

WYROK
z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Rudna Mała 47I, 36-060 Głogów Małopolski** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach, ul. Sienkiewicza 32, 25-507 Kielce**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Rudna Mała 47I, 36-060 Głogów Małopolski i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Rudna Mała 47I, 36-060 Głogów Małopolski** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Rudna Mała 47I, 36-060 Głogów Małopolski na rzecz Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach, ul. Sienkiewicza 32, 25-507 Kielce kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący :
Uzasadnienie

Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa zabytkowego obiektu Teatru im. Stefana Żeromskiego w Kielcach zlokalizowanego przy ul. Sienkiewicza 32 w Kielcach”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2020 r. pod pozycją 2020/S 134-328374.

W dniu 14 sierpnia 2020 r. wykonawca Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści Informacji dla Wykonawców nr 2 dotyczącej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie:

- 1) braku dokonania zmian i wprowadzenia zmian do pkt 9.4.2 lit. a) SIWZ oraz
- 2) braku wprowadzenia zmian do pkt 9.4.3 lit. b) SIWZ
- 3) wprowadzenia do SIWZ dodatkowego postanowienia zawartego w ppkt 23.1.6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie w pkt 9.4.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej w sposób, który

stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, polegające na określeniu wymogu wykonania dwóch zadań inwestycyjnych budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu kubaturowego o wartości powyżej 50 000 000, 00 zł brutto, co bezpośrednio przyczynia się do ograniczenia dostępu do możliwości ubiegania się o zamówienie przez profesjonalne podmioty branży budowlanej wykonujące zadania o wysokim stopniu skomplikowania i złożoności, przy jednoczesnym zaniżonym warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej związanej z wykonywaniem prac dotyczących budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej o wartości minimum 7 000 000 zł;

2)art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie w pkt 9.4.3 lit. b) Specyfikacji

3

Istotnych Warunków Zamówienia warunku, który w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia określa kryterium dla wykonawców, polegające na wykazaniu w ostatnich trzech latach obrotowych średniego obrotu w obszarze działalności gospodarczej objętych przedmiotem zamówienia, a jeżeli ten okres jest krótszy, za ten okres, w wysokości nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł, co w efekcie eliminuje możliwość uczestnictwa na równych zasadach w postępowaniu przedsiębiorstw należących do sektora małych i średnich przedsiębiorstw, zdolnych zarówno pod względem finansowym, jak i pod względem posiadanego doświadczenia, uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

3)art. 38 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak udzielenia wyjaśnienia, jakimi kryteriami kierował się Zamawiający określając wymagania zawarte w pkt 9.4.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz określając wymagania zawarte w pkt 9.4.3 lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

4)art. 29 i art. 30 oraz art. 36 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ nowego postanowienia zawartego w ppkt 23.1.6, którego spełnienie w toku realizacji umowy może okazać się obiektywnie niemożliwe.

Odwołujący wniósł o:

1)zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej zakwestionowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, tj. pkt 9.4.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w brzmieniu nadanym mu w Informacji dla wykonawców nr 2, poprzez nadanie mu nowego brzmienia, o treści:

„- dwa zadania inwestycyjne polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego każde o wartości powyżej 30 000 000,00 zł brutto,

- jedno zadanie polegające na remoncie lub wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie zrealizowano roboty pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości robót minimum 25 000 000 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

(a)podbiciem ścian podpiwniczenia, lub
(b)wzmocnieniem i wymianą ścian, lub
(c)wzmocnieniem i wymianą stropów, lub

(d)wymianą istniejącego pokrycia dachowego, lub

(e)wymianą fasady budynku, lub

(f)innymi robotami konstrukcyjnymi lub odtworzeniowymi budynku.”.

2)zmianę treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej zakwestionowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania średniego obrotu z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli ten okres jest krótszy za cały ten okres, tj. pkt 9.4.3 lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez nadanie mu nowego brzmienia, o treści:

„b) sprawozdanie finansowe albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz aktywa i zobowiązania za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;

Wymagane jest osiągnięcie średnio rocznego obrotu w obszarze prowadzenia działalności gospodarczej objętych przedmiotem zamówienia za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (Zamawiający wymaga aby obrót o którym mowa wyżej odnosił się wyłącznie do przedmiotu zamówienia) w wysokości nie mniejszej niż 80 000 000,00 PLN"

3)Zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartego w ppkt 23.1.6 poprzez usunięcie zdania ostatniego ww. podpunktu i nadanie mu nowego brzmienia o treści:

„22.1.6 Opracowany plan organizacji terenu budowy i logistyka transportu; Plan organizacji należy przedstawić w formie opisowej i graficznej.”.

Odwołujący stwierdził, że podniesione zarzuty co do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnoszące się do kryteriów stawianych wykonawcom, a określonych w pkt 9.4.2 lit. a) oraz w pkt 9.4.3 lit. b) w ujęciu całości przedmiotu zamówienia naruszają ramy wskazane przez ustawodawcę, w których Zamawiający może swobodnie poruszać się

5

kształtując treść Specyfikacji. Jak podał Odwołujący, wprowadzenie nadmiernych i całkowicie nieproporcjonalnych warunków, jakie wykonawcy celem dopuszczenia do postępowania, muszą spełnić, powoduje nieuzasadnione zmniejszenie się kręgu podmiotów zdolnych do uczestnictwa w przedmiotowym przetargu nieograniczonym.

Odwołujący wyraził też pogląd, że niestosowanie się przez Zamawiającego do zasady proporcjonalności powoduje wystąpienie skutków daleko wykraczających poza materię z nią związaną oraz wpływa negatywnie na wystąpienie mechanizmów urzeczywistniających funkcjonowanie innych zasad, jakimi powinno cechować się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. m.in. zasady zapewnienia uczciwej konkurencji, a także równego traktowania wykonawców. Odwołujący zaznaczył, że treść art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, pomimo nadania Zamawiającemu uprawnienia do określenia warunków udziału w postępowaniu, a także wskazania środków dowodowych umożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, nie jest uprawnieniem absolutnym i niezaprzeczalnie podlega ograniczeniom, stąd też zarówno w doktrynie, jak i linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej funkcjonuje w pełni uzasadnione stanowisko wskazujące, iż pożądanym rozwiązaniem powyżej poruszonych kwestii jest uzyskanie swoistej równowagi pomiędzy interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 83/18.

Odwołujący zauważył, że kryteria udziału w postępowaniu powinny być odpowiednie do osiągnięcia celu, jakiemu służą, tj. wyborowi wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Odwołujący zwrócił uwagę, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. W ocenie Odwołującego, tak skonstruowane warunki udziału w postępowaniu nie pozwalają na udział w postępowaniu każdego wykonawcy, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie i nie mogą sprostać wymogom niezbędności warunku dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Odnosząc się do warunku określonego w pkt 9.4.2 lit. a) SIWZ w brzmieniu nadanym mu w Informacji dla Wykonawców nr 2 Odwołujący stwierdził, że warunek ten został skonstruowany w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, powodując, iż przedmiotowe kryterium nie jest rzeczywistym wyznacznikiem posiadanych przez wykonawcę umiejętności, doświadczenia, a także zaplecza logistycznego uprawdopodobniających należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zauważył, że przedmiotem postępowania jest przebudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektu zabytkowego; dlatego, w ocenie Odwołującego, stawianie bardzo wygórowanego wymogu w zakresie doświadczenia wykonawcy dotyczącego realizacji inwestycji budownictwa kubaturowego przy stawianiu relatywnie niskich wymogów w zakresie inwestycji związanych z obiektami zabytkowymi lub leżących w obszarze ochrony konserwatorskiej, godzi w zasad proporcjonalności stanowiącą jedną z fundamentalnych zasad ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, takie zestawienie ww warunków w brzmieniu nadanym im w odpowiedzi na Pytania nr 9 i nr 10 Informacji dla Wykonawców nr 2 powoduje, iż podmiot posiadający duże doświadczenie we wznoszeniu np.

wielkopowierzchniowych nowoczesnych budynków o funkcji biurowej, a relatywnie niewielkie doświadczenie w realizacji prac będzie spełniał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, a zostaną zeń wyeliminowane podmioty posiadające znacznie większe doświadczenie i specjalizujące się w robotach budowlanych związanych z obiektami zabytkowymi lub obiektami położonymi w obszarze ochrony konserwatorskiej.

Jak zauważył Odwołujący, istotnym z punktu widzenia postępowania jest osiągnięcie zakładanego celu, stąd też, w ocenie Odwołującego, konstruowanie kryteriów akcentujących wartość zrealizowanych projektów budownictwa kubaturowego i umniejszających rangę doświadczenia wykonawcy w zakresie inwestycji związanych z obiektami zabytkowymi lub obiektami położonymi w obszarze ochrony konserwatorskiej w sposób, w jaki zostało to dokonane w zmianie SIWZ wprowadzonej w odpowiedzi na Pytania 9 i 10 Informacji dla wykonawców nr 2, nie powinno być wymiernym kryterium dopuszczenia wykonawców do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż wymagana postanowieniami SIWZ wartość inwestycji budowlanych budownictwa kubaturowego i wartość inwestycji związanych z obiektami zabytkowymi nie jest skorelowana ze stopniem skomplikowania prac wykonywanych w ramach obiektu zabytkowego, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie. Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uchwale z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 48/19.

Zdaniem Odwołującego, określenie kryterium zrealizowania dwóch obiektów kubaturowych o wartości na poziomie co najmniej 50 000 000,00 zł brutto jest nieproporcjonalnym i nadmiernym wskaźnikiem, który obiektywnie wyłącza z możliwości udziału w postępowaniu wykonawców mających zarówno odpowiednie zaplecze, jak i predyspozycje do należytego zrealizowania zamówienia związanego z obiektem zabytkowym, natomiast określenie kryterium wykonania jakichkolwiek prac związanych z remontem lub przebudową jednego budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej na poziomie minimum 7 000 000 zł brutto nie zapewnia, iż w postępowaniu wezmą udział wykonawcy mający odpowiednie doświadczenie w robotach budowlanych związanych z obiektami zabytkowymi.

Odwołujący podniósł, że treść pkt 9.4.2 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w brzmieniu nadanym jej w Informacji dla Wykonawców nr 2 stawia zarówno zdecydowanie zbyt wygórowane wymaganie w zakresie budownictwa kubaturowego wprowadzające całkowicie nieuzasadniony próg wykluczający wykonawców zdolnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia, przy jednoczesnym braku zagwarantowania należytego doświadczenia wykonawców w zakresie inwestycji związanych z obiektami zabytkowymi. Odwołujący ilustrując powyższą argumentację przykładem podał, że do udziału w postępowaniu zostanie dopuszczony podmiot, którego działalność skupia się na realizacji nowoczesnych wysokościowych budynków biurowych w największych metropoliach Polski (wartość takich robót z reguły przekracza 50 000 000 zł brutto), który w swoim portfolio ma jedną inwestycję związaną z podbiciem i ścian podpiwniczenia obiektu zabytkowego o wartości 7 000 000 zł brutto, natomiast z udziału w postępowaniu zostanie wyeliminowany podmiot, który od wielu lat specjalizuje się w pracach związanych z obiektami zabytkowymi, które charakteryzują się tym, iż ich wartość wyłącznie w jednostkowych przypadkach przekracza kwotę 30 000 000 zł brutto. Odwołujący powołał sześć takich inwestycji.

Odwołujący zakwestionował także próg dotyczący średniorocznego obrotu wykonawców związanego z przedmiotem zamówienia na poziomie 100 000 000,00 PLN jako nieproporcjonalny, wygórowany oraz pozostający bez związku z kwestią zdolności zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przyjęte przez Zamawiającego kryterium eliminuje wszystkie podmioty sektora MŚP, co pozostaje w konflikcie z zasadą równości traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, brak jest obiektywnych kryteriów, dla których zasadnym byłoby wyłączenie możliwości ubiegania się o zamówienie przez małe i średnie przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że wskaźnik obrotu, oprócz mocy przerobowej w ujęciu rocznym danego podmiotu, nie dostarcza innych istotnych z punktu oceny danego wykonawcy informacji.

Odwołujący zwrócił również uwagę na niewspółmiernie wysoki wskaźnik obrotu pozostający bez związku z pozostałymi postanowieniami dla procedowania zamówienia, takimi jak stosunkowo długi czas realizacji zamówienia oraz zasady płatności, które powodują, iż realizacja przedmiotowej inwestycji nie będzie wiązała się z nadmiernym zaangażowaniem finansowym po stronie wykonawcy.

W nawiązaniu do pierwszego kryterium, tj. czasu realizacji wynoszącego trzy lata oraz biorąc pod uwagę

szacunkową wartość całego projektu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób całkowicie niewspółmierny do założonej specyfikacji projektu określił kryterium na wskazanym powyżej poziomie 100 000 000,00 zł.

Odnosząc się do zasad płatności, w szczególności do dopuszczenia przez Zamawiającego częściowego fakturowania wykonanych prac każdego miesiąca kalendarzowego, do prawidłowego i niezagrożonego realizowania prac związanych z przedmiotem zamówienia, Odwołujący wskazał, że posiadanie tak wysokiego zaplecza finansowego przez wykonawców nie jest niezbędