



Warszawa, dnia 29 sierpnia 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k.

ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz

Numer KRS: 0000326054

reprezentowana przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego oraz r.pr. Ewelinę Toborek

z Kancelarii Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

e-mail: dziembinski@kzp.net.pl ; etoborek@kzp.net.pl

tel. 664 118 801; 535 800 510

Zamawiający:

Opera NOVA w Bydgoszczy

ul. Marszałka Focha 5, 85-070 Bydgoszcz

nr tel. 52 32 51 532

e-mail: zamowieniapubliczne@operanova.bydgoszcz.pl

miniPortal: <https://miniportal.uzp.gov.pl/>

ePUAP: <https://epuap.gov.pl/wps/portal>

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową**”, numer referencyjny: **ZP-331-4/2022**

(dalej „postępowanie”)

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k., zwany dalej „Odwołującym”, wnoszę odwołanie wobec czynności wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), dokonanej przez Zamawiającego w dniu 18 sierpnia 2022 r. (poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”) i stanowiącej w rzeczywistości zmianę treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, oraz w zakresie Podkryterium 3 – doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ.

2. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlano instalacyjnych: rozbudowa Opery Nova o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową w Bydgoszczy przy ulicy Marszałka Focha 5 na działkach nr: 3/13,3/14,3/15,9/7,9/8,10,12,13; obręb 0109. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi dwie stosunkowo niezależne części, które mogą być realizowane w dwóch niezależnych etapach. Pierwszy etap stanowi IV krąg Opery, który technologicznie, funkcjonalnie i użytkowo połączony jest z obiektem głównym. Drugi etap stanowi dwupoziomowy garaż podziemny z placem miejskim w jego górnej części. Garaż dostępny jest z obiektu głównego oraz z IV kręgu, może również działać niezależnie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w projektowanych postanowieniach umowy.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2022 r. pod numerem ogłoszenia 2022/S 107-294988.

Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej pod adresem: <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/48c3f6d0-b445-45f1-8aa0-7d3fff22a608>

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) warunku udziału w postępowaniu zamieszczonego w

Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, dotyczącego niezbędnego doświadczenia wykonawcy, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia kierownika robót sanitarnych (Podkryterium 2), zamieszczonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, poprzez iluzoryczne postawienie kryterium pozacenowego z uwagi na jego nadmierność, nieproporcjonalność jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia oraz poprzez ustanowienie kryterium odnoszącego się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót sanitarnych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia, co przez postępowanie straciło walor przejrzystości;

c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia kierownika robót elektrycznych (Podkryterium 3), zamieszczonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, poprzez iluzoryczne postawienie kryterium pozacenowego z uwagi na jego nadmierność, nieproporcjonalność jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia oraz poprzez ustanowienie kryterium odnoszącego się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót elektrycznych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia, co przez postępowanie straciło walor przejrzystości.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyjaśnienia treści SWZ, dokonaną w dniu 18 sierpnia 2022 r. (poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”) i jednocześnie unieważnił czynność zmiany treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, oraz w zakresie Podkryterium 3 – doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ;
- b) zmienił treść SWZ, tj. przywrócił treść SWZ do stanu sprzed zmiany treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, oraz w zakresie Podkryterium 3 – doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ;
- c) dokonaną zmianę SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścić stosowną zmianę na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- d) wydłużył termin składania ofert o co najmniej 15 dni, licząc od dnia modyfikacji postanowień SWZ dotyczących kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu i kryteriów pozacenowych, tj. o czas niezbędny do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący, będący wykonawcą robót budowlanych, jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SWZ (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający wadliwie sformułował warunek udziału w postępowaniu a także pozacenowe kryterium oceny ofert, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty konkurencyjnej i spełniającej tak sformułowany warunek ani zdobycia dodatkowych punktów, pomimo wyjątkowo bogatego doświadczenia jego personelu. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego

zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SWZ, w szczególności w zakresie warunku udziału w postępowaniu sposób oraz pozacenowego kryterium oceny ofert, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym Odwołujący mógłby złożyć ofertę, a oferta ta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ, i jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

7. Zamawiający dokonał czynności wyjaśnienia treści SWZ, stanowiącej w rzeczywistości zmianę treści SWZ, w dniu 18 sierpnia 2022 r., poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”, zawierającego udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SWZ.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 29 sierpnia 2022 r., z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I Stan faktyczny sprawy

1. SWZ w brzmieniu sprzed kwestionowanej zmiany treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, oraz w zakresie Podkryterium 3 – doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, stanowiła, że:

a) Rozdział XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ

„4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

1) warunek dotyczący niezbędnego doświadczenia

Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez wykonawcę, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

a) co najmniej 1 zadanie inwestycyjne w ramach, którego wykonano budowę lub przebudowę budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej (np. filharmonie, teatry muzyczne, opery) o wartości tej budowy lub przebudowy min. 25 000 000 zł (z VAT)”;

b) Rozdział XXVI pkt 2 SWZ:

„Sposób oceny w kryterium - DOŚWIADCZENIE EKSPERTÓW

(...)

