

Gdańsk, dnia 6 kwietnia 2020 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Teatr Wybrzeże

ul. Św. Ducha 2

80-834 Gdańsk

Telefon: +48 (58) 301 70 29

adres e-mail: justyna.idaszak@teatrwybrzeze.pl

Odwołujący:

Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o.

ul. Opacka 12,

80-338 Gdańsk

Telefon: +48 (58) 552 12 83

Fax: +48 (58) 552 02 78

e-mail: przetargi@doraco.pl

pełnomocnik Wykonawcy

Joanna Zielinska

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 060-142901,
publikacja: Dz.U./S S60 25/03/2020 142901-2020-PL.

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację Dużej Sceny Teatru Wybrzeże w Gdańsku”, nr zamówienia: ZPI-3700-4/20.

Działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (t.j. Dz.U. z 2019 roku poz. 1843, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w imieniu Korporacji Budowlanej DORACO Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej także SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 marca 2020 roku, następnie zmienionej w dniu 1 kwietnia 2020 roku, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację Dużej Sceny Teatru Wybrzeże w Gdańsku”, nr zamówienia: ZPI-3700-4/20.

Odwołujący ma legitymację do złożenia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący podnosi, że kwestionowane przez niego w treści odwołania postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia Wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, złożenia oferty, utraty przez Odwołującego szansy uzyskania zamówienia. Odwołujący jako potencjalny wykonawca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ oraz ogłoszenia, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie a następnie należycie je zrealizować i uzyskać od Zamawiającego wynagrodzenie. Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak również zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego nastąpiło w dniu 25 marca 2020 roku, w związku z powyższym odwołanie składane jest w terminie, zgodnym z dyspozycją zamieszczoną w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dnia 6 kwietnia 2020 roku, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł został uiszczony w dniu 6 kwietnia 2020 roku na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych nr: NBP 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000.

ZARZUTY

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, przez określenie warunków udziału w postępowaniu (warunek określony w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ i adekwatnie wskazany w sekcji III.1.3 lit. a drugie tiret ogłoszenia o zamówieniu) w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, poprzez wymaganie wygórowanych, nieuzasadnionych wymagań, co ogranicza w nieuprawniony sposób krąg wykonawców, limitując wykonawcom dostęp do uzyskania tego zamówienia;
- 2) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie na zbyt wygórowanym poziomie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ; sekcja III.1.3 lit. a drugie tiret ogłoszenia o zamówieniu) – tj. wymaganie, aby wykonawca wykonał jedną robotę budowlaną z zakresu mechaniki sceny w obiekcie wymienionym w dziale 12 grupie 126 klasie 1261 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.), o liczbie miejsc na widowni nie mniejszej niż 300, polegającą na wykonaniu urządzeń mechaniki sceny, w tym górnej opartej na wciągarkach linowych oraz dolnej, w skład której wchodziły nie mniej niż 3 zapadnie sceniczne, wraz z wykonaniem systemu sterowania urządzeń napędowych sceny – w sytuacji gdy proporcjonalnym i adekwatnym do przedmiotu zamówienia oraz całkowicie wystarczającym dla wykazania zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy do wykonania zamówienia jest wykonanie zamówienia opisanego w pkt 5.2.2 lit. a pierwsze tiret SIWZ, wobec czego przedmiotowy wymóg nie znajduje uzasadnienia, w tym w szczególności, że zamówienie obejmuje roboty budowlane;
- 3) art. 91 ust. 2 pkt 5 i ust. 2c ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert (kryterium oznaczone jako K₃, określone w pkt 13.1 ppkt 3 lit. a, b, c SIWZ) nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia – tj. wskazanie, że wykonawca otrzyma dodatkowe punkty w ramach tego kryterium, wyłącznie jeżeli oddeleguje do realizacji zamówienia osoby, które posiadają doświadczenie w zakresie wykonywania (kierowania, nadzorowania, koordynowania)

określonych robót w obiektach budowlanych wymienionych w dziale 12 grupie 126 klasie 1261 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (teatr, centrum kultury, opera, filharmonia), co w sposób znaczący i nieuprawniony ogranicza pozostałym wykonawcom szanse na uzyskanie zamówienia,

- 4) art. 91 ust. 2 pkt 5, ust. 2c i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert (kryterium oznaczone jako K₄, określone w pkt 13.1 ppkt 4 SIWZ) nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia i w istocie w niedopuszczalny sposób dotyczącego właściwości wykonawcy – tj. wskazanie, że wykonawca otrzyma dodatkowe punkty w ramach tego kryterium, jeżeli będzie wykonywał samodzielnie (bez udziału podwykonawców i podmiotów trzecich) najistotniejsze elementy zamówienia w postaci „Konstrukcji obiektu” (3 pkt) i „Technologii teatralnej (mechaniki górnej i dolnej)” (2 pkt), a nie otrzyma ich w przypadku powoływania się na podmioty trzecie – w sytuacji, gdy Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę wyżej wymienionych części zamówienia, co w sposób znaczący i nieuprawniony ogranicza pozostałym wykonawcom szanse na uzyskanie zamówienia,
- 5) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w postaci daty kalendarzowej (pkt 4 SIWZ i § 3 ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ; sekcja II.2.7 ogłoszenia o zamówieniu), podczas gdy taki sposób określenia terminu wykonania zamówienia nie uwzględnia i nie zabezpiecza stron przed okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia, a w konsekwencji może skutkować niemożliwością jego wykonania w określonym terminie.

2. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:
 - 1) zmiany warunków udziału w postępowaniu i dostosowania ich do zakresu i wielkości zamówienia, aby odpowiadały one wymogom określonym w art. 22 ust. 1a ustawy

Pzp oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób wynikający z treści uzasadnienia odwołania, tj. w szczególności poprzez:

- a) **wykreślenie warunku** określonego w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ oraz adekwatnie wskazanego w sekcji III.1.3 lit. a drugie tiret ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) zmiany kryteriów oceny ofert i powiązania ich z przedmiotem zamówienia, aby odpowiadały one wymogom określonym w art. 91 ust. 2 pkt 5, ust. 2c i ust. 3 ustawy Pzp oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób wynikający z treści uzasadnienia odwołania, tj. w szczególności poprzez:
 - a) **modyfikację kryterium oceny ofert oznaczonego jako K₃**, określonego w pkt 13.1 ppkt 3 SIWZ, poprzez odstąpienie od punktowanego wymogu, lub jego modyfikację poprzez:
 - **wykreślenie ograniczonego katalogu obiektów jako wymienionych w dziale 12 grupie 126 klasie 1261 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (teatr, centrum kultury, opera, filharmonia) i pozostawienie zapisu w obiektach budowlanych dla wykazywanego doświadczenie osób,**
 - **rezygnację z progu 8 letniego na wykazanie się punktowanym doświadczeniem,**
 - **modyfikacje punktu b – poprzez dopuszczenie również osób, które ukończyły studia na kierunku podobnym np. mechanika**
 - **odstąpienie poprzez wykreślenie wymogu podpunktu a- specjalisty z zakresu urządzeń mechanicznych sceny**
 - b) **wykreślenie kryterium oceny ofert oznaczonego jako K₄**, określonego w pkt 13.1 ppkt 4 SIWZ,
- 3) zmianę sposobu określenia terminu wykonania zamówienia poprzez zastąpienie terminu wykonania zamówienia określonego w postaci konkretnej daty (31.05.2022 r.) terminem oznaczonym w postaci określonej liczby miesięcy liczonej od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

3. nakazanie przekazania zmiany SIWZ niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenia jej na stronie internetowej;
4. nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert jeżeli okaże się to niezbędne.

UZASADNIENIE

Ad zarzuty 1 – 2

Mimo, iż Zamawiający ma szerokie kompetencje dotyczące sposobu opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, to zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, **opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia**. Pierwsza z tych przesłanek oznacza, że taki opis powinien być dokonany z uwzględnieniem celu jakiemu ma służyć, tj. wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, jak również powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1632/11). Proporcjonalność warunku, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, oznacza natomiast bezpośrednie nawiązanie do zdolności wykonawcy do wykonania całego zakresu zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 720/13). Nieproporcjonalność warunku zachodzi zatem w sytuacji, gdy zostanie zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy w wyniku sformułowania nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Celem formułowania warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonania oceny ich spełnienia jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania, w ocenie Odwołującego opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawarty w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ (sekcja III.1.3 lit. a drugie tiret ogłoszenia o zamówieniu) stoi w sprzeczności z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, który wymaga by sposób określenia warunku udziału w postępowaniu był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz aby umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Nie można przy tym mylić adekwatności z tożsamością. Instrumentem zapobiegającym powyższej nieprawidłowości jest wymóg proporcjonalności opisu do przedmiotu zamówienia. Opis jest

proporcjonalny jeśli może mu sprostać każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie powiązać dokonany opis z charakterem zamówienia i celami jakim będzie ono służyło. **Zamawiający powinien wymagać od wykonawców jedynie tego, co faktycznie jest niezbędne do realizacji konkretnego zamówienia.**

Tymczasem, w przypadku niniejszego postępowania **wymaganie, aby wykonawca wykazał, że wykonał robotę budowlaną z zakresu mechaniki sceny, o której mowa w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ, nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a dodatkowo rażąco ogranicza konkurencję.**

W ocenie Odwołującego, całkowicie wystarczające do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej do należytego wykonania zamówienia jest wykonanie przez Wykonawcę roboty budowlanej, o której mowie w pkt 5.2.2 lit. a tiret pierwsze SIWZ; wymagania określone w drugim tiret, odnoszące się do prac o charakterze specjalistycznym, nie znajdują natomiast uzasadnienia, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, że przedmiotowe zamówienie obejmuje w dużej mierze standardowe roboty budowlane.

Zgodnie z SIWZ (zob. pkt 3.1 SIWZ), zasadniczy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie standardowych robót budowlanych w budynku Teatru Wybrzeże w Gdańsku. Podmiot, który wykonał w sposób należyty podobne zamówienie (czego dotyczy warunek określony w pkt 5.2.2 lit. a pierwsze tiret SIWZ) i dysponuje wskazywaną przez Zamawiającego kadrą, posiada więc odpowiednie zdolności techniczne i zawodowe dla zrealizowania zamówienia. Odwoływanie się zatem w ramach kolejnego warunku udziału w postępowaniu do wykonania specjalistycznej roboty budowlanej z zakresu mechaniki sceny nie powinno w ogóle mieć miejsca w przypadku zamówienia, którego zasadniczym przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych. Stawianie wobec Wykonawcy robót budowlanych warunku w postaci doświadczenia w wyżej wskazanym zakresie jest całkowicie chybione i błędne. Doświadczenie, o którym mowa powyżej, nie może stanowić jakiegokolwiek wyznacznika dla niezbędnego, posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia zawodowego mającego znaczenie dla wykonania robót budowlanych. Właściwym i uzasadnionym warunkiem, który weryfikuje umiejętności i doświadczenie zawodowe wykonawcy, jest warunek posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego w tym również co bardzo ważne przebudowie obiektów objętych ochroną konserwatorską, gdyż budynek Teatru Wybrzeże Teren inwestycji znajduje się w strefie objętej ochroną konserwatorską:

- obszar uznany za pomnik historii jako miasto Gdańsk – miasto w zasięgu obwarowań XVII wieku;
- obszar wpisany do rejestru zabytków jako historyczny układ urbanistyczny miasta Gdańska.

Tymczasem tak sformułowana treść warunku, jakkolwiek związana z przedmiotem zamówienia, narusza zasadę uczciwej konkurencji i znacząco zawęża krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą w stanie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oraz godzi w zasadę proporcjonalności – o udzielenie zamówienia nie mogą ubiegać się bowiem wykonawcy posiadający nawet ogromne doświadczenie w zakresie robót budowlanych. ***De facto*, kwestionowany warunek będzie skutkował tym, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się jedynie konsorcja** (złożone z wykonawcy robót budowlanych oraz wykonawcy robót specjalistycznych, posiadającego odpowiednie kompetencje i doświadczenie techniczne w wymaganym przez Zamawiającego wąskim zakresie robót), **lub też wykonawcy współpracujący z podmiotami trzecimi** (którzy będą użyczać tym wykonawcom wymaganego przez Zamawiającego potencjału technicznego). W pierwszym z tych przypadków, powyższe w praktyce wymusi zatem „sztuczne” tworzenie konsorcjów, z udziałem podmiotów, które w braku przedmiotowego warunku preferowałyby występować w roli podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (gdyż w takim przypadku nie ponosiłyby solidtarnej odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia). Drugi zaś przypadek (polegający właśnie na skorzystaniu przez wykonawcę z potencjału wyspecjalizowanego podmiotu trzeciego), w świetle sformułowanych przez Zamawiającego w dalszej części SIWZ kryteriów oceny ofert, preferujących wykonawców samodzielnie wykonujących zamówienie w tym zakresie (zob. pkt 13.1 ppkt 4 SIWZ), będzie przez wykonawców omijany, ponieważ **w razie skorzystania z tego wariantu wykonawcy ci będą mieli znacząco niższe szanse na uzyskanie zamówienia** (ich oferta będzie znacznie gorzej punktowana); innymi słowy, o ile wykonawcy ci nie złożą oferty w ramach konsorcjum, prawdopodobnie nie będą w ogóle w stanie pozyskać przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego, **niezasadne jest takie ustalenie sposobu przeprowadzenia postępowania, które zmusza wykonawców robót budowlanych do przyjęcia na siebie takich zobowiązań**. Należy podkreślić, że warunki powyższe mają fundamentalne znaczenie dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Warunki te jako bardzo rygorystyczne w sposób istotny ograniczają krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Raz jeszcze bowiem podkreślić należy, że **w niniejszym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem, którego przedmiotem są przede wszystkim niespecjalistycznie roboty budowlane**. Krąg potencjalnych wykonawców, posiadających niezbędne doświadczenie w realizacji takich robót

jest znacznie szerszy i nie ogranicza się jedynie do podmiotów mogących się wykazać wykonaniem roboty z zakresu mechaniki sceny i to w szczególnym obiekcie, bo posiadającym powyżej 300 miejsc siedzących na widowni. Jednakże, o ile wykonawcy ci nie złożą oferty z udziałem wyspecjalizowanego podmiotu (czy to w formie konsorcjum, czy to w drodze powołania się na jego potencjał), posiadającego doświadczenie w zakresie wskazanym w pkt 5.2.2 lit. a pierwsze tiret SIWZ, nie będą w stanie pozyskać przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo firm specjalistycznych, które posiadają referencje spełniające warunek podstawowy jest bardzo mało, a ograniczony do nich dostęp (poprzez budowanie niepotrzebnych, a narzuconych warunkami udziału i punktacją- konsorcjów), dodatkowo powoduje brak możliwości uzyskania konkurencyjnej ceny na dostawę i montaż technologii.

Na marginesie, wskazać w tym miejscu należy, że **można mieć poważne wątpliwości co do tego, czy doświadczenie opisane przez Zamawiającego w ramach kwestionowanego warunku dotyczy roboty budowlanej** (w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp), **czy też w istocie dostawy** (w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp), mającej za przedmiot urządzenia mechaniki sceny. Zważywszy na to, że wspomniany wyżej art. 2 pkt 8 ustawy Pzp odwołuje się do przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. z 2016 roku poz. 1125, z późn. zm.), zawierającego wykaz robót budowlanych (z podziałem na działy, grupy i klasy robót, wraz z krótkim opisem i kodem CPV), oraz że roboty budowlane wskazane przez Zamawiającego w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ nie mieszczą się w tym wykazie, w ocenie Odwołującego uznać należy, że w przypadku niniejszego zamówienia mamy do czynienia z zamówieniem mieszanym, obejmującymi swoim zakresem przede wszystkim roboty budowlane ale i – w kwestionowanym zakresie – dostawy. W świetle powyższego, tym bardziej zatem trudno uznać za zasadne i proporcjonalne wymaganie od wykonawcy robót budowlanych, aby jednocześnie wykazał się on doświadczeniem w zupełnie odrębnym zakresie, tj. w odniesieniu do określonych, wyspecjalizowanych dostaw (stanowiących przy tym jedynie wąski zakres przedmiotu zamówienia).

Nieuzasadnione niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, przez stawianie nadmiernych wymogów stanowi naruszenie art. 22 ust. 1a, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako przejaw ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Jeśli bowiem zamawiający różnicuje sytuację wykonawców – dostęp do zamówienia w oparciu o kryterium spełniania warunku udziału, który jest zbędny dla zapewnienia należytej realizacji zamówienia – dyskryminuje tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytej realizacji zamówienia, a nie spełniają zbędnego warunku udziału (zob. wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009

roku w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scri przeciwko Comune di Milano, sygn. akt C - 376/08, wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 roku w sprawie Contse S/A przeciwko Institute Nacionai de Gestion Sanitaria, sygn. akt C - 234/03.

Odwołujący podnosi, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, wyklucza bowiem z postępowania wykonawców, którzy przedmiotowego warunku nie spełniają. W ostatnich latach Odwołujący wykonał wiele przedsięwzięć budowlanych o dużej skali i stopniu skomplikowania. Pozostaje jednym z głównych potencjalnych konkurentów w postępowaniu. Pozbawienie Odwołującego możliwości udziału w postępowaniu prowadziłoby do istotnego i nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji. **Przedmiotowe ograniczenie nie miałoby przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, ponieważ Odwołujący dysponuje zdolnością techniczną i zawodową odpowiednią do należytego wykonania zamówienia.** Warto również zauważyć, że inni Generalni Wykonawcy, którzy obecnie posiadają referencje spełniające warunek **której mowa w pkt 5.2.2 lit. a drugie tiret SIWZ, na etapie realizacji z całą pewnością korzystali z usług podwykonawstwa w tym zakresie, co jest normalną praktyką. Firmy specjalistyczne posiadają odpowiednie doświadczenie i wiedzę oraz świadczą także usługi serwisowe i gwarancję.**

W związku z powyższym zasadnym wydaje się być wniosek Odwołującego o wykreślenie z warunków udziału w postępowaniu kwestionowanego warunku. Nadmiernym wydaje się stawianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Jak zostało to już wskazane wcześniej, uniemożliwi to podmiotom specjalizującym się w wykonywaniu robót budowlanych złożenie oferty, jeżeli nie wystąpią w ramach konsorcjum/współpracy z firmą, która posiada doświadczenie w świadczeniu tego typu prac specjalistycznych. **Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.** Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Ad zarzut 3

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp **określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia**. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W ust. 2c doprecyzowano przy tym, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Odnosząc to do niniejszego postępowania, w ocenie Odwołującego, kryterium oceny ofert zastosowane przez Zamawiającego w pkt 13.1 ppkt 3 SIWZ nie jest funkcjonalnie związane z przedmiotem udzielanego zamówienia. Kryterium to prowadzi bowiem do tego, że dodatkowymi punktami będą premiiowani jedynie wykonawcy dysponujący osobami, które brały udział w realizacji jednego z wyłącznie czterech rodzajów obiektów. Dodatkowo w odniesieniu do osoby wskazanej w lit. a roboty budowlane prowadzone w takim obiekcie muszą spełniać wysoki parametr kwotowy, zaś w odniesieniu do osób wskazanych w lit. b i c – wymogi co do pojemności sali z widownią. W ocenie Wykonawcy ograniczenie zakresu wykonywanych obiektów do bardzo wąskiego zakresu obiektów użyteczności publicznej, przy uwzględnieniu pozostałych obostrzeń, jest nadmierne w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia i powoduje ograniczenie konkurencji. Co istotne, wskazane osoby powinny dysponować doświadczeniem w zakresie nadzorowania, koordynowania lub kierowania robotami budowlanymi – tym bardziej zatem ograniczanie premiowanego doświadczenia personelu Wykonawcy tylko do konkretnych budynków (i to nawet nie wszystkich w ramach danej klasy Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych) prowadzi do wniosku, że tak określone kryterium oceny ofert nie pozostaje w logicznym i funkcjonalnym związku z przedmiotem zamówienia (jak wymaga tego art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). **Zamawiający nie określił, że osoby te będą posiadały jakieś dodatkowe obowiązki, niż te, które zostały określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, a do których prawidłowego wykonywania w jakiś szczególny sposób predysponowałoby je doświadczenie uzyskane w ramach realizacji robót w we wskazanych budynkach użyteczności publicznej.** W efekcie powyższego, wykonawcy dysponujący personelem posiadającym wystarczające doświadczenie w wykonywaniu danego rodzaju robót, ale niekoniecznie akurat we wskazanych przez Zamawiającego czterech rodzajach budynków, będą mieli znacznie mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia, niż bardzo wąskie grono wykonawców spełniających przedmiotowe

kryterium. W ocenie Odwołujący, aby kryterium to pozostawało w związku z przedmiotem zamówienia, powinno ono odnosić się do doświadczenia osób wskazanych w lit. a – c w wykonaniu określonych robót budowlanych, niezależnie od tego, czy były one realizowane w wybranych obiektach klasy 1261.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego, zasadny wydaje się wniosek o modyfikację tego kryterium poprzez usunięcie fragmentu „wymienionych w dziale 12 grupie 126 klasa 1261 PKOB(teatr,centrum kultury,opera, filharmonia)”– tak aby dodatkowo punktowane były osoby posiadające doświadczenie w zakresie wykonywania określonych robót budowlanych w dowolnym obiekcie budowlanym. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego uzasadnionego powodu, aby doświadczenie personelu uzyskane w robotach prowadzonych we wszystkich obiektach budowlanych nie było premiowane. Całkowita rezygnacja z punktowanego wymogu wykazania się specjalistą z zakresu urządzeń mechanicznych – zdaniem Wykonawcy znacząco ogranicza to konkurencję, podobnie jak w warunku podstawowym – są to roboty specjalistyczne (technologiczne), firm i osób zajmujących się takim zakresem jest niewiele, a tak sprecyzowany warunek poprzez wskazanie zakresu i kwoty, dodatkowo w ostatnich 8 latach, spowoduje brak konkurencyjności ofert. Ponadto Zdaniem Wykonawcy błędnie zostało ograniczony wymóg do Kwalifikacji zawodowych dla osoby wskazanej z SIWZ pkt 13, ppkt 3b, poprzez brak dopuszczenia osób które ukończyły studia na kierunku podobnym np. mechanika. Doświadczenie HVAC&R - wentylacja, ogrzewanie, chłodzenie można zdobywać nie tylko poprzez ukończenie studiów na kierunku inżynieria środowiska (inżynier lub magister inżynier)ale także ma kierunku studiów podobnych np. mechanika.

Ad zarzut 4

W ocenie Odwołującego, uzależnienie przyznania dodatkowych punktów od samodzielnego wykonania określonej części zamówienia przez wykonawcę (tj. od niepowoływania się w tym zakresie na zasoby udostępniane przez podmioty trzecie lub na podwykonawców) powoduje, że **tak sformułowane kryterium oceny ofert nie jest związane z przedmiotem zamówienia i w istocie odnosi się do właściwości wykonawcy**, przez co narusza art. 91 ust. 2, 2c i 3 ustawy Pzp. Ze wskazanych przepisów wynika, że zamawiający jest objęty zakazem stosowania kryteriów odnoszących się do właściwości podmiotowych wykonawcy, w szczególności do jego zdolności technicznych określonych potencjałem technicznym, od którego zakresu i poziomu zależy, czy wykonawca będzie zmuszony skorzystać z wyspecjalizowanych podwykonawców w celu wykonania zamówienia.

Zauważyć należy, że Zamawiający ma jedynie prawo na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, i w takim przypadku faktycznie wykonawca nie może angażować podwykonawców; **w niniejszym postępowaniu jednak Zamawiający takiego obowiązku nie zastrzegł**. W pozostałych przypadkach wykonawca może natomiast w sposób nieograniczony powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, zarówno na etapie składania ofert, jak i po przystąpieniu do wykonania zamówienia.

Skoro zatem ustawa nie przewiduje innych możliwości ograniczania podwykonawcom dostępu do realizacji zamówień publicznych, to **wykonawca nie powinien ponosić żadnych negatywnych konsekwencji z tytułu posłużenia się podwykonawcami do realizacji zamówienia**. Tymczasem ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszącego się do samodzielności wykonawcy powoduje, że wykonawca, który zgodnie z ustawą zamierza posiłkować się podwykonawcami, będzie miał ograniczony dostęp do zamówienia publicznego – w porównaniu do wykonawców, którzy zadeklarują samodzielne wykonanie prac. Co istotne, **przedmiotowe kryterium jest przy tym bez znaczenia dla uzyskania lepszej jakości wykonania zamówienia** – z tego punktu widzenia jest bowiem całkowicie nieistotne, czy dany zakres robót zostanie wykonany samodzielnie przez wykonawcę, czy też za pośrednictwem wyspecjalizowanego podwykonawcy. Paradoksalnie, brak jakiegokolwiek związku tego kryterium z przedmiotem zamówienia podkreślił sam Zamawiający, wskazując w odpowiedzi na pytanie nr 14, zamieszczonej w treści wyjaśnień nr 1 do SIWZ, opublikowanych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2020 roku, że:

„Kryterium K₄ w żaden sposób nie ogranicza swobody powierzania podwykonawcom realizacji części czy całości zamówienia, wykonawca ma do tego pełne prawo, które wynika wprost z przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego, i ponadto sam zamawiający nie zastrzegł w dokumentach zamówienia, że kluczowe elementy muszą bezwzględnie być realizowane przez wykonawcę samodzielnie (...).”

Innymi słowy, Zamawiający w zasadzie sam przyznaje, że z jego punktu widzenia nie jest istotne, aby elementy robót wskazane w ramach kwestionowanego kryterium oceny ofert były wykonywane samodzielnie przez wykonawcę (nie zastrzegł bowiem obowiązku osobistego wykonania tych elementów na zasadzie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Skoro jednak tak, to należało zachować w tej kwestii konsekwencję, i nie przyznawać dodatkowych punktów za spełnienie kryterium, które finalnie nie ma dla Zamawiającego żadnego znaczenia.

Zgodnie przy tym z poglądem P. Karkoszki (*„Kryteria oceny ofert faworyzujące wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne wykonanie zamówienia”*, komentarz praktyczny do ustawy PZP, LEX): *„Kryterium odwołujące się do samodzielności wykonawców nawiązuje de facto do podmiotowych właściwości wykonawcy, w szczególności do jego zdolności technicznych i zawodowych określających zakres usług i robót budowlanych, które może świadczyć samodzielnie, bez konieczności posilkowania się zasobami innych przedsiębiorców. Kryterium to będzie preferować duże podmioty wbrew intencjom ustawodawcy europejskiego i krajowego.”*

W cytowanym opracowaniu zwrócono także uwagę, że kryterium oceny ofert odwołujące się do „samodzielności” wykonawcy jest dodatkowo niezgodne z intencjami ustawodawcy europejskiego i krajowego (znajdującymi wyraz w stosownych nowelizacjach ustawy Pzp, implementujących dyrektywy europejskie – zob. art. 25a ust. 5 ustawy Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, art. 36a – 36b ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 143a – 143d ustawy Pzp), których celem jest zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w sektorze zamówień publicznych w formie podwykonawstwa.

Nadto, należy się spodziewać, że wykonawcy, którzy zadeklarują samodzielne wykonanie zamówienia, zaoferują wyższą cenę w celu rekompensaty wydatków na zakup lub koszty wynajmu dodatkowych środków technicznych niezbędnych do samodzielnego wykonania zamówienia, zamiast skorzystać z podwykonawców specjalizujących się w określonych usługach lub robotach budowlanych. W efekcie zatem **wprowadzenie przedmiotowego kryterium oceny ofert może doprowadzić do niepotrzebnego wzrostu kosztów udzielenia zamówienia** (co z kolei może naruszać art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych).

Wreszcie, w ocenie Wykonawcy, **zastosowanie przedmiotowego kryterium prowadzi do niezasadnego ograniczenia dostępu do zamówienia także podwykonawcom**, zwłaszcza specjalizującym się w wykonawstwie określonych usług lub robót budowlanych, dzięki czemu mogą je świadczyć po istotnie niższych cenach. Ograniczenie takie nie ma przy tym związku z jakością realizowanego zamówienia ani z technicznym czy organizacyjnym sposobem wykonania tego zamówienia.

Dodatkowo zauważyć należy, że w praktyce przedmiotowe kryterium oceny ofert spełnią bardzo nieliczni wykonawcy (o ile w ogóle) – aby uzyskać dodatkowe punkty wykonawca powinien bowiem posiadać doświadczenie w zakresie wykonywania ogólnych robót budowlanych (co wynika

z warunków udziału w postępowaniu – zob. pkt 5.2.2 lit. a pierwsze tiret SIWZ i co odpowiada zasadniczemu przedmiotowi zamówienia), a jednocześnie mieć kwalifikacje do wykonywania specjalistycznych robót w zakresie technologii teatralnej (bo tylko wówczas mógłby racjonalnie zobowiązać się do samodzielnego wykonania takich robót). Nie ulega wątpliwości, że takich podmiotów jest na rynku bardzo niewiele – sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert znacząco odbiega zatem od realiów rynkowych. Warto tu również wspomnieć o tym, że Wykonawcy posiadający takie doświadczenie również korzystali z usług podwykonawstwa podczas realizacji prac technologicznych, gdyż rzadko zdarza się że firmy budowlane posiadają na stałe zasoby do tak specjalistycznych prac i na odwrót firmy technologiczne nie posiadają zasobów do wykonywania konstrukcji obiektu. Nadto, pozostaje ono również w sprzeczności z praktyką udzielania zamówień publicznych, znajdującą odzwierciedlenie w treści odpowiednich przepisów ustawy PZP, zgodnie z którą w braku odpowiednich kwalifikacji do samodzielnego wykonania określonych prac Wykonawcy mogą korzystać z wyspecjalizowanych podwykonawców, względnie korzystać z potencjału podmiotów trzecich (gdy jest to konieczne do spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Tymczasem **utrzymanie przedmiotowego kryterium oceny ofert, zamiast doprowadzić do efektu zamierzonego przez Zamawiającego** (wybór wykonawcy dającego najlepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia), **w rzeczywistości spowoduje, że: 1) wykonawcy zadeklarują samodzielne wykonanie przedmiotowych prac, aby uzyskać dodatkowe punkty, pomimo braku stosownych kwalifikacji (a więc przyniesie to efekt dokładnie odwrotny do założonego), albo 2) wystartują w przetargu w ramach „wymuszonego” konsorcjum z podmiotem, który dysponuje odpowiednimi kwalifikacjami technicznymi**, które to konsorcjum w żadnym innym przypadku by nie powstało (gdyż w interesie tego podmiotu byłoby występowanie w roli podmiotu trzeciego, nieodpowiadającego solidarnie za realizację zamówienia w rzeczywistości spowoduje), co z całą pewnością odbiega od intencji przyświecających ustawodawcy przy dopuszczeniu możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców.

Co przy tym istotne, ze wspomnianej już wyżej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 14, zamieszczonej w treści wyjaśnień nr 1 do SIWZ, wynika wprost, że **celem wprowadzenia przedmiotowego kryterium było nie tyle zapewnienie odpowiedniej jakości wykonania zamówienia, co skłonienie wykonawców do składania ofert w ramach konsorcjum**. Widać to wyraźnie w następującym fragmencie tej odpowiedzi:

„Kryterium oceny dot. organizacji tj. samodzielnego wykonania przez wykonawcę kluczowych elementów zamówienia ma na celu uwypuklenie roli konsorcjum tj. ponoszenia solidarnej

odpowiedzialności za kluczowe elementy zamówienia, jakimi są konstrukcja obiektu oraz technologia teatralna. Kryterium to, które ma na celu zachęcenie wykonawców do zawierania konsorcjów [pogrubienie dokonane przez Zamawiającego], stanowi dodatkowo ochronę dla potencjalnych wykonawców, którzy bezpośrednio nie specjalizują się w realizacji np. konstrukcji obiektów czy technologii teatralnych, a są zainteresowani udziałem w niniejszym postępowaniu.”

Tymczasem przedmiotowa okoliczność powinno być z punktu widzenia Zamawiającego kwestią całkowicie irrelevantną, gdyż **przepisy ustawy Pzp w żaden sposób nie preferują wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o udzielenie zamówienia, a podjęcie decyzji, w jakiej w formie wystartować w przetargu, pozostawiają do wyłącznego uznania i oceny wykonawcy.** Powyższe wydaje się zatem definitywnie przesądzać o niezgodności kwestionowanego kryterium z przywołanymi na wstępie przepisami ustawy Pzp.

Ad zarzut 5

W ocenie Odwołującego, **określenie terminu wykonania zamówienia w postaci daty kalendarzowej (zamiast w postaci określonej liczby miesięcy liczonej od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) nie uwzględnia i nie zabezpiecza stron przed okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia.** Zważyć należy, że Zamawiający określił tylko końcowy termin do którego ma zostać wykonane zamówienie lub jego określona część, wskazując konkretną datę kalendarzową. Natomiast nie została w żaden sposób wskazana data od jakiej wybrany wykonawca będzie mógł przystąpić do wykonywania tego zamówienia. Takie określenie terminu wykonania zamówienia lub jego części bez liczenia się np. z możliwością wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej powoduje niebezpieczeństwo dalszego skrócenia okresu czasu na wykonanie zamówienia, a w konsekwencji może skutkować nawet niemożliwością jego wykonania w zakreślonym terminie. To zaś może powodować daleko idące, negatywne skutki dla wybranego wykonawcy – w postaci naliczania przez Zamawiającego kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania zamówienia (zob. § 13 ust. 1 pkt 1 załącznika nr 6 do SIWZ).

Pogląd, zgodnie z którym termin realizacji zamówienia musi zabezpieczać strony przed okolicznościami, które mogą ograniczyć czas potrzebny do wykonania zamówienia, w związku z czym nie powinien on być – jeżeli to możliwe – oznaczany przez Zamawiającego w postaci daty kalendarzowej, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła m.in. w wyroku z dnia 21 marca 2019 roku w

sprawie o sygn. akt KIO 414/19 oraz w wyroku z dnia z dnia 2 września 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1557/16.

Zauważenia w tym miejscu wymaga, że niniejsze zamówienie nie podlega dofinansowaniu ze środków unijnych, w związku z czym termin jego wykonania nie jest odgórnie narzucony chociażby przez instytucje przyznające dofinansowanie na to zamówienie. W przypadku projektów unijnych kwalifikowalność danego wydatku może być bowiem uzależniona od rzeczowej realizacji przedmiotu projektu w określonym terminie (w terminie kwalifikowalności), zatem w takich sytuacjach zamawiający faktycznie nie może ustalić terminu realizacji w sposób ruchomy, tj. nie może wyznaczyć go w tygodniach czy miesiącach liczonych do dnia zawarcia umowy, ponieważ w konsekwencji mogłoby to prowadzić do sytuacji, gdzie termin realizacji wyjdzie poza okres kwalifikowalności wyznaczony w projekcie. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie jest związany bezwzględnie terminem, w jakim zamówienie powinno być na jego rzecz wykonane, zasadnym wydaje się określanie okresu, w jakim winno nastąpić wykonanie zamówienia, w dniach, tygodniach czy też miesiącach liczonych od dnia zawarcia umowy. Powyższe pozwoli na uniknięcie faktycznego skrócenia okresu na wykonanie zamówienia – w postępowaniu o udzielenie zamówienia może bowiem zaistnieć wiele przypadków, które wydłużą proces procedowania, a to z kolei ma istotny wpływ na okres, jaki otrzyma wybrany wykonawca na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że załącznik nr 6 do SIWZ, w którym zamieszczono wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zawiera postanowień, które przewidywałyby możliwość zmiany umowy w zakresie terminu wykonania jej przedmiotu np. o czas trwania procedury odwoławczej.

W załączeniu:

1. Odpis z KRS;
2. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. Potwierdzenie wniesienia wpisu;
4. Potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem