przypadku:

- wskazania jednej osoby powinna ona posiadać doświadczenie w zakresie konserwacji każdego z rodzajów elementów tj. drewnianych, metalowych oraz kamiennych,
- wskazania dwóch osób powinny one posiadać doświadczenie jedna osoba w jednej specjalizacji a druga w dwóch specjalizacjach (parametry, o których mowa w warunku muszą zostać zachowane). Fragment „przy czym roboty konserwatorskie wskazywane w doświadczeniu muszą obejmować łącznie elementy kamienne, metalowe i drewniane” należy odnosić do łącznego doświadczenia obu kierowników.

- (8)definicję referencyjnego budynku biurowego, definicję budowy oraz inne zawarte w UWAGACH w ust. 2 stosuje się odpowiednio z zastrzeżeniem, że:

a) w przypadku Kierownika kontraktu i Kierownika budowy liczba kryteriów klasyfikacyjnych wymagana do uznania budynku za „referencyjny budynek biurowy” jest analogiczna jak w ust. 2 w Uwadze (1),

b) w przypadku Kierowników robót liczba kryteriów klasyfikacyjnych wymagana do uznania budynku za „referencyjny budynek biurowy” wynosi 10 z 20.

(9) Wykonawca stosownie do treści art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zaimkami (U, Dz.U, z 2021 r. poz. 7101 zobowiązany jest zapewnić aby robotami budowlanymi kierowała osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wskazania, która z osób kierujących robotami budowlanymi (kierownik budowy lub kierownik robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanymi) będzie spełniania ww. wymaganie tak aby zapewnić /godność zespołu delegowanego do realizacji Robót / przepisami prawa.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp);

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; proporcjonalny. (art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp);

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.*

(art. 17 ust. 1 ustawy Pzp).

Art. 555 ustawy Pzp, stanowi, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w odwołaniu. Za zarzut, stosownie do wypracowanego stanowiska w orzecznictwie uznaje się zespół okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących jego podstawę, a więc wskazanie zaniechania lub czynności zamawiającego oraz przedstawione przez odwołującego uzasadnienie faktyczne i prawne. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Niewątpliwie w niniejszym odwołaniu brak jest zarzutu co do treści UWAG zawartych w Rozdziale III SWZ pkt 1 tj. określających podstawę normatywną wyliczenia powierzchni użytkowej dla każdego z warunków. W tym zakresie odwołujący sformułował w odwołaniu wyłącznie żądanie wykreślenia tego postanowienia SWZ, a argumentację w tym zakresie przedstawił dopiero na rozprawie, co Izba uznała za spóźnione i nie dopuszczalne ze względu na konieczność określenia zarzutów w dacie składania odwołania.

Rozstrzygając odwołanie, Izba zważyła, że ciężar dowodu, iż nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisów i zasad udzielania zamówień, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego zmiany postawionych warunków udziału w postępowaniu (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu. W przypadku zarzutu wadliwego, niezgodnego z ustawą Pzp określenia warunków udziału w postępowaniu ciężar dowodu w całości spoczywa na odwołującym. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania prawdziwości twierdzeń podnoszonych w odwołaniu. Tymczasem w niniejszej sprawie odwołujący zaniechał akcji dowodowej. Co więcej odwołujący w ocenie Izby zaniechał również przedstawienia

argumentacji pozwalającej na uznanie, iż postawione przez niego żądania wypełniają przesłanki określania warunków udziału ustalone art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Okoliczność ta dla niniejszego postępowania jest o tyle istotna, że w okresie od wniesienia odwołania do daty posiedzenia i rozprawy zamawiający kilkakrotnie zmieniał postanowienia SWZ również w zakresie na którym opierał się odwołujący formułując zarzuty i argumentację na ich poparcie. Skutkiem tego argumentacja odwołującego w znacznej mierze stała się nieaktualna, gdyż SWZ w obecnym brzmieniu nie zawiera już kwestionowanych postanowień lub zostały one zmienione, dotyczy to m.in. argumentacji odwołującego odnośnie wybranych kryteriów kwalifikacyjnych referencyjnego budynku biurowego i wskazywanej w stosunku do nich nieistotności z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia – elementy na które wskazywał odwołujący w odwołaniu zostały usunięte przez zamawiającego z treści SWZ.

Niemniej jednak rozstrzygając odwołanie Izba uznała, iż kluczowe kwestie na których odwołujący oparł swe zarzuty tj. wprowadzenie do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej definicji „referencyjnego budynku biurowego” zostały utrzymane w SWZ, a więc odwołanie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu.

Izba oddaliła podtrzymane zarzuty odwołania tj. dot. naruszenia art. 112 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu wskazać należy, że zamawiający uprawniony jest do określenia w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne takich warunków udziału w postępowaniu, jakie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotowego zamówienia, rzetelnego i profesjonalnego, dającego rękojmię jego należytego wykonania, z zastrzeżeniem, że warunki muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz określone w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wyrażenie minimalnych poziomów tej zdolności. Zamawiający musi więc opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić powyższe wymagania. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania i trudności, czy sposobu wykonania zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym odwołujący kwestionuje ustanowione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, podnosząc że są one nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia

oraz że ograniczają uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, zasadniczo wnosząc o obniżenie wartości i zakresu posiadanego przez wykonawcę i personel wykonawcy doświadczenia. Ponadto odwołujący wskazywał na naruszenie przez powyższe zasady efektywności ekonomicznej.

Wskazać należy, że odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w żaden sposób nie wykazał, że kwestionowanie warunków udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy w wykonaniu kompleksowych prac wykończeniowych wraz z wyposażeniem (które to prace polegające na wyposażeniu wnętrza w aktualnym brzmieniu SWZ stanowią odrębny warunek udziału) czy też prac konserwatorskich, a także warunki dot. doświadczenia personelu jakim ma dysponować wykonawca nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także, że nie opierają się na minimalnych poziomach zdolności wymaganych do należytego wykonania zamówienia. Jak sam przyznaje w treści odwołania zasadniczym elementem przedmiotu zamówienia w postępowaniu są roboty przygotowawcze, demontażowo – rozbiórkowe, konserwatorskie, budowlane, instalacyjne i wykończeniowe.

Odwołujący co do zasady żąda zastąpienia oceny doświadczenia wykonawcy i jego personelu w oparciu o stworzoną na potrzeby postępowania definicję „referencyjnego budynku biurowego” na ocenę doświadczenia w budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej. Przy czym, czyni to bez żadnego uzasadnienia, że wykonawca legitymujący się doświadczenia na takim poziomie i o takim zakresie będzie gwarantował zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia w sposób rzetelny i profesjonalny, zapewniając rękojmię należytego wykonania zamówienia. Należy się tutaj odwołać do definicji budynku użyteczności publicznej zawartej w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), obejmującej bardzo szeroki katalog obiektów. Rozporządzenie to definiuje budynek użyteczności publicznej jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że powyższe warunki udziału zostały ustanowione w ścisłej korelacji z zakresem i stopniem skomplikowania zamówienia i przyjęte jako minimalny poziom zdolności z zachowaniem zasady proporcjonalności. Wyjaśnienia te nie zostały podważone przez odwołującego. Dostrzeżenia również wymagało, iż odwołujący podtrzymał