Podkryterium 2 — doświadczenie kierownika robót sanitarnych

3 pkt. - za wykazanie doświadczenia zawodowego, jako kierownika robót sanitarnych na min. 1 zadaniu inwestycyjnym obejmującym swoim zakresem budowę lub przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej (np. filharmonie, teatry muzyczne, opery) o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT), gdzie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych przez min. 6 m-cy.”;

c) Rozdział XXVI pkt 2 SWZ:

„Sposób oceny w kryterium - DOŚWIADCZENIE EKSPERTÓW

(...)

Podkryterium 3 — doświadczenie kierownika robót elektrycznych

4 pkt. — za wykazanie doświadczenia zawodowego, jako kierownika robót elektrycznych na zadaniu inwestycyjnym obejmującym swym zakresem budowę lub przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej (filharmonie, teatry muzyczne, opery) o całkowitej wartości zadania nie mniejszej niż 25 000 000 zł (z vat), gdzie pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych przez minimum 12 m-cy.”

2. Jak wynika z powyższego, ww. warunek udziału oraz Podkryteria zostały sformułowane w analogiczny sposób, tj. w każdym wypadku wymagano w nich budowy lub przebudowy budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej (np. filharmonie, teatry muzyczne, opery). Nie ma też żadnych wątpliwości, że konkretne kategorie budynków (tj. filharmonie, teatry muzyczne, opery) zostały wskazane przez Zamawiającego jedynie przykładowo, Zamawiający dopuścił bowiem generalnie możliwość powoływania się na budowę lub przebudowę budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. W świetle treści SWZ w brzmieniu sprzed kwestionowanej zmiany treści SWZ można się było zatem powołać na doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy innych kategorii budynków niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, jeśli budowa lub przebudowa dotyczyła budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej.

3. Odwołujący, na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału oraz Podkryteriów, zamierzał powołać się na inwestycję dotyczącą Zespołu Szkół Muzycznych, której zakres obejmował m.in. budowę budynku sali koncertowej i przebudowę istniejącego budynku. Ww. budynki, choć niewątpliwie nie są budynkami filharmonii, teatru muzycznego ani opery, są budynkami o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w których obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. Tym samym dzięki powołaniu się na ww. inwestycję Odwołujący wykazałby zarówno spełnianie ww. warunku jak i ww. Podkryteriów.

4. W dniu 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”, zawierający następujące wyjaśnienia treści SWZ:

„PYTANIE 1:

Dotyczy zapisów SWZ - Sposób oceny w kryterium - DOŚWIADCZENIE EKSPERTÓW

Podkryterium 3 — doświadczenie kierownika robót elektrycznych

Czy czytając wymagania, mamy rozumieć, że Zamawiający dopuszcza tylko obiekty wymienione w nawiasie, czyli: filharmonie, teatry muzyczne, opery. Czy jest to tylko przykład i Zamawiający dopuszcza także inne obiekty o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej i wartości 25 000 000 zł (z vat)?

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie zna innych obiektów o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia o podwyższonych wymogach akustycznych i w związku z tym za spełnienie warunku będzie uznane doświadczenie przy budowie lub przebudowie filharmonii, teatrów muzycznych lub oper.”

Odnosząc się do powyższego wyjaśnienia treści SWZ przede wszystkim wskazać należy, że odpowiedź Zamawiającego dotyczy nie tylko Podkryterium 3, ale również Podkryterium 2 jak i warunku określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ. Swoją odpowiedź Zamawiający sformułował bowiem w sposób generalny, nie ograniczając jej tylko do wyjaśnienia treści Podkryterium 3, ale ogólnie wskazując, że w każdym wypadku, gdy w SWZ pojawiają się obiekty wymienione w nawiasie, czyli: filharmonie, teatry muzyczne, opery, za spełnienie warunku będzie uznane doświadczenie przy budowie lub przebudowie wyłącznie filharmonii, teatrów muzycznych lub oper. Skoro Zamawiający generalnie wskazał, że nie zna innych obiektów o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia o podwyższonych wymogach akustycznych niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, to jest oczywiste, że będzie się tą zasadą kierował nie tylko przy ocenie spełniania Podkryterium 3, ale również Podkryterium 2 jak i warunku określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, gdyż wszędzie tam jest mowa o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej oraz wymieniono w nawiasie filharmonie, teatry muzyczne i opery.

Ponadto podkreślić trzeba, że powyższe wyjaśnienie treści SWZ w rzeczywistości stanowiło zmianę treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, oraz w zakresie Podkryterium 3 – doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ. O ile bowiem uprzednio można się było powołać na doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy innych kategorii budynków niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, pod

warunkiem, że budowa lub przebudowa dotyczyła generalnie budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej, o tyle po udzieleniu powyższych wyjaśnień wymagane doświadczenie zostało ograniczone wyłącznie do filharmonii, teatrów muzycznych i oper. Zatem wbrew temu, co dotychczas wynikało z literalnego brzmienia SWZ, aktualnie nie ma możliwości powołania się na doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy innych budynków niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, nawet jeśli budowa lub przebudowa dotyczyła budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej.

Odwołujący zaznacza, że pozbawione jakiegokolwiek znaczenia jest to, iż Zamawiający w ślad za powyższym wyjaśnieniem treści SWZ nie dokonał osobnej czynności zmiany treści SWZ. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że same wyjaśnienia treści SWZ są wiążące dla wykonawców i jeśli nadają postanowieniom SWZ nowe (inne) brzmienie, to stanowią zarazem zmianę treści SWZ. Jak to wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r., V Ca 1311/02: „(...) wyjaśnienie udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ”. Powyższe potwierdza również stanowisko KIO, zgodnie z którym: „wyjaśnienia treści SWZ w zakresie w jakim stanowią doprecyzowanie tej treści są wiążące dla wykonawców, którzy powinni wyjaśnienia uwzględnić składając ofertę” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r., KIO 3809/21). Warto również zacytować za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 stycznia 2015r., KIO 110/15, że: „To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia – czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następnie – w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ”. Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu.”

Wiążący charakter udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SWZ jak i wynikająca z nich zmiana treści SWZ nie budzą zatem żadnych wątpliwości.

II **Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) warunku udziału w postępowaniu zamieszczonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, dotyczącego niezbędnego doświadczenia wykonawcy, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.**

1. Jak to wykazano powyżej, obecnie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zamieszczonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, dotyczącego niezbędnego doświadczenia wykonawcy, można się powołać na budowę lub przebudowę wyłącznie filharmonii, teatru muzycznego lub opery o wartości tej budowy lub przebudowy min. 25 000 000 zł (z VAT).

2. Odwołujący wskazuje, że tak sformułowany warunek udziału został określony wadliwie, tj. w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

3. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w budowie i przebudowie budynków o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w których obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. Jak to już podniesiono powyżej, Odwołujący, na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału oraz Podkryteriów, zamierzał powołać się na inwestycję dotyczącą Zespołu Szkół Muzycznych, której zakres obejmował m.in. budowę budynku sali koncertowej i przebudowę istniejącego budynku. Podkreślić trzeba, że w budynku sali koncertowej, poza dużą salą koncertową, która może pomieścić 307 miejsc na widowni oraz 70 miejsc na estradzie, znajdują się jeszcze cztery mniejsze pomieszczenia: sala kameralna organowa (91 miejsc), kameralna duża (86 miejsc),

kameralna mała (63 miejsca), sala dydaktyczna (36 miejsc). Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że Odwołujący posiada kwalifikacje i doświadczenie, pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie jest jednak w stanie wykazać spełnienia warunku doświadczenia w jego aktualnym brzmieniu, gdyż ww. inwestycja nie dotyczyła filharmonii, teatru muzycznego ani opery. Tymczasem wykonana przez Odwołującego inwestycja dotycząca Zespołu Szkół Muzycznych w niczym nie ustępuje ani nie jest w żaden sposób „gorsza” od budowy czy przebudowy filharmonii, teatru muzycznego lub opery. Zwłaszcza wybudowany przez Odwołującego budynek sali koncertowej mógłby z powodzeniem pełnić funkcję filharmonii, teatru muzycznego lub opery, spełnia bowiem z nadstatkiem podwyższone warunki ochrony akustycznej jak i szereg innych wymagań dla obiektów o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia. Jednak Zamawiający, działając w sposób całkowicie uznaniowy, ograniczył wymagane doświadczenie wyłącznie do filharmonii, teatru muzycznego lub opery, eliminując możliwość powołania się na doświadczenie dotyczące budowy lub przebudowy innych budynków o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia i o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej. W efekcie warunek dotyczący doświadczenia jest nadmierny i nie spełnia wymogu minimalnych poziomów. W ocenie Odwołującego przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie został ustalony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a został sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny, w konsekwencji ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

4. Odwołujący podnosi, że ograniczenie wymaganego doświadczenia tylko i wyłącznie do filharmonii, teatru muzycznego i opery jest niedopuszczalne, gdyż wbrew temu, co stwierdził Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ z 18 sierpnia 2022 r., nie są to jedyne obiekty o podobnym przeznaczeniu jak przedmiot zamówienia o podwyższonych wymogach akustycznych. Sam Zamawiający podał w SWZ przykład innego obiektu tego rodzaju, wskazując w opisie Podkryterium 1 - doświadczenie kierownika budowy, że: „za wykazanie doświadczenia zawodowego, jako kierownika budowy na min. 1 zadaniu inwestycyjnym obejmującym swoim zakresem budowę lub przebudowę obiektu kubaturowego o charakterze kulturalnym w zakresie którego wchodziła budowa lub przebudowa sali koncertowej, o całkowitej wartości zadania min.

25 000 000,00 zł (z VAT)”. Zamawiający wskazał zatem, w pełni słusznie, na salę koncertową, bez ograniczenia do sali koncertowej w filharmonii, teatrze muzycznym lub operze. Oprócz ww. sali koncertowej obiektami o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej są obiekty z wnętrzami o akustyce kwalifikowanej, gdzie funkcja pomieszczenia jest ściśle związana z docierającym do słuchaczy dźwiękiem. Są to między innymi sale widowiskowe, sale audytoryjne oraz związane z nimi sale prób, kina, studia nagrań i reżysernie dźwięku, klasy w szkołach muzycznych, a także komory pogłosowe i bezechowe oraz kabiny audiometryczne. Zamawiający, bez jakiegokolwiek uzasadnienia i w sposób całkowicie dowolny, wyeliminował możliwość powołania się na doświadczenie dotyczące budynków, w których znajdują się ww. pomieszczenia.

Podkreślić należy, że w ramach przedmiotowego zamówienia do wykonania przez zwycięskiego wykonawcę są m.in. pomieszczenia o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej, tj. sala kinowa, sala prób scenicznych oraz sala wystawowa - sala prób orkiestry. Zgodnie z projektem wykonawczym – AKUSTYKA dla ww. pomieszczeń powinny zostać spełnione m.in. wymagania określone w nw. normach:

- PN-B-02151-02 : 1987/Ap1 „Akustyka Budowlana. Ochrona przed hałasem w budynkach. Dopuszczalne wartości poziomu dźwięku w pomieszczeniach” ,
- PN-EN 12354-1 (grudzień 2002) „Akustyka budowlana. Określenie właściwości akustycznych budynków na podstawie właściwości elementów. Część 1: Izolacyjność od dźwięków powietrznych między pomieszczeniami”,
- PN-EN 12354-2 (grudzień 2002) „Akustyka budowlana. Określenie właściwości akustycznych budynków na podstawie właściwości elementów. Część 2: Izolacyjność od dźwięków uderzeniowych między pomieszczeniami”.

Oczywiste jest zatem, że wybrany wykonawca powinien posiadać doświadczenie w przebudowie lub budowie budynków zgodnie z ww. normami, czyli doświadczenie wynikające z budowy lub przebudowy budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej / w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy taki budynek był budynkiem filharmonii, teatru muzycznego, opery, szkoły muzycznej, sali koncertowej, sali widowiskowej, sali audytoryjnej, sali prób, kina, studia nagrań czy też reżyserni dźwięku, nie ma to bowiem żadnego wpływu na doświadczenie wykonawcy oraz na zakres posiadanych przez niego praktycznych umiejętności i wiedzy.

Trzeba też podkreślić, że w świetle kategoriycznego brzmienia udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień („za spełnienie warunku będzie uznane doświadczenie przy budowie

lub przebudowie filharmonii, teatrów muzycznych lub oper”) wystarczające będzie doświadczenie literalnie przy budowie lub przebudowie filharmonii, teatrów muzycznych lub oper, niezależnie od tego, czy budynek, którego dotyczyła budowa lub przebudowa, był o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej czy też nie. W rezultacie może się zatem okazać, że o udzielenie zamówienia będą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie przy przebudowie filharmonii, teatrów muzycznych lub oper (czyli zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami), ale budynki, których dotyczyła przebudowa, nie były o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej. W rezultacie wykonawcy tacy nie będą posiadać doświadczenia faktycznie niezbędnego do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia, choć będą spełniać warunek w jego aktualnym brzmieniu.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że w przypadku warunku doświadczenia celem powinno być zweryfikowanie, czy dany wykonawca posiada praktyczne umiejętności i wiedzę dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Taki cel Zamawiający niewątpliwie osiągnie wymagając doświadczenia dotyczącego budowy lub przebudowy budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej, natomiast ograniczenie wymaganego doświadczenia wyłącznie do budowy lub przebudowy filharmonii, teatru muzycznego lub opery takiemu celowi w żaden sposób nie służy a jedynie ogranicza uczciwą konkurencję.

5. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia winien być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

6. Zaprezentowane wyżej stanowisko Odwołującego znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 30.11.2015 roku, sygn. akt: KIO 2112/16, sygn. akt: KIO 2122/16 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp), w którym: „Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa decydowania o kształcie warunku udziału w postępowaniu, niemniej powinno się to odbywać w określonych ramach: z jednej strony, ustalony warunek powinien być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z drugiej – nie może bez uzasadnienia ograniczać uczciwej konkurencji. (...). **Nie oznacza to, że Zamawiający tak powinien sformułować warunek, aby mógł go spełnić każdy wykonawca, ale powinien uczynić to tak, aby spełniał go wykonawca, który rzeczywiście jest zdolny do wykonania zamówienia; Zamawiający nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji.**”

7. Co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SWZ, jakim doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań Zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

8. W kontekście powyższego, Odwołujący podnosi, że stawianie warunku, aby wykonawca wykazał się bardzo specyficznym i wąsko określonym doświadczeniem, stanowi realną barierę dla Odwołującego oraz kilku innych konkurencyjnych wykonawców, z którymi Odwołujący się skontaktował. Zasadne jest wymaganie doświadczenia dotyczącego budowy lub przebudowy budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej, czyli doświadczenia adekwatnego, proporcjonalnego i spełniającego wymóg minimalnych poziomów, natomiast ograniczenie wymaganego doświadczenia wyłącznie do filharmonii, teatrów muzycznych i oper określić należy nawet nie jako maksymalne poziomy zdolności, lecz jako nierealne poziomy zdolności, nieuzasadnione charakterystyką rynku, a tym bardziej stopniem skomplikowania zamawianych robót budowlanych. Dlatego też Odwołujący wnosi o wprowadzenie modyfikacji do SWZ, która będzie dopuszczać do realizacji zamówienia wykonawców, którzy faktycznie posiadają doświadczenie zapewniające należyłą realizację zamówienia. Tym sposobem Zamawiający zapewni, że kwestionowany warunek SWZ wypełni dyspozycję normy zawartej w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Przytoczony przepis stanowi natomiast, że Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz

umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy** zdolności.

9. Również Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując wykładni przedmiotowej normy podkreśla, że: *„opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia”* (wyrok z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1431/15, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp). Zatem żądanie przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem dotyczącym budowy lub przebudowy wyłącznie filharmonii, teatru muzycznego lub opery w połączeniu z warunkiem dotyczącym wartości tej budowy lub przebudowy (min. 25 000 000 zł z VAT), stanowi daleko idące przekroczenie progu minimalności, i w sposób nieuzasadniony stanowi barierę dla ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

10. Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy posiadają doświadczenie odpowiednie do wykonania przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób. Wykonawca wskazuje, że wykładnia zaprezentowana powyżej jest zgodna z orzecznictwem Izby. Tytułem przykładu warto wskazać, że w myśl wyroku KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp): *„to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. **Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia.** Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia*

zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.”

11. Z uwagi na wskazane okoliczności Odwołujący żąda, aby Zamawiający unieważnił czynność wyjaśnienia treści SWZ, dokonaną w dniu 18 sierpnia 2022 r. (poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”) i jednocześnie unieważnił czynność zmiany treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. Odwołujący żąda również, aby Zamawiający zmienił treść SWZ, tj. przywrócił treść SWZ do stanu sprzed zmiany treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XIII pkt 4 ppkt 1) lit. a) SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. W rezultacie Zamawiający winien przywrócić możliwość powołania się na budowę lub przebudowę budynku o podwyższonych warunkach ochrony akustycznej, innego niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, o wartości tej budowy lub przebudowy min. 25 000 000 zł (z VAT).

(żądanie nr 1)

III **Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia kierownika robót sanitarnych (Podkryterium 2), zamieszczonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, poprzez iluzoryczne postawienie kryterium pozacenowego z uwagi na jego nadmierność, nieproporcjonalność jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia oraz poprzez ustanowienie kryterium odnoszącego się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót sanitarnych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia, co przez postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.**

1. Jak to wykazano powyżej, obecnie w celu spełnienia kryterium pozacenowego w

zakresie doświadczenia kierownika robót sanitarnych (Podkryterium 2), można się powołać na budowę lub przebudowę wyłącznie filharmonii, teatru muzycznego lub opery o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT).

2. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym znakomity personel techniczny, legitymujący się bogatym doświadczeniem, pozwalającym na realizację przedmiotowego zamówienia. W szczególności Odwołujący dysponuje kierownikiem robót sanitarnych posiadającym doświadczenie zawodowe na zadaniu inwestycyjnym obejmującym swoim zakresem budowę i przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT), gdzie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych przez min. 6 m-cy. Odwołujący nie jest jednak w stanie spełnić kryterium w jego aktualnym brzmieniu a to ze względu na ograniczenie wymaganego doświadczenia kierownika robót sanitarnych wyłącznie do filharmonii, teatrów muzycznych, oper i to jeszcze w połączeniu z wymogiem wartości min. 25 000 000 zł brutto. W ocenie Odwołującego przedmiotowe kryterium jest nadmierne, nieproporcjonalne jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia. Ponadto przedmiotowe kryterium odnosi się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót sanitarnych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia. O powyższym przesądzą te same względy, co w przypadku kwestionowanego powyżej warunku dotyczącego doświadczenia. Odwołujący wskazuje, że skoro zakwestionowany przez niego warunek doświadczenia jest nadmierny, nieproporcjonalny i niezasadniony, to tak samo nadmierne, nieproporcjonalne i niezasadne jest kryterium, które w zasadniczej części stanowi powtórzenie ww. warunku.

3. Istotną wytyczną w zakresie sformułowania kryterium doświadczenia personelu wykonawcy ustawodawca zawarł w art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że kryterium jakościowym mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do „*kwalfikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*”. Zgodnie zatem z ustawą Pzp ustawodawca uznaje za legalne takie kryteria dotyczące doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, które mają znaczący wpływ na jakość. Kryterium odwołujące się do doświadczenia dotyczącego budowy lub przebudowy filharmonii, teatru muzycznego lub opery nie ma wpływu na jakość wykonania zamówienia, a już z pewnością nie ma znaczącego wpływu, wpływ taki ma

natomiast kryterium odwołujące się do doświadczenia dotyczącego budowy lub przebudowy budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. To poprzez udział w takim właśnie zadaniu inwestycyjnym kierownik robót sanitarnych może nabyć doświadczenie, które realnie i znacząco wpłynie na jakość wykonania zamówienia. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy doświadczenie kierownika robót sanitarnych dotyczy budynku filharmonii, teatru muzycznego, opery, szkoły muzycznej, sali koncertowej, sali widowiskowej, sali audytoryjnej, sali prób, kina, studia nagrań czy też reżyserni dźwięku, nie ma to bowiem żadnego wpływu na zakres czy charakter tego doświadczenia ani na zakres posiadanych przez kierownika praktycznych umiejętności i wiedzy. Oczywiście jest, że kierownik robót sanitarnych powinien posiadać doświadczenie w przebudowie lub budowie budynków zgodnie z normami dotyczącymi akustyki budowlanej, wskazanymi w projekcie wykonawczym, czyli doświadczenie wynikające z budowy lub przebudowy budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej. Takie też doświadczenie powinien punktować Zamawiający w ramach kryterium pozacenowego.

4. Odwołujący podkreśla, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym lecz musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej (zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 8 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1606/06). Także w samym postępowaniu, dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej, musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji (uchwała Sądu Najwyższego z 18 września 2002 r., III CZP 52/02, OSN 2003, Nr 6, poz. 79). Potwierdzeniem powyższych rozważań jest wyrok Izby z 13 stycznia 2011 r., KIO 2863/11, w którym Izba orzekła, że w świetle dyspozycji art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych z 2004 r. (obecnie art. 242 ust. 2 ustawy Pzp) Zamawiający sam kształtuje kryteria oceny ofert, jednak kryteria te powinny być obiektywne i uzasadnione opisanym w SIWZ (obecnie SWZ) przedmiotem zamówienia.

5. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie orzekła, że: **„kryteria oceny ofert nie mogą być sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, nie mogą one ograniczać konkurencji, a tym bardziej nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych preferencji określonych wykonawców”** (przykładowo: wyrok KIO z 12 stycznia 2012 r., KIO 2803/11). Zamawiający jest więc uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby Zamawiającego. W tym przypadku jednak nieuzasadnione jest premiowanie wyłącznie doświadczenia dotyczącego budowy lub

przebudowy filharmonii, teatru muzycznego lub opery, skoro doświadczenie dotyczące innych budynków, w których obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej, nie jest w żaden sposób mniejsze czy uboższe.

6. Również przepisy art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp potwierdzają wadliwość sformułowanego przez Zamawiającego kryterium. Przepisy te stanowią, iż „1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. 2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia”. Z powyższego wynika, że Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zamówienia najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. **Granicą swobody Zamawiającego, wynikającą z obowiązku stosowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby Zamawiającego.**

7. Zatem, choć Zamawiający ma prawo swobodnie kształtować pozacenowe kryteria oceny ofert, każdorazowo musi być w stanie **uzasadnić ich zastosowanie** swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem tym, że kryteria te **służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**

8. Jak jednolicie wskazuje KIO w dotychczasowym orzecznictwie, pomimo że ustawa Pzp nie określa zamkniętego katalogu możliwych do zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, opisując je jedynie w sposób przykładowy, z zastrzeżeniem, że muszą się one odnosić do przedmiotu zamówienia, to należy mieć na uwadze, że przepisy te nie mogą być interpretowane w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W wyroku z 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2615/19, KIO podkreśliła, że **swoboda Zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.**

9. Podsumowując, z powyższego wynika, że ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury

– poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, **nie mogą one odnosić się** do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia **uzasadnionych potrzeb Zamawiającego**. W przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz **przekroczenie zasady proporcjonalności**, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, **bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania robót budowlanych lepszych jakościowo**.

10. Stwierdzić zatem należy, iż nie jest tak, że czym wyższe kryteria jakościowe zostaną postawione przez Zamawiającego, tym lepiej Zamawiający przeprowadził postępowanie. Należy bowiem mieć na uwadze, że art. 17 ust. 1 ustawy Pzp wprost odnosi „*najlepszą jakość*” zamówienia do ram, które wyznaczają „*środki, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację*”. Zatem, również ramy finansowe wskazują na legalny poziom kryteriów jakościowych oceny ofert i na konieczność interpretacji „*związania z przedmiotem zamówienia*”, o którym mowa w art. 241 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście posiadanego budżetu. Ponadto, postawienie kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia byłoby legalne, gdyby kryterium to uwzględniało obiektywne i niedyskryminujące wymagania, co oznacza, że **jeżeli kryterium jest nadmierne, to weryfikacja jakościowa jest pozorna, i w żaden sposób nie przekłada się na równe premiowanie wykonawców będących w stanie zaoferować roboty budowlane o takim samym poziomie jakości**.

11. Z uwagi na wskazane okoliczności Odwołujący żąda, aby Zamawiający unieważnił czynność wyjaśnienia treści SWZ, dokonaną w dniu 18 sierpnia 2022 r. (poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”) i jednocześnie unieważnił czynność zmiany treści SWZ w zakresie w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. Odwołujący żąda również, aby Zamawiający zmienił treść SWZ, tj. przywrócił treść SWZ do stanu sprzed zmiany treści SWZ w zakresie Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. W rezultacie Zamawiający winien przywrócić możliwość powołania się na budowę lub przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania

związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej, innego niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT).

(żądanie nr 2)

IV Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie (w wyniku wyjaśnień treści SWZ, stanowiących w rzeczywistości zmianę treści SWZ) kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia kierownika robót elektrycznych (Podkryterium 3), zamieszczonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, tj. określenie go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, poprzez iluzoryczne postawienie kryterium pozacenowego z uwagi na jego nadmierność, nieproporcjonalność jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia oraz poprzez ustanowienie kryterium odnoszącego się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót elektrycznych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia, co przez postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.

1. Jak to wykazano powyżej, obecnie w celu spełnienia kryterium pozacenowego w zakresie doświadczenia kierownika robót elektrycznych (Podkryterium 3), można się powołać na budowę lub przebudowę wyłącznie filharmonii, teatru muzycznego lub opery o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT).

2. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym znakomity personel techniczny, legitymujący się bogatym doświadczeniem, pozwalającym na realizację przedmiotowego zamówienia. W szczególności Odwołujący dysponuje kierownikiem robót elektrycznych posiadającym doświadczenie zawodowe na zadaniu inwestycyjnym obejmującym swoim zakresem budowę i przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT), gdzie pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych przez min. 12 m-cy. Odwołujący nie jest jednak w stanie spełnić kryterium w jego aktualnym brzmieniu a to ze względu na ograniczenie wymaganego doświadczenia kierownika robót elektrycznych wyłącznie do

filharmonii, teatrów muzycznych, oper i to jeszcze w połączeniu z wymogiem wartości min. 25 000 000 zł brutto. W ocenie Odwołującego przedmiotowe kryterium jest nadmierne, nieproporcjonalne jak i brak wystarczającego związku kryterium z przedmiotem zamówienia. Ponadto przedmiotowe kryterium odnosi się do bardzo wąsko ujętego doświadczenia kierownika robót elektrycznych, które nie ma istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia. O powyższym przesądzą te same względy, co w przypadku kwestionowanego powyżej warunku dotyczącego doświadczenia. Odwołujący wskazuje, że skoro zakwestionowany przez niego warunek doświadczenia jest nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony, to tak samo nadmierne, nieproporcjonalne i nieuzasadnione jest kryterium, które w zasadniczej części stanowi powtórzenie ww. warunku. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymuje argumentację przedstawioną powyżej przy zarzucie dotyczącym Podkryterium 2 - doświadczenie kierownika robót sanitarnych.

3. Z uwagi na wskazane okoliczności Odwołujący żąda, aby Zamawiający unieważnił czynność wyjaśnienia treści SWZ, dokonaną w dniu 18 sierpnia 2022 r. (poprzez zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pliku PDF „ODP NA PYTANIA 48”) i jednocześnie unieważnił czynność zmiany treści SWZ w zakresie w zakresie Podkryterium 3 - doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. Odwołujący żąda również, aby Zamawiający zmienił treść SWZ, tj. przywrócił treść SWZ do stanu sprzed zmiany treści SWZ w zakresie Podkryterium 3 - doświadczenie kierownika robót elektrycznych, określonego w Rozdziale XXVI pkt 2 SWZ, której to zmiany Zamawiający dokonał poprzez udzielenie ww. wyjaśnień treści SWZ. W rezultacie Zamawiający winien przywrócić możliwość powołania się na budowę lub przebudowę budynku, w którym obowiązywały wymagania związane z podwyższonymi warunkami ochrony akustycznej, innego niż filharmonie, teatry muzyczne, opery, o całkowitej wartości zadania min. 25 000 000 zł (z VAT).

(żądanie nr 3)

V Termin składania ofert

1. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 5 września 2022, godz. 10:00. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert treść SWZ tak znacznie się zmieni, że konieczne będzie ponowne,

kompleksowe przeanalizowanie własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego warunku udziału w postępowaniu oraz nowych kryteriów pozacenowych.

2. Z uwagi na fakt, że aktualnie kwestionowany warunek udziału w postępowaniu i kryteria pozacenowe są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest wstrzymać się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych postanowień SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien zrozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty przetargowej – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych i zawodowych, a także rzetelnej wyceny wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia oraz ryzyk im towarzyszących. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania (również w zakresie doboru kadry technicznej), które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe z kontrahentami itp.

3. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, licząc od dnia modyfikacji postanowień SWZ dotyczących kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu i kryteriów pozacenowych, tj. o czas niezbędny do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty (żądanie nr 4).

VI Odwołujący dodatkowo wskazuje i podkreśla, że kwestionowane w odwołaniu zmiany treści SWZ nie tylko, że dotyczą kwestii o zasadniczym znaczeniu dla wykonawców, *de facto* decydujących o możliwości złożenia oferty i wyniku postępowania, to jeszcze zostały wprowadzone przez Zamawiającego w końcowej fazie postępowania, kiedy wykonawcy zaangażowali już znaczne środki i poświęcili dużo czasu na przygotowanie ofert spełniających warunki i kryteria zgodnie z ich wcześniejszym brzmieniem. Dość wskazać, że Zamawiający udostępnił SWZ na stronie internetowej postępowania w dniu 3 czerwca 2022 r., kwestionowanych zmian treści SWZ dokonał dopiero 18 sierpnia 2022 r. a termin składania ofert wyznaczył na 5 września 2022, godz. 10:00.

Dodatkowo z informacji pochodzących z rynku wynika, że jest 4 wykonawców, którzy przygotowywali oferty, chcąc ubiegać się o przedmiotowe zamówienia, a po kwestionowanych zmianach treści SWZ ich liczba może zmniejszyć się o połowę a nawet bardziej. Zatem

kwestionowane w odwołaniu zmiany treści SWZ doprowadziły do zasadniczego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. pełnomocnictwa do wniesienia odwołania,
4. opłata skarbową od pełnomocnictw,
5. aktualny odpis z KRS.