

Sygn. akt: KIO 630/18

Sygn. akt: KIO 635/18

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** (sygn. akt KIO 630/18),
- B. w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** (KIO 635/18),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa,**

przy udziale:

- 1. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 630/18 i 635/18 po stronie odwołującego,
- 2. wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 635/18 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 630/18 w części dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości robót wymaganej dla dyrektora budowy i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby wartość robót wymagana dla dyrektora budowy wynosiła 70 mln zł netto;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 630/18;
3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 635/18 w części dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej oraz warunku udziału w postępowaniu w zakresie czasu pełnienia funkcji przez kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych, z powodu cofnięcia odwołania w tej części;
4. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 635/18 w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu w zakresie wartości robót wymaganej dla dyrektora budowy, wartości robót wymaganej dla kierownika robót sanitarnych, wartości robót wymaganej dla kierownika robót elektrycznych, wartości robót wymaganej dla kierownika robót telekomunikacyjnych oraz czasu pełnienia funkcji przez dyrektora budowy i kierownika budowy i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, aby:
 - a) wartość robót wymagana dla dyrektora budowy wynosiła 70 mln zł netto;
 - b) wartość robót sanitarnych wymagana dla kierownika robót sanitarnych wynosiła 10 mln zł netto;
 - c) wartość robót elektrycznych wymagana dla kierownika robót elektrycznych wynosiła 10 mln zł netto;
 - d) wykreślić wymóg wykazania dla kierownika robót telekomunikacyjnych robót o wartości 80 mln zł netto i zastąpić ten wymóg wymogiem wykazania robót w zakresie położenia proporcjonalnej do niniejszego zamówienia liczby metrów kabli;
 - e) wymagany czas pełnienia funkcji przez dyrektora budowy wynosił 50% czasu liczonego od dnia rozpoczęcia robót potwierdzonych wpisem do dziennika budowy do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie;
 - f) wymagany czas pełnienia funkcji przez kierownika budowy wynosił 50% czasu liczonego od dnia rozpoczęcia robót potwierdzonych wpisem do dziennika budowy do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie;
5. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt 635/18;

6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 630/18 obciąża zamawiającego **Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa** w części 1/4 oraz wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w części 3/4, i:
- 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;
- 6.2. zasądza od zamawiającego Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa, na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, kwotę 3.200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy);
7. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 635/18 obciąża zamawiającego **Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa** w części 1/2 oraz wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** w części 1/2, i:
- 7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 7.2. zasądza od zamawiającego Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa, na rzecz wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, kwotę 8.200 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 630/18

Sygn. akt KIO 635/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2018 r., nr 2018/S 059-129605. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 24 marca 2018 r.

W dniu 3 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawcę Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków - sygn. akt KIO 630/10 (dalej: „odwołujący Strabag” lub „Strabag”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj. dyrektor budowy, kierownik budowy oraz kierownik robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie - w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W zakresie poszczególnych warunków odwołujący Strabag wskazał, że:

- 1) w przypadku dyrektora budowy nieuzasadnione jest zawężenie możliwości wykazania w ramach doświadczenia tylko obiektów z klasy 1261 POKB z określonymi wyłączeniami i obiektów z klasy 1262 POKB oraz nadmierny jest wymóg wykazania obiektu o wartości min. 200 mln zł netto,
- 2) w przypadku kierownika budowy nieuzasadnione jest wyłączenie możliwości wykazania w ramach doświadczenia tylko obiektów z klasy 1261 POKB z określonymi wyłączeniami i obiektów z klasy 1262 POKB,
- 3) w przypadku kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego

nadmierny jest wymóg wykazania doświadczenia w zakresie aż 4 inwestycji kubaturowych.

Odnosząc się do ograniczenia możliwości wykazania obiektów dla dyrektora budowy do określonych klas POKB odwołujący Strabag podniósł, że „zastosowane przez Zamawiającego wyłączenia dotyczące klasy PKOB 1261 spowodowały, że w zasadzie spełniać warunki udziału w postępowaniu będzie osoba, która brała udział w realizacji budynku będącego salą koncertową, operą, teatrem, teatrem muzycznym, salą kongresową, względnie wykonała jeden z obiektów w klasie PKOB 1262. Dodatkowo taki obiekt musi spełniać parametr kwotowy, tj. wartość robót nie może być mniejsza niż 200.000.000 zł netto. W ocenie Odwołującego ograniczenie zakresu wykonywanych obiektów do wąskiego zakresu obiektów użyteczności publicznej jest nadmierne w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia i powoduje ograniczenie konkurencji. Takie obiekty w ostatnich latach w Polsce - wg wiedzy Odwołującego - były wykonywane jedynie przez nieliczne podmioty, a przy zastosowaniu wymagania kwotowego, jakiego żąda Zamawiający jedynie następujące realizacje mogłyby być brane pod uwagę:

1. Narodowa Orkiestra Symfoniczna Polskiego Radia w Katowicach, data zakończenia realizacji: 10.2013; wartość realizacji około: 201.000.000 zł netto (wartość z ogłoszenia). Roboty zrealizowane przez WARBUD S.A.
2. Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu, rok zakończenia realizacji: 2015; wartość realizacji około 330.000.000 zł brutto. Roboty realizowane przez PB Inter System S.A.
3. Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, data zakończenia realizacji 01.2017, wartość robót ok. 250.000.000 brutto. Roboty zrealizowane przez WARBUD S.A.

Mając na uwadze powyższe potwierdza się naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, bowiem w zasadzie tylko ww. dwa podmioty zrealizowały zamówienia o żądanym przez Zamawiającego zakresie i wartości. Tym samym tylko one mogą dysponować osobami, które takie doświadczenie posiadają i będą mogły wziąć udział w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający co prawda dopuścił, by osoba Dyrektora Budowy nie była obywatelem polskim i posługiwała się wyłącznie wymaganym językiem angielskim. Jednak takie dopuszczenie w żaden sposób nie kasuje nadmierności stawianego warunku i jedynie pozornie rozszerza krąg podmiotów, które mogłyby brać udział w postępowaniu. Tymczasem doświadczenie personelu, który realizował inne obiekty użyteczności publicznej, tj. np. centra handlowe, szpitale, hale sportowe o wysokiej wartości, nie różni się w znacznym stopniu od doświadczenia w realizacji muzeum czy sali kongresowej. Są to zadania o takim samym zakresie złożoności i ich realizacja wymaga spełnienia analogicznych procedur administracyjnych, prawnych i technicznych. Organizacja i realizacja inwestycji o takim charakterze jest bardzo

podobna. Co istotne w przedmiotowym postępowaniu osoba Dyrektora Budowy nie ma wykazać się posiadaniem uprawnień, czy konkretnej wiedzy technicznej, a raczej doświadczeniem w zarządzaniu (organizacja i realizacja inwestycji w zakresie technicznym i formalno-prawnym). Tym bardziej zatem ograniczanie doświadczenia tylko do konkretnej klasy budynków, czy konkretnej wartości zrealizowanych prac jest wymaganiem nadmiernym. Wskazać należy, że sam Zamawiający opisując wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy dopuszcza wykazanie się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych dotyczących budowy nowych budynków użyteczności publicznej i to aż trzech budynków. Sam zatem niejako potwierdza, że takie realizacje są miarodajne dla potwierdzenia, że Wykonawca dysponuje odpowiednim doświadczeniem. Niezrozumiałym jest ograniczanie w tym zakresie doświadczenia, którym reprezentować ma się personel wykonawcy i różnicowanie tego doświadczenia poprzez ograniczenie do specyficznej klasy obiektu”.