zarzuty wobec warunków dotyczących częściowo doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia personelu jakim ma on dysponować, zarzucając zamawiającemu m.in. iż w związku ze sformułowaniem definicji referencyjnego budynku biurowego naruszają one zasady uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy sam w odwołaniu wskazał, iż pożądaną przez niego alternatywą dla usunięcia definicji referencyjnego budynku biurowego jest zmiana tej definicji poprzez uznanie, jako budynku spełniającego warunki udziału, referencyjnego budynku biurowego legitymującego się co najmniej 14 z 22 kryteriów klasyfikacyjnych, co zamawiający poprzez usunięcie części kryteriów klasyfikacyjnych i ich zmianę wykonał uznając za referencyjny budynek biurowy - budynek biurowy, który spełnia 14 z 20 kryteriów klasyfikacyjnych wskazanych w SWZ. Sam odwołujący ocenił, iż taka zmiana gwarantowałaby uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestionowanego zakresu wymaganego doświadczenia, polegającego na wymogu wykazania się przez Kierownika kontraktu doświadczeniem w kierowaniu projektami obejmującymi kompleksowe prace wykończeniowe wewnątrz biurowych, wskazać należy, iż odwołujący wnosząc o odstąpienie od tego wymogu nie wykazał, iż wymóg ten jest nieuzasadniony przedmiotem zamówienia. Kwestią bezsporną jest okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe prace wykończeniowe, które również odwołujący uznaje za istotny element przedmiotu zamówienia, zatem w ocenie Izby zasadne jest oczekiwanie zamawiającego, aby osoba zarządzająca wykonaniem całości kontraktu legitymowała się doświadczeniem również w tym zakresie. Izba uznała za wiarygodne, wyjaśnienie zamawiającego, wskazujące na istotność wymogu doświadczenia Kierownika kontraktu w zakresie prac wykończeniowych wewnątrz biurowych.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę treść odwołania, Izba nie uznała zasadności odstąpienia od postawionych warunków udziału.

Reasumując, wskazać należy, że odwołanie dotyczące zapisów treści SWZ poza wskazanymi uchybieniami ze strony zamawiającego winno wskazywać konkretne oczekiwanie odwołującego, co do zmiany postanowień jej treści i tylko one wyznaczają granice rozpoznania odwołania. Izba samodzielnie nie może nakazywać modyfikacji zapisów SWZ, wykraczając poza granice określone żądaniem odwołania. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do łagodzenia warunków udziału w postępowaniu wykonawcom podnoszącym takie żądania. Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez zamawiającego treść SWZ narusza przepisy ustawy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu naruszają przepisy ustawy Pzp. Nie wykazał aby zamawiający naruszył zasadę

proporcjonalności ani, że ustanowił je na poziomie naruszającym minimalne poziomy zdolności. Oprócz stanowisk doktryny, odwołujący zaniechał również argumentacji co do ewentualnego naruszenia przez zamawiającego zasady efektywności. Cała argumentacja podnoszona w odwołaniu odnosi się do obniżenia warunków, ponieważ odwołujący, który uważa że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienia, ich nie spełnia. Jednakże w argumentacji odwołującego zabrakło uzasadnienia, wykazującego, że ustanowienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie i o wartości wnioskowanej w odwołaniu, zapewni zamawiającemu wybór wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W odniesieniu na zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odwołujący upatruje ich naruszenia jedynie w okolicznościach braku możliwości złożenia własnej oferty. Jednakże, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może złożyć ofertę łącznie z innym podmiotem jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia ewentualnie posiłkować się zasobami innego podmiotu. Ponadto Izba podkreśla, że zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać tylko przez pryzmat interesów wykonawcy. Tymczasem w ocenie Izby stawiane żądania zmierzają jedynie do zaspokojenia potrzeb odwołującego, a nie do sanowania niezgodności postanowień SWZ z ustawą Pzp - których odwołujący nie wykazał.

Orzeczenie łączne w sprawach o sygn. akt KIO 2323/21 i 2332/21 zostało wydane w oparciu o art. 556 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku zarządzenia przez Prezesa Izby łącznego rozpoznania odwołań, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach połączonych.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 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 oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3, 4, 5 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania i postępowania odwoławczego i 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, 4, 5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W sprawie o sygn. akt KIO 2323/21 Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący DORACO. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego DORACO w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2323/21 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 2332/21 na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....