Odnosząc się do wymogu wykazania dla dyrektora budowy realizacji obiektu o wartości min. 200 mln zł netto, odwołujący Strabag wskazał, że „nadmierny i rażąco wygórowany jest wymóg, by wskazane obiekty o klasie PKOB 1261 i PKOB 1262, zrealizowane przez osobę Dyrektora Budowy, miały jednocześnie wartość nie mniejszą niż 200.000.000 zł netto. Odwołujący wskazuje, że jest to kwota w zasadzie wprost odpowiadająca wartości przedmiotu zamówienia, jaką oszacował Zamawiający. Nie można zatem mówić w tym przypadku o proporcjonalności wymogu - Zamawiający de facto wymaga, by wykonawca wykazał się posiadaniem osoby, która zrealizowała taki sam obiekt, jaki jest przedmiotem zamówienia biorąc pod uwagę zarówno klasę obiektu jak i wartość robót. Wymaganie to nie przystaje również do warunków, jakie Zamawiający postawił w zakresie doświadczenia wykonawcy. Zamawiający oczekuje (pkt. XI 2 1) SIWZ), by wykonawca w ramach doświadczenia wykazał m.in. (...) 1 (jedną) robotę budowlaną (...) o wartości robót nie mniejszej niż 90.000.000,00 zł netto (...). Oznacza to, że nawet jeśli wykonawca posiada doświadczenie w realizacji obiektu wymaganego warunkami SIWZ w części doświadczenie wykonawcy, to nie może w zakresie potencjału osób wskazać na to stanowisko osoby, która dla niego ten obiekt zrealizowała, bowiem wartość wymagana przez Zamawiającego dla doświadczenia Dyrektora Budowy jest więcej niż dwukrotnie wyższa niż zakreślona w ww. warunku. W tym zakresie Zamawiający zachowuje się niespójnie i w sposób niczym nieuzasadniony. Jednocześnie podkreślić należy, że jeśli dana osoba, która posiadać ma doświadczenie de facto w zarządzaniu, zrealizowała zadanie o wartości 50.000.000 zł netto czy 90.000.000 zł netto to z pewnością poradzi sobie z zadaniem o większej wartości, bowiem stopień skomplikowania danej realizacji nie wzrasta wprost proporcjonalnie do jej wartości. Jeśli dana osoba zrealizowała obiekt podobny, o podobnym stopniu skomplikowania i podobnych ryzykach - z pewnością

prawidłowo i należycie zrealizuje zadanie będące przedmiotem niniejszego Postępowania”.

Odnosząc się do ograniczenia możliwości wykazania obiektów dla kierownika budowy do określonych klas POKB odwołujący Strabag podniósł w szczególności, że „analogicznie jak w przypadku wymagań dla Dyrektora Budowy kwestionuje zawężenie do klasy PKOB 1261 z wyłączeniami oraz PKOB 1262 obiektów, w ramach których tenże Kierownik budowy uzyskiwać miał doświadczenie. Ponieważ powyższe ograniczenia są analogiczne jak w przypadku Dyrektora Budowy” odwołujący nie powtarzał argumentacji.

Odnosząc się do liczby obiektów kubaturowych, które muszą być wykazane dla kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, odwołujący Strabag podniósł, że „nadmiernym i rażąco wygórowanym jest żądanie, by taka osoba wykazywała się realizacją minimum 4 inwestycji kubaturowych. Opisując wymagania dla Kierownika budowy i Dyrektora Budowy Zamawiający wskazał, że mają oni wykazać się realizacją jednej inwestycji. Niezrozumiałym jest dlaczego Kierownik technologii Betonu Architektonicznego miałby takich realizacji wykazać aż cztery. W ocenie Odwołującego nabycie doświadczenia już przy realizacji jednej inwestycji w zakresie przedmiotowej technologii jest wystarczające dla potwierdzenia, że osoba taka ma wymagane doświadczenie i daje rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia”.

W związku z tym odwołujący Strabag wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany siwz w ten sposób, aby zamawiający:

- 1) „dopuścić, by Dyrektor Budowy mógł wykazać się w miejsce wyżej zakwestionowanych wymagań: budową nowego obiektu stanowiącego budynek użyteczności publicznej, o wartości robót nie mniejszej niż 90.000.000 zł netto, który to obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie;
albo
dopuścić, by Dyrektor Budowy mógł wykazać się w miejsce wyżej zakwestionowanych wymagań: budową nowego obiektu stanowiącego budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, dom kultury, wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych, kasyna, cyrki, sale taneczne i dyskoteki, estrady, budynki schronisk dla zwierząt, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 o wymaganych parametrach, o wartości robót nie mniejsza niż 70.000.000,00 zł brutto, który to obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.
- 2) (...) dopuścić, by Kierownik budowy mógł wykazać się w miejsce wyżej zakwestionowanych wymagań: budową nowego obiektu stanowiącego budynek użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 10.000,00 m², o wartości robót nie mniejszej niż 60.000.000 zł netto, który to obiekt oddano do

użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

- 3) (...) dopuścił, by kierownik robót w zakresie technologii Betonu Architektonicznego mógł wykazać się doświadczeniem zawodowym w zakresie pełnienia Kierownika Robót przy realizacji minimum 1 inwestycji kubaturowej, gdzie w ramach danej inwestycji był bezpośrednio odpowiedzialny za wykonanie minimum 100 m² jednolitej powierzchni eksponowanej ściany betonowej znajdującej się w przestrzeni publicznej, reprezentacyjnej danego obiektu, wykonanej z betonu architektonicznego o gr. min 18 cm”.

2. wykonawcę Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa - sygn. akt KIO 635/18 (dalej: „odwołujący Mostostal” lub „Mostostal”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) oraz art. 22d ustawy Pzp poprzez postawienie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia lub nieprecyzyjnie sformułowanych i utrudniających uczciwą konkurencję minimalnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zawodowego osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia dotyczących dyrektora budowy, kierownika budowy, kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych,
- 2) art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy Pzp poprzez postawienie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i utrudniających uczciwą konkurencję warunków udziału w postępowaniu polegających na żądaniu wykazania się w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie niższej niż 50 mln zł,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w § 11 ust. 2 projektu umowy zasad rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem swobody zawierania umów tj. przerzucenie obowiązku finansowania zamówienia na wykonawcę:
- 4) „innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania”.

W zakresie poszczególnych warunków odwołujący Mostostal wskazał, że:

- 1) w przypadku dyrektora budowy niezasadnione jest zawężenie możliwości wykazania w ramach doświadczenia tylko obiektów z klasy 1261 POKB z określonymi wyłączeniami i obiektów z klasy 1262 POKB, nadmierny jest wymóg wykazania obiektu o wartości min. 200 mln zł netto, niezasadniony jest wymóg certyfikowanej znajomości języka angielskiego, jak też niezasadniony jest wymóg wykazania

- doświadczenia zarządzaniu inwestycją przez min. 75% czasu realizacji robót,
- 2) w przypadku kierownika budowy nieuzasadnione jest wyłączenie możliwości wykazania w ramach doświadczenia tylko obiektów z klasy 1261 POKB z określonymi wyłączeniami i obiektów z klasy 1262 POKB oraz nieuzasadniony jest wymóg wykazania doświadczenia w pełnieniu funkcji przez min. 75% czasu realizacji danych robót,
 - 3) w przypadku kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego nadmierny jest wymóg wykazania doświadczenia w zakresie aż 4 inwestycji kubaturowych,
 - 4) w przypadku kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych nadmierny jest wymóg wykazania aż 3 inwestycji, nadmierny jest wymóg, aby każda z robót miała wartość min. 80 mln zł netto oraz nieuzasadniony jest wymóg wykazania doświadczenia w zarządzaniu inwestycją przez min. 75% czasu realizacji robót,
 - 5) w przypadku zdolności finansowej nadmierny jest wymóg wykazania min. 50 mln zł,
 - 6) w przypadku projektu umowy nieuzasadnione jest postanowienie §11 ust. 2, w myśl którego wypłata wynagrodzenia będzie następowała w wysokości 80% kwoty z faktur miesięcznych, pozostałe zaś części (po 10%) będą zatrzymywane przez zamawiającego do czasu przeprowadzenia odbioru całościowego i końcowego.

Odnosząc się do ograniczenia możliwości wykazania obiektów dla dyrektora budowy do określonych klas POKB odwołujący Mostostal podniósł, że „ograniczeniem znacznie utrudniającym uczciwą konkurencję i z pewnością niestanowiącym wymogu minimalnego jest również postawienie wymogu w zakresie klasy budynków użyteczności publicznej (klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, dom kultury, wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych, kasyna, cyrki, sale taneczne i dyskoteki, estrady, budynki schronisk dla zwierząt, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262), na których doświadczenie Dyrektora budowy będzie tu wymagane. Odwołujący podnosi, że za całkowicie wystarczające winno się tu uznać wymaganie w zakresie doświadczenia zdobytego po prostu na budynku użyteczności publicznej, które przy tak dużej wartości inwestycji i tak świadczyć będzie o wysokiej klasy specjalście, predystynowanym do pełnienia funkcji Dyrektora budowy”.

Odnosząc się do wymogu wykazania dla dyrektora budowy realizacji obiektu o wartości min. 200 mln zł netto, odwołujący Mostostal wskazał, że „nie powinno ulegać wątpliwości, że zdobycie doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Przedstawiciela Kontraktu, Dyrektora budowy, Menadżera Kontraktu bądź innym równorzędnym, także w przypadku zamówienia o wartości na przykład o połowę niższej (np. ok. 100 mln zł netto) niż wartość przedmiotowego zamówienia, nie powinna odbierać danej osobie waloru

doświadczenia umożliwiającego zawiadowanie budową obiektu stanowiącego przedmiot rzeczzonego zamówienia. Odwołujący szczególnie pragnie podkreślić, że na rynku polskim w okresie ostatnich 10 lat realizowanych było tylko kilka inwestycji, które swoim zakresem oraz wartością zbliżone są do niniejszego postępowania. Były to m.in. Budowa Muzeum II Wojny Światowej czy też aktualnie prowadzone postępowanie na budowę Muzeum Wojska Polskiego. To wyraźnie wskazuje na znaczne ograniczenie liczby specjalistów na rynku, mogących poszczycić się takim doświadczeniem”.

Odnosząc się do wymaganej od dyrektora budowy znajomości języka angielskiego, odwołujący Mostostal podniósł, że „za całkowicie niezrozumiałe i ograniczające konkurencję w postępowaniu należy też uznać postawienie warunku w zakresie wykazania się przez wykazywaną osobę biegłą, certyfikowaną znajomością języka angielskiego. W pierwszej kolejności wskazać tu należy, że brak znajomości tego języka pozostaje bez związku i nie ujmuje kwalifikacji zawodowych osób mogących potencjalnie pełnić funkcję Dyrektora budowy, których wieloletnie doświadczenie (również zagraniczne), nie wymagało potwierdzenia tak rygorystycznych wymagań językowych. Jest to tym bardziej niezrozumiałe w świetle dopuszczenia przez Zamawiającego, aby osoba Dyrektora Budowy nie była obywatelem polskim i posługiwała się wyłącznie językiem angielskim, gdzie Zamawiający zgodził się na korzystanie z pomocy tłumacza w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji inwestycji. Oznaczałoby to bowiem, że Zamawiający wręcz faworyzuje w tym przypadku osoby nie posiadające znajomości języka polskiego. Równe traktowanie Wykonawców nakazywałoby w tej sytuacji domagać się potwierdzenia certyfikatem znajomości języka polskiego. Tymczasem takiego rozwiązania Zamawiający nie przyjął, co wskazuje na naruszenie wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zachowania uczciwej konkurencji”.

Odnosząc się do wymogu wykazania doświadczenia dyrektora budowy w zarządzaniu inwestycją przez min. 75% czasu realizacji robót, odwołujący Mostostal podniósł, że „Zamawiający nie określił w SIWZ, według jakich kryteriów dokonywał będzie oceny potwierdzenia spełnienia rzeczzonego warunku ani jakie roboty rodzajowo będą tu brane pod uwagę. Sam czas trwania inwestycji nie jest tu bowiem miarodajny. Zdaniem Odwołującego takie sformułowanie wymogu, uniemożliwia racjonalne wartościowanie doświadczenia wykazywanej osoby i tym samym - dokonanie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego powinien być on usunięty z SIWZ”.

Odnosząc się do ograniczenia możliwości wykazania obiektów dla kierownika budowy do określonych klas POKB odwołujący Mostostal podtrzymał argumentację podniesioną przy analogicznym wymogu dotyczącym dyrektora budowy.

Odnosząc się do wymogu wykazania doświadczenia kierownika budowy w pełnieniu funkcji przez min. 75% czasu realizacji danych robót, odwołujący Mostostal

w szczególności podniósł, że „takie sformułowanie wymogu, uniemożliwia racjonalne wartościowanie doświadczenia wykazywanej osoby i tym samym - dokonanie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego powinien być on wykreślony z SIWZ. Odwołujący wskazuje, że istnieją na rynku przedsiębiorcy, którzy w swoich zasobach dysponują osobami, posiadającymi wymagane uprawnienia budowlane i doświadczenie w nadzorze nad realizacją zamówień o opisanym charakterze i parametrach obiektów. Nie są to jednak osoby, które brały udział w realizacji kontraktów przez prawie cały okres realizacji. Nie ulega więc wątpliwości, że mimo ich bogatego doświadczenia, nie będą tu mogły być wykazane. Jak wynika z doświadczenia Odwołującego, w trakcie realizacji kontraktu Kierownicy budów się zmieniają, przekazują sobie nawzajem obowiązki, co też jest dopuszczone przepisami Prawa budowlanego i zgodne z zasadami sztuki budowlanej. Takie postępowanie jest często stosowaną praktyką przy realizacji zamówień niezależnie od stopnia ich złożoności i terminu wykonania. W ocenie Odwołującego zmiany osób, pełniących funkcję Kierownika budowy w trakcie realizacji kontraktu w żaden sposób nie powodują negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, jak i samego Wykonawcy, którego obowiązkiem wynikającym z umowy jest zapewnienie stałego nadzoru budowlanego poprzez bieżące zapewnienie osoby na stanowisku Kierownika budowy. Podobnie, zasady związane z pełnieniem ww. funkcji przy wykonywaniu zamówienia wyznaczają także przepisy Prawa budowlanego. To na Wykonawcy zatem spoczywa główny ciężar związany z obowiązkiem prawnym i umownym zapewnieniem wymaganego personelu na budowie w całym okresie realizacji zamówienia. Z kolei, osobom pełniącym w imieniu danego Wykonawcy funkcję Kierownika budowy nie odbiera to doświadczenia, które nabywają przy sprawowaniu nadzoru nad wykonaniem zamówienia. (...) W świetle powyższego, warunek o obowiązku wykazania się przez Wykonawcę, iż dysponuje Kierownikiem budowy, który pełnił funkcję Kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (przez okres co najmniej minimum 75% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji), uznać należy za utrudniający uczciwą konkurencję”.

Odnosząc się do liczby obiektów kubaturowych, które muszą być wykazane dla kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, odwołujący Mostostal podniósł, że „wymaganie wykazania się doświadczeniem na aż 4 inwestycjach stanowi zdecydowane nadużycie i nie potwierdza zachowania równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Jest przecież bezsporne, że uzyskanie doświadczenia nawet jednokrotnie, ale na dużej inwestycji, gdzie zakres prac odnoszący się do określonego w warunku parametru wielkości jednolitej powierzchni będzie znacznie go przekraczał, z pewnością potwierdzi posiadanie wymaganych zdolności przez wykazywaną

osobę. Tym samym, Zamawiający poprzez zapis o obowiązku wykazania doświadczenia na aż 4 inwestycjach ogranicza dostępność zamówienia”.

Odnosząc się do wymogu wykazania dla kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych realizacji 3 inwestycji o wartości robót min. 80 mln zł netto każda oraz pełnienia funkcji przez min. 75% czasu realizacji danych robót, odwołujący Mostostal podtrzymał argumentację dotyczącą analogicznych wymogów dla dyrektora budowy, kierownika budowy i kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego oraz dodał, że „na rynku zamówień publicznych wartość kierowanych przez ww. kadre inżynierów robót budowlanych w poszczególnych przypisanych im branżach niezwykle rzadko osiąga swą wartość poziom 80 mln PLN”.

Odnosząc się do warunku dotyczącego zdolności finansowej odwołujący Mostostal w szczególności odniósł wymaganą kwotę 50 mln zł do wartości szacunkowej zamówienia i przewidzianych w postępowaniu zasad odbioru i rozliczania robót.

Odnosząc się do projektu umowy odwołujący Mostostal podniósł, że „w treści § 11 ust. 2 projektu umowy Zamawiający określił, iż rozliczenia finansowe za wykonane roboty budowlane będą się odbywały niezależnie dla poszczególnych obiektów, na podstawie faktur Generalnego Wykonawcy za wykonane roboty, wystawianych nie częściej niż raz w miesiącu, zgodnie z ustalonym harmonogramem - w wysokości 80% wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 2 Umowy dla każdego elementu skończonego, wchodzącego w skład danego obiektu budowlanego. Z kolei 10% należnego wynagrodzenia dla poszczególnych elementów skończonych wchodzących w skład obiektów budowlanych określonych w harmonogramie zostanie zatrzymana przez Zamawiającego, podobnie jak pozostała część w wysokości 10% należnego wynagrodzenia z każdej wystawionej faktury dla poszczególnych elementów skończonych wchodzących w skład obiektów budowlanych. Odwołujący kwestionuje powyższe warunki rozliczania robót jako nadmiernie wygórowane wobec Wykonawcy, naruszające swobodę kształtowania umów z uwagi na przerzucenie ciężaru finansowania zamówienia na Wykonawcę (...)”.

W związku z tym odwołujący Mostostal wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany siwz w następujący sposób:

- a) w odniesieniu do wymagań dotyczących dyrektora budowy poprzez:
 - wykreślenie obowiązku wykazania się przez wykazywaną osobę biegłą znajomością języka angielskiego w mowie i piśmie - minimum na poziomie C1 zgodnie z klasyfikacją Europejskiego Systemu Opisu Kształcenia Językowego,
 - wykreślenie obowiązku wykazania się przez wykazywaną osobę doświadczeniem

w zarządzaniu daną inwestycją przez okres minimum 75% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji jako wymogu nieprecyzyjnego,

- zmianę wymagań w zakresie parametrów obiektu użyteczności publicznej, na którym ma wykazać doświadczenie zawodowe dyrektor budowy:
 - w odniesieniu do warunku dotyczącego wartości robót na obiekcie użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 lub klasy PKOB 1262 i obniżenie go do 100 min zł netto
- albo
- wykreślenie wymogu dotyczącego wykazania się budynkami klasy PKOB 1261 lub 1262, przy jednoczesnym pozostawieniu dotychczasowego wymogu w zakresie wykazania się obiektem użyteczności publicznej oraz wymogu w zakresie wartości robót o wartości nie mniejszej niż 200 min zł netto,
- b) w odniesieniu do wymagań dotyczących kierownika budowy poprzez:
- wykreślenie obowiązku wykazania się przez osobę wykazywaną doświadczeniem w zarządzaniu daną inwestycją przez okres minimum 75% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji jako wymogu nieprecyzyjnego,
 - zmianę wymagań w zakresie parametrów obiektu użyteczności publicznej poprzez wykreślenie wymogu co do wykazania się budynkami klasy PKOB 1261 lub 1262,
- c) w odniesieniu do wymagań dotyczących kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego poprzez:
- wykreślenie obowiązku wykazania się przez kierownika robót posiadaniem doświadczenia w realizacji na aż 4 inwestycjach kubaturowych i wprowadzenie wymogu w zakresie wykazania się jedną taką inwestycją, na której wykonano min. 400 m² wylewanego betonu architektonicznego,
- d) w odniesieniu do wymagań dotyczących kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych poprzez:
- wykreślenie/zmianę obowiązku wykazania się przez kierowników robót w pełnieniu właściwych im funkcji kierowniczych na aż 3 inwestycjach i ograniczenie wymogu doświadczenia w tym zakresie do jednej inwestycji oraz wykreślenie obowiązku wykazania pełnienia tej funkcji w przypadku wymienionych osób przez okres minimum 75% okresu realizacji robót dla każdej z tych inwestycji jako wymogu nieprecyzyjnego,
 - zmianę zapisów o obowiązku wykazania się przez niżej wymienioną kadrę inżynierów doświadczeniem zawodowym w pełnieniu powierzonych im funkcji, tj.:
 - kierownik robót sanitarnych w zakresie budowy/ rozbudowy/ przebudowy obiektu użyteczności publicznej do wartości robót sanitarnych nie mniejszej niż 10 min zł brutto,

- o kierownik robót elektrycznych w zakresie budowy/ rozbudowy/ przebudowy obiektu użyteczności publicznej do wartości robót elektrycznych nie mniejszej niż 10 mln zł brutto,
 - o kierownik robót teletechnicznych w zakresie budowy/ rozbudowy/ przebudowy obiektu użyteczności publicznej do wartości robót teletechnicznych nie mniejszej niż 2 mln zł brutto,
- e) w odniesieniu do spełnienia przez wykonawcę sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia poprzez:
- zmianę wymaganej wysokości środków finansowych lub zdolności finansowej niezbędnej do wykazania przez wykonawców z kwoty 50 mln zł, jako nadmiernie wygórowanej w stosunku do przedmiotu zamówienia do kwoty 25 mln zł,
- f) w § 11 ust. 2 projektu umowy poprzez:
- zmianę poziomu wynagrodzenia należnego do wypłaty wykonawcy z 80% do 90%, przy zachowaniu zasad zatrzymania 10% tego wynagrodzenia przez zamawiającego do momentu podpisania protokołu odbioru końcowego inwestycji.

Pismami z dnia 6 kwietnia 2018 r.:

1. wykonawca Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 630/18 i KIO 635/18,
2. wykonawca Strabag zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 635/18.

W trakcie posiedzenia zamawiający poinformował, że pismem z dnia 13 kwietnia 2018 r. dokonał zmiany siwz, w wyniku której:

- a) obniżył wartość robót wymaganą dla dyrektora budowy z 200 mln zł do 140 mln zł,
- b) usunął wymóg wykazania dla kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego powierzchni ściany betonowej znajdującej się w przestrzeni „reprezentacyjnej” danego obiektu,
- c) dopuścił, aby uprawnienia wymagane dla kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych mogły być wykazane przez kilka osób w ramach danej specjalności, przy zachowaniu spełnienia przez każdą z tych osób wymogów dotyczących doświadczenia.

Ponadto na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że dokona kolejnej zmiany siwz w zakresie warunków dotyczących kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych w ten sposób, że obniży wymóg czasu pełnienia przez nich funkcji do 30% ogólnego czasu wykonywania robót, a jeżeli czas wykonywania robót branżowych byłby

krótszy niż 30% ogólnego czasu wykonywania robót, wykonawca będzie musiał wykazać, że kierownik robót branżowych pełnił swoją funkcję przez 100% czasu wykonywania robót branżowych.

Niezależnie od powyższego zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedzi na odwołania. W szczególności zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Mostostal, że „nie jest to kolejna inwestycja kubaturowa, schematyczna i powtarzalna. Z uwagi na szereg uwarunkowań dotyczących tej inwestycji, takich jak:

- 1) Lokalizacja „w samym sercu” m.st. Warszawy;
- 2) Bezpośrednie sąsiedztwo metra;
- 3) Architektoniczna niepowtarzalność i specyfika;
- 4) Charakter muzeum (nie tylko budynku jako takiego, ale również funkcji, jakie ma pełnić);

przedmiot zamówienia jest niepowtarzalny i nad wyraz skomplikowany. Stąd też, Zamawiający dobrał odpowiednie warunki udziału w postępowaniu, które pozwolą dopuścić do udziału w postępowaniu tylko tych wykonawców, którzy rzeczywiście dadzą rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (...) budynki muzeów charakteryzują się pewnymi cechami szczególnymi, które świadczą o tym, że prowadzenie robót budowlanych w zakresie muzeów jest zupełnie czym innym, niż wybudowanie kolejnego szklanego biurowca, galerii handlowej albo szpitala. Należy mieć na uwadze, iż:

- 1) Budynkom muzealnym stawiane są restrykcyjne wymagania dotyczące ochrony zbiorów. Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U. poz. 1240), wszystkie rozwiązania materiałowe związane z bezpieczeństwem obiektu należy uzgadniać z Narodowym Instytutem Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów;
- 2) Niestandardowe oświetlenie - oświetlenie galeryjne wykonywane na specjalne zamówienie o bardzo wysokich wymaganiach co do jakości światła jak i wyglądu samej oprawy. W projektowanym Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie oprawy oświetleniowe będą pełniły wiele funkcji poza oświetleniem, takie jak np. element, do którego można mocować dzieła sztuki, projektory, telewizory itp. Rozwiązania niespotykane w innych obiektach;
- 3) Konieczność częstych zmian ekspozycji, a co za tym idzie właściwe wykonanie instalacji umożliwiające łatwe dokonywanie zmian;
- 4) Budynki muzeów charakteryzują się bardzo wysoką jakością wykonania oraz dbałością o detale. Na finalny wygląd obiektu muzealnego ma wpływ każdy najmniejszy detal jak np. sposób prowadzenia widocznych instalacji, ich łączenia, dobierania rozstawów mocowań śrub, nie tylko ze względu na wymagania techniczne, ale również wizualne;

- 5) Ze względu na wyższe niż w innych obiektach wymagania co do jakości prac i użytych materiałów, cena takich obiektów jest wyższa względem innych obiektów użyteczności publicznej;
- 6) Wyższe wymagania akustyczne dla obiektów muzealnych (audytoria, kino) - pomieszczenia wystawiennicze w większości mają surowe wykończenie, co stwarza większe wyzwanie podczas realizacji systemów dźwiękowych (wyższa jakość urządzeń, istotny prawidłowy montaż).

W związku z powyższym, Zamawiający słusznie wymaga doświadczenia w budowaniu obiektów kulturalnych (co ważne - nie ogranicza się tylko i wyłącznie do obiektów muzealnych), aby wybrać wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (...)

Po trzecie, wymóg posługiwania się językiem angielskim na poziomie biegłości językowej C1 wynika z faktu, jakie podmioty biorą udział w realizacji całego projektu, którym jest budowa Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie. Na 4 „zewnętrzne” podmioty uczestniczące w projekcie, 2 są podmiotami z USA. Już sam ten fakt wpływa na to, w jakim języku odbywa się codzienna komunikacja w ramach projektu. Co więcej, od osób zatrudnionych przez Inżyniera Kontraktu również wymagano biegłej znajomości języka angielskiego. Zatem, zarzuty formułowane przez Odwołującego w tym zakresie (w szczególności w zakresie obowiązku potwierdzenia znajomości języka polskiego) są nietrafione i wynikają z nieznanego otoczenia prawnego i faktycznego inwestycji. Należy przy tym pamiętać, że rolą Dyrektora Projektu [zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego chodzi o dyrektora budowy – przyp. KIO] nie jest wykonywanie czynności technicznych czy merytorycznych na budowie - jego rolą jest nadzorowanie całego procesu budowy od strony organizacyjnej, uczestnictwo w spotkaniach z przedstawicielami Projektanta, Pełnomocnika Zamawiającego (ds. architektury), Inżyniera Kontraktu czy Zamawiającego. Stąd też, umiejętność biegłego posługiwania się językiem angielskim jest konieczna, gdyż spotkania robocze odbywają się właśnie w tym języku. (...)

nie sposób uznać zasadności zgłaszanych żądań przez Odwołującego. Odwołujący chciałby, aby wartością referencyjną dla kierowników robót nie była wartość robót budowlanych, lecz wartość określonych prac (właściwych dla kierownika określonych robót). Przyjmując bowiem argumentację Odwołującego, wystarczyłoby, aby kierownik robót teletechnicznych wykonał niedużą serwerownię, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu polegający na doświadczeniu w prowadzeniu robót teletechnicznych o wartości tych robót co najmniej 2 mln zł brutto. Taki warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie zapewniłby uzyskania rękojmi należytego wykonania budynku Muzeum Sztuki Nowoczesnej, a ponadto tak kształtowany warunek udziału byłby kłopotliwym do zweryfikowania z tego względu, że nie zawsze roboty branżowe są na tyle wyodrębnione

kwotowo, żeby z oczekiwanym poziomem pewności i sprawności ocen je weryfikować. (...)

Zamawiający przyjął schemat płatności mający na celu mobilizację Wykonawcy do terminowej realizacji zadania. Zamawiający zamierza realizować płatności w równych okresach miesięcznych zgodnie z zaawansowaniem prac (rzeczywistym przerobem wykonawcy), z zastrzeżeniem dodatkowych zatrzymań z tytułu kamieni milowych, które będą zwalniane sukcesywnie po osiągnięciu przez wykonawcę danego kamienia milowego. W ocenie Zamawiającego, takie rozwiązanie jest korzystne dla każdej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także dopingujące i wpływające pozytywnie na proces inwestycyjny. Warty podkreślenia jest fakt, że kamienie milowe będą określane przez wykonawcę, więc to w rękach wykonawcy jest właściwe zaplanowanie realizacji inwestycji, a co za tym idzie otrzymanie płatności za dany kamień milowy. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający mógłby uregulować sposób wynagradzania wykonawcy poprzez osiąganie kamieni milowych zdefiniowanych w procesie (bez cyklicznych płatności miesięcznych). W ocenie Zamawiającego, uczciwszą formą wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy jest ustalenie płatności w cyklu miesięcznym. Intencją Zamawiającego jest jednak wynagradzanie wykonawcy za zrównoważoną pracę w trakcie realizacji zadania i terminowe osiąganie kamieni milowych (terminów pośrednich). Dlatego w procesie przewidziano dużo równomiernie rozłożonych kamieni milowych”.

W odpowiedzi na odwołanie wykonawcy Strabag zamawiający zawarł analogiczne informacje w zakresie adekwatnym do zarzutów zawartych w odwołaniu ww. wykonawcy.

W świetle oświadczeń zamawiającego wyrażonych na posiedzeniu, jak też treści odpowiedzi na odwołania, odwołujący Strabag podtrzymał swoje odwołanie w całości, natomiast odwołujący Mostostal oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie warunku zdolności finansowej oraz warunku dotyczącego czasu pełnienia funkcji przez kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych. W zakresie zarzutów cofniętych przez odwołującego Mostostal, postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

Niezależnie od powyższego odwołujący Mostostal złożył na posiedzeniu pismo procesowe zawierające jego stanowisko w sprawie, w którym zawarł dodatkową argumentację do zarzutów wskazanych w odwołaniu.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawców: Budimex S.A. oraz Strabag po stronie odwołujących.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Zamówienia jest kompleksowa budowa budynku Muzeum Sztuki Nowoczesnej wraz z infrastrukturą zewnętrzną oraz innymi elementami niezbędnymi do prawidłowej realizacji inwestycji, w oparciu o dokumentację projektową udostępnioną przez zamawiającego, wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie i dokonanie wymaganych przez przepisy prawa zgłoszeń.

Budynek Muzeum Sztuki Nowoczesnej jest obiektem o czterech kondygnacjach nadziemnych oraz dwóch podziemnych. Część nadziemna ma wysokość około 23 metrów (25 metrów do wierzchu ściany attykowej) i mieści się na planie prostokąta o wymiarach 40x105 metrów. Budynek Muzeum zaprojektowano głównie w technologii żelbetowej monolitycznej z elementami o konstrukcji stalowej oraz murowanymi ścianami z bloczków betonowych podpierającymi konstrukcję schodów. Fasada budynku MSN ma zostać wykonana z wylewanego na budowie betonu architektonicznego w kolorze białym. Część muzeum pozostająca poza obrysem budynku metra jest posadowiona pośrednio na palach.

W rozdziale XI pkt 2 ppkt 2) siwz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w następujący sposób:

1) Dyrektor budowy:

Wykształcenie: Wyższe techniczne,

Kwalifikacje: biegła znajomość języka angielskiego w mowie i piśmie - minimum na poziomie C1 zgodnie z klasyfikacją Europejskiego Systemu Opisu Kształcenia Językowego,

Doświadczenie zawodowe: doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku przedstawiciela wykonawcy, dyrektora budowy, menadżera kontraktu lub na stanowisku równoważnym, tj. odpowiedzialnym za kompleksowy nadzór nad organizacją i realizacją całości inwestycji w zakresie technicznym jak i formalno-prawnym, w trakcie którego zarządzał minimum 1 inwestycją (przez okres minimum 75% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji) w zakresie budowy nowego obiektu o nw. parametrach (dla każdej ze wskazanych inwestycji):

budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, dom kultury, wielozadaniowych sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych, kasyna, cyrki, sale taneczne i dyskoteki, estrady, budynki schronisk dla zwierząt, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262, o wymaganych parametrach

- wartość robót nie mniejsza niż 200.000.000,00 zł netto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

Zamawiający dopuszcza, aby osoba dyrektora budowy nie była obywatelem polskim i posługiwała się wyłącznie wymaganym językiem angielskim. W takim przypadku

Wykonawca uwzględni koszty zatrudnienia tłumacza w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji inwestycji.

2) Kierownik budowy:

Uprawnienia budowlane: do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

Doświadczenie zawodowe:

w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane (przez okres co najmniej minimum 75% okresu realizacji robót dla Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu o parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji):

budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, dom kultury, wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych, kasyna, cyrki, sale taneczne i dyskoteki, estrady, budynki schronisk dla zwierząt, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262, o wymaganych parametrach

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 10.000,00 m²,
- wartość robót nie mniejsza niż 60.000.000,00 zł netto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

3) Kierownik robót w zakresie technologii betonu architektonicznego:

Uprawnienia budowlane: do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

Doświadczenie zawodowe:

pełnił funkcję kierownika robót przy realizacji minimum 4 inwestycjach kubaturowych, gdzie w ramach każdej ze wskazanych inwestycji był bezpośrednio odpowiedzialny za wykonanie minimum 100 m² jednolitej powierzchni eksponowanej ściany betonowej znajdującej się w przestrzeni publicznej, reprezentacyjnej danego obiektu, wykonanej z betonu architektonicznego o gr. min 18 cm.

UWAGA:

- za ścianę betonową z betonu architektonicznego zamawiający uznaje ścianę zbrojoną, wykonaną, wylaną w całości na miejscu posadowienia, nie prefabrykowaną, nie wykonaną z okładzin betonowych, która nie została także wykonana inną techniką, Zamawiający dopuszcza, aby tylko jedna strona ściany była powierzchnią eksponowaną z betonu architektonicznego.
- za beton architektoniczny zamawiający uzna powierzchnię betonową eksponowaną wykonaną z zachowaniem odpowiedniej techniki umożliwiającej osiągnięcie oczekiwanego przez projektanta lub inwestora założonego efektu estetycznego, w tym o sprecyzowanej fakturze, barwie, kształcie dla danej powierzchni betonu.

4) Kierownik robót sanitarnych:

Uprawnienia budowlane: do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,

Doświadczenie zawodowe:

pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane na minimum 3 inwestycjach (przez okres minimum 75% okresu realizacji robót dla każdej z Inwestycji), w zakresie budowy/ rozbudowy/ przebudowy obiektu o parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji):

- budynek użyteczności publicznej,
- wartość robót budowlanych nie mniejsza niż 80.000.000,00 zł netto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

5) Kierownik robót elektrycznych:

Uprawnienia budowlane: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,

Doświadczenie zawodowe:

pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane na minimum 3 inwestycjach (przez okres minimum 75% okresu realizacji robót dla każdej z Inwestycji), w zakresie budowy/rozbudowy/przebudowy obiektu o parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji):

- budynek użyteczności publicznej,
- wartość robót budowlanych nie mniejsza niż 80.000.000,00 zł netto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

6) Kierownik robót telekomunikacyjnych:

Uprawnienia budowlane: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej bez ograniczeń.

Doświadczenie zawodowe:

pełnił funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane na minimum 3 inwestycjach (przez okres minimum 75% okresu realizacji robót dla każdej z Inwestycji), w zakresie budowy/ rozbudowy/ przebudowy obiektu o parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji):

- budynek użyteczności publicznej,
- wartość robót budowlanych nie mniejsza niż 80.000.000,00 zł netto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

Zamawiający wskazał, że za okres minimum 75% okresu realizacji robót dla inwestycji uważa 75% czasu liczonego od dnia podpisania/zawarcia umowy na realizację robót do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie.

Zamawiający nie dopuścił łączenia funkcji, co oznacza, że jedna osoba może być wyznaczona przez wykonawcę do pełnienia tylko jednej funkcji.

W toku postępowania jeden z wykonawców na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp skierował do zamawiającego wniosek o zmianę warunków w zakresie osób wskazanych na stanowisko kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych, poprzez ograniczenie liczby obiektów, które muszą być dla tych osób wykazane - do dwóch, jak też zwrócił się o potwierdzenie, że przez okres minimum 75% okresu realizacji robót dla każdej z inwestycji, zamawiający rozumie okres realizacji robót branżowych w danej specjalności, a nie okres realizacji całego kontraktu.

W odpowiedzi zamawiający oświadczył, że dokona zmian siwz oraz dodał, że w zakresie wymogów dla kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych „mając na uwadze specyfikę realizacji robót branżowych w trakcie wykonywania robót budowlanych, dokonuje modyfikacji warunku, poprzez wprowadzenie okresu pełnienia funkcji przez minimum 50% okresu realizacji robót dla każdej ze wskazanych inwestycji. Dodatkowo Zamawiający informuje, że zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział XI ust. 2 pkt. 2): »Za okres minimum 50% lub 75% okresu realizacji robót dla Inwestycji, Zamawiający uważa odpowiednio 50% lub 75% czasu liczonego od dnia podpisania/zawarcia umowy na realizację robót do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie«”.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r. zamawiający dokonał zmiany siwz poprzez:

- a) obniżenie liczby wymaganych dla kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego inwestycji kubaturowych z czterech do dwóch,
- b) obniżenie liczby wymaganych dla kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych inwestycji z trzech do dwóch,
- c) obniżenie wymaganego dla kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i telekomunikacyjnych czasu pełnienia funkcji z 75% do 50%.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2018 r. zamawiający dokonał kolejnej zmiany siwz poprzez:

- a) obniżenie wartości robót wymaganej dla dyrektora budowy z 200 mln zł do 140 mln zł,
- b) usunięcie wymogu wykazania dla kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego powierzchni ściany betonowej znajdującej się w przestrzeni „reprezentacyjnej” danego obiektu,
- c) dopuszczenie, aby uprawnienia wymagane dla kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych mogły być wykazane

przez kilka osób w ramach danej specjalności, przy zachowaniu spełnienia przez każdą z tych osób wymogów dotyczących doświadczenia.

Zamawiający dokonał też zmiany w zakresie sposobu liczenia czasu pełnienia funkcji przez osoby wyznaczone do wykonywania określonych funkcji i wprowadził zapis: „Za okres minimum 50% lub 75% okresu realizacji robót dla Inwestycji, Zamawiający uważa odpowiednio 50% lub 75% czasu liczonego od dnia rozpoczęcia robót potwierdzonych wpisem do dziennika budowy do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie”.

W projekcie umowy zamawiający przewidział m.in. § 11 ust. 2, zgodnie z którym rozliczenia finansowe za wykonane roboty będą się odbywały niezależnie dla poszczególnych obiektów w następujący sposób:

- a) „na podstawie faktur Generalnego Wykonawcy za wykonane Roboty, wystawianych nie częściej niż raz w miesiącu, zgodnie z ustalonym harmonogramem, na podstawie podpisanego przez Zamawiającego Przejściowego Świadczenia Płatności zgodnie z należycie sporządzonymi protokołami odbiorów częściowych podpisanymi przez Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu – w wysokości 80% wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust 2 Umowy dla każdego elementu skończonego, wchodzącego w skład danego Obiektu Budowlanego;
- b) część 10 %, należnego wynagrodzenia dla poszczególnych elementów skończonych wchodzących w skład Obiektów Budowlanych, określonych w harmonogramie, zostanie zatrzymana przez Zamawiającego. Zamawiający wypłaci tą część wynagrodzenia na podstawie faktury, po przeprowadzeniu Odbioru Końcowego danego Obiektu Budowlanego oraz po wykonaniu robót wskazanych w § 9 ust. 2 lit. a i uzyskaniu odbioru/potwierdzenia ich wykonania od Zamawiającego;
- c) pozostała część w wysokości 10 %, należnego wynagrodzenia z każdej wystawionej faktury dla poszczególnych elementów skończonych wchodzących w skład Obiektów Budowlanych zostanie zatrzymana przez Zamawiającego. Zamawiający wypłaci tą część wynagrodzenia po przeprowadzeniu odbioru całościowego zgodnie z Książką Projektu, na podstawie podpisanego przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Całościowego”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższy przepis wskazuje podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, które mają odniesienie do wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych w procesie przygotowania i prowadzenia postępowania. Dodatkowo Ustawodawca skonkretyzował powyższe zasady w odniesieniu do czynności opisanego warunków udziału w postępowaniu m.in. w art. 22 ust. 1a i ust. 1b oraz art. 22d ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zaś zgodnie z art. 22d ust. 3 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku

zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Z przywołanych przepisów wynika, że rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Przy czym „niezbędność” należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być oczywiście dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. Nie wystarczy jednak opisać warunków udziału w postępowaniu na poziomie podobnym do cech samego zamówienia (np. pod względem wartości, wielkości, posiadanych parametrów), ale konieczne jest zastanowienie, bez spełnienia których konkretnych wymogów i dlatego, wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia. Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś – należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W przedmiotowej sprawie Izba, odnosząc się do poszczególnych kwestionowanych przez odwołujących warunków udziału w postępowaniu, stwierdziła, co następuje:

1. Dyrektor budowy

1.1. Wartość wymaganych robót:

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wartość robót nie odzwierciedla stopnia ich skomplikowania oraz wielkości zespołu, który wykonywał te roboty i którym kierowała dana osoba. Tym samym wartość robót nie gwarantuje posiadania doświadczenia i kwalifikacji, których zamawiający oczekuje od osoby mającej pełnić funkcję dyrektora budowy. Po pierwsze bowiem, należy zauważyć, że w okresie 10 lat (tj. w okresie,

z którego może być wykazane doświadczenie dla dyrektora budowy) sytuacja rynkowa może ulegać zmianie, co powoduje, że podobne inwestycje mogą się istotnie różnić pod względem kosztów realizacji, mimo że nie różnią się istotnie pod względem zakresu, czy stopnia skomplikowania robót. Po drugie, wysoka wartość robót nie musi być związana ze stopniem ich skomplikowania, ponieważ może wynikać z dużego zakresu robót (np. długie odcinki kanalizacji na danym terenie). Po trzecie, wielkość zespołu przeznaczanego do realizacji określonej wielkości inwestycji może zależeć od polityki zatrudnienia w poszczególnych przedsiębiorstwach, w tym także przerostu lub braków w zatrudnieniu w określonych okresach w danym przedsiębiorstwie, co również powoduje, że bez względu na wartość robót, nie każdy wykonawca skieruje do ich realizacji podobną liczbę osób. Po czwarte, osoba pełniąca funkcję dyrektora budowy ma przede wszystkim zarządzać procesami toczącymi się w trakcie budowy, a procesy te zależą od rodzaju i zakresu robót, co powoduje, że sama, nawet wysoka, wartość robót nie ma wpływu na posiadanie umiejętności wymaganych do zarządzania. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie ograniczył wprawdzie wymagań dla dyrektora budowy tylko do wartości wcześniej wykonywanych robót, ale połączył ten wymóg z innymi wymogami. Niemniej to właśnie te pozostałe wymogi (o czym w kolejnych punktach) wpływają, zdaniem Izby, na zapewnienie niezbędnych kwalifikacji dyrektora budowy, nie zaś wysoka wartość robót. Dlatego też Izba uznała za wystarczające wykazanie dla dyrektora budowy w ramach doświadczenia robót o wartości 70 mln zł, zgodnie z wnioskiem jednego z odwołujących.

1.2. Czas pełnienia funkcji:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że jakość doświadczenia osoby zależy m.in. od tego, jak długo pełniła ona funkcję na danej budowie i czy uczestniczyła w kolejnych, różniących się od siebie, etapach tej budowy. Inne jest bowiem doświadczenie np. kierownika budowy, który na wielu budowach spędzał po kilka tygodni, nawet jeśli łącznie daje to wymiar kilkuletni, a inne jest doświadczenie kierownika, który np. dwukrotnie pełnił swoją funkcję w dłuższym okresie czasu, uczestnicząc i biorąc odpowiedzialność za ciąg kolejnych, związanych ze sobą technicznie i organizacyjnie działań. Wprawdzie zamawiający określił wymagany czas pełnienia funkcji w sposób procentowy, co nie gwarantuje, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji dyrektora budowy brała udział we wszystkich wymienionych przez zamawiającego na rozprawie etapach (zatowarowanie budowy, wykonanie, odbiór i usunięcie usterek), niemniej samo sformułowanie wymogu co do czasu pełnienia funkcji gwarantuje, że dana osoba brała udział przynajmniej w części tych etapów. Dlatego też Izba, wbrew wnioskowi jednego z odwołujących, nie nakazała całkowitego wykreślenia tego wymogu, doceniając jego ważność dla oceny faktycznego doświadczenia dyrektora budowy, a w konsekwencji – dla należytej realizacji zamówienia. Jednocześnie, w celu rozszerzenia dostępności ubiegania się o zamówienie,

a także mając na uwadze, że nawet pełnienie funkcji przez 75% czasu realizacji robót (obecny wymóg) nie oznacza udziału we wszystkich etapach budowy, Izba nakazała obniżenie tego wymogu do 50% czasu liczonego od dnia rozpoczęcia robót potwierdzonych wpisem do dziennika budowy do dnia oddania obiektu do użytkowania - wydania pozwolenia na użytkowanie.

1.3. Ograniczenia do klas POKB:

O ile Izba nie uznała za zasadnych argumentów zamawiającego odnoszących się do lokalizacji inwestycji, czy jej „architektonicznej niepowtarzalności”, o tyle szczególne wymagania dotyczące budowy muzeum, takie jak: konieczność zapewnienia specyficznej akustyki, niestandardowego oświetlenia, czy detali estetycznych, uzasadniają, w ocenie Izby, ograniczenie rodzaju budynków, które mogą być wykazane w ramach doświadczenia dyrektora budowy. Obiekt muzealny niewątpliwie różni się pod względem ww. czynników łącznie, od obiektów takich jak: kino, dom kultury, wielozadaniowa sala wykorzystywana głównie do celów rozrywkowych, kasyno, cyrk, sala taneczna, dyskoteka, estrada, budynek schroniska dla zwierząt, budynek ogrodu zoologicznego i botanicznego, które to obiekty zostały wyłączone z możliwości wykazania w ramach doświadczenia. Tym samym osoba wyznaczona do pełnienia funkcji dyrektora budowy posiadając doświadczenie w zakresie budowy któregoś z ww. (wyłączonych) obiektów, może nie gwarantować należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w zakresie budowli objętych klasą 1262 POKB oraz pozostałych (nie wyłączonych) budowli objętych klasą 1261 POKB, zamawiający dopuścił możliwość wykazania doświadczenia przy realizacji: sal koncertowych, oper, teatrów, teatrów muzycznych, sal kongresowych, muzeów, galerii sztuki, bibliotek, centrów informacyjnych i budynków archiwów. Tym samym zamawiających zapewnił możliwość wykazania nie tylko budynków muzealnych, ale także szeregu innych budynków. Przy czym w trakcie rozprawy zamawiający przedłożył własne opracowania w zakresie wykonywanych na terenie Europy, w tym Polski, w ostatnich 10-ciu latach, inwestycji odpowiadających ww. budowlom dopuszczonym do wykazania w opisie warunku. W ocenie Izby, liczba tych budowli (9 z terenu Polski i 47 – z Europy), jak też szczególne wymagania dotyczące techniki wykonania muzeum, uzasadniają ograniczenia co do rodzaju budowli, jakie mogą być wykazane w ramach doświadczenia dyrektora budowy. Dlatego też Izba oddaliła odwołania w zakresie zarzutów dotyczących ww. wymogu.

1.4. Znajomość języka angielskiego:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wymóg biegłej znajomości języka obcego co do zasady nie byłby zasadny w odniesieniu do kadry budowlanej mającej pełnić funkcje na większości budów w Polsce. Niemniej jednak, jak wskazano wyżej, warunki udziału w postępowaniu muszą być formułowane z uwzględnieniem cech konkretnego

zamówienia, z poszanowaniem zasad konkurencji, ale też konieczności zapewnienia należytej realizacji zamówienia. W przypadku tego konkretnego postępowania należy zwrócić uwagę, że projektantem jest podmiot pochodzący z USA, co powoduje, że dokumentacja – zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego – sporządzona będzie w języku polskim i angielskim, a także, że komunikowanie się z projektantem musi przebiegać w języku angielskim. Jednocześnie częstotliwość kontaktów, potrzeba konsultowania sposobu realizacji zamówienia w różnych warunkach czasowych, niejednokrotnie pod presją czasu i z uwzględnieniem konieczności takiego samego rozumienia pojęć technicznych i branżowych, a także samych intencji projektanta co do sposobu wykonania obiektu, mogłaby nie być zrealizowana przy korzystaniu z usług tłumacza. Nawet całkowita dyspozycyjność tłumacza nie zapewniłaby bowiem sprawnego i płynnego omawiania sposobu realizacji budowy, polemiki, „burzy mózgów”, czy rozumienia koncepcji tej inwestycji w różnych jej obszarach. Z kolei opóźnienia lub nieporozumienia na tym szczeblu kontaktów (dyrektor budowy – projektant), wpływałyby negatywnie na całą realizację inwestycji. Dlatego też Izba, po głębokiej analizie, mając także na uwadze, że znajomość języka angielskiego w Polsce jest jednak coraz bardziej powszechna, uznała ww. wymóg za proporcjonalny do przedmiotu niniejszego zamówienia i nie nakazała jego zmiany lub wykreślenia.

2. Kierownik budowy

2.1. Ograniczenia do klas POKB – w tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja podniesiona jak wyżej w stosunku do wymogu dotyczącego dyrektora budowy.

2.2. Czas pełnienia funkcji - w tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja podniesiona jak wyżej w stosunku do wymogu dotyczącego dyrektora budowy.

3. Kierownik robót w zakresie technologii betonu architektonicznego

Liczba wymaganych inwestycji:

W ocenie Izby, w zależności od zakresu i stopnia skomplikowania inwestycji zamawiający może w określonych sytuacjach być uprawniony do tego, aby wymagać pewnej powtarzalności doświadczenia od wykonawcy lub osób, które kieruje on do realizacji zamówienia. Powtarzalność świadczy o nieprzypadkowości, rzetelności i miarodajności doświadczenia, co może być niezbędne do wykonania dużych, specyficznych, czy skomplikowanych zamówień. Biorąc pod uwagę skalę i stopień skomplikowania budowy Muzeum Sztuki Nowoczesnej wymóg powtarzalności doświadczenia w tej konkretnej sprawie jest, w ocenie Izby, uprawniony. Jednocześnie należy podkreślić, że wymagana dwukrotność (wykazanie doświadczenie w dwóch inwestycjach) nie jest wygórowana i stanowi wymóg proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dlatego też Izba oddaliła odwołania w zakresie zarzutów dotyczących ww. wymogu.

4. Kierownik robót sanitarnych i kierownik robót elektrycznych

4.1. Liczba wymaganych inwestycji - w tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja podniesiona jak wyżej w stosunku do wymogu dotyczącego kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego.

4.2. Wartość wymaganych robót:

W ocenie Izby nie ma podstaw do odwoływania się w zakresie kierowników robót sanitarnych i elektrycznych do ogólnej wartości obiektu, przy którego budowie kierowali oni robotami branżowymi. Wymóg taki nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim przedmiot ten dotyczy tych kierowników robót. W szczególności nie jest uzasadnione, aby kierownicy robót branżowych musieli posiadać doświadczenie w kierowaniu tymi robotami na dużym obiekcie, skoro zakres pełnienia przez nich funkcji i tak ograniczał się tylko do robót sanitarnych albo robót elektrycznych, których zakres lub wartość, nawet w tym dużym obiekcie - mogły być niewielkie. Wystarczające jest zatem odwołanie się do robót branżowych, ponieważ tylko w zakresie tych robót kierownicy będą faktycznie wykonywali swoje funkcje. Dlatego też Izba, zgodnie z żądaniem jednego z odwołujących, obniżyła wymagane wartości do 10 mln zł robót sanitarnych i 10 mln zł robót elektrycznych.

5. Kierownik robót telekomunikacyjnych

5.1. Liczba wymaganych inwestycji - w tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja podniesiona jak wyżej w stosunku do wymogu dotyczącego kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego.

5.2. Wartość wymaganych robót:

W ocenie Izby, jak już wskazano wyżej, nie ma podstaw do odwoływania się w zakresie kierowników robót branżowych do ogólnej wartości obiektu, przy którego budowie kierowali oni robotami branżowymi, ponieważ wystarczające jest odwołanie się do tych robót, którymi kierownik będzie faktycznie kierował. Jednocześnie należy zauważyć, że z argumentacji zamawiającego podniesionej na rozprawie wynika, że wnioskowane przez jednego z odwołujących obniżenie wymaganej wartości do 2 mln zł robót branżowych, nie gwarantuje, że kierownik robót telekomunikacyjnych posiada doświadczenie w robotach polegających na położeniu odpowiedniej liczby metrów kabli. Z uwagi na niezasadność powołania się w treści warunku na ogólną wartość obiektu oraz ujawnioną konieczność posiadania przez kierownika robót telekomunikacyjnych doświadczenia w realizowaniu konkretnych robót, Izba nakazała wykreślenie wymogu dotyczącego wartości w ogóle i odniesienie warunku do zakresu robót dotyczących położenia kabli.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez wykonawcę Mostostal i dotyczącego treści § 11 ust. 2 projektu umowy, zdaniem Izby nie ma podstaw, by utożsamiać instytucję zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o której mowa w art. 147 – art. 151 ustawy Pzp (i której dotyczą postanowienia § 17 projektu umowy) z postanowieniami umowy dotyczącymi warunków płatności. Tym samym argumenty odwołującego Mostostal dotyczące naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy Pzp nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Jednocześnie należy zauważyć, że mimo zamiaru zatrzymywania przez zamawiającego, na podstawie § 11 ust. 2 projektu umowy, 80% wartości faktury miesięcznej i zwalnianiu pozostałych 20% w dwóch transzach odpowiednio – 10% po zakończeniu danego elementu budowy i 10% po zakończeniu całości budowy, nie można uznać, że takie warunki płatności naruszają uczciwą konkurencję lub równe traktowania wykonawców. Przede wszystkim podkreślić należy, że płatności mają co do zasady następować co miesiąc, co mimo treści § 11 ust. 2 projektu umowy, należy uznać za rozwiązanie dla wykonawców korzystne. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że ww. postanowienie projektu umowy narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że częściowo potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1b w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co zostało wskazane w pkt 1 i 4 sentencji wyroku. W pozostałym zakresie odwołania zostały oddalone. Orzekając, Izba działała na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1–3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za

wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” (J. J.

, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., J.i J., S.k M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI).

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W sprawie o sygn. akt KIO 630/18 Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Biorąc pod uwagę wynik, kosztami postępowania obciążono zamawiającego w 1/4 i odwołującego Strabag w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, zatem łącznie 27.200 zł. Odwołujący Strabag poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał

za nie jedynie do wysokości 20.400 zł ($27.200 \text{ zł} \times 0,75 = 20.400$). Natomiast zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6.800 zł ($27.200 \times 0,25 = 6.800$). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego Strabag kwotę 3.200 zł ($6.800 - 3.600 = 3.200$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego Strabag, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 635/18 Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Kosztami postępowania po połowie obciążono zamawiającego i odwołującego Mostostal. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, zatem łącznie 23.600 zł. Odwołujący Mostostal poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20.000 tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.800 zł ($23.600 \text{ zł} : 2 = 11.800$). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego Mostostal kwotę 8.200 zł ($20.000 - 11.800 = 8.200$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego Mostostal, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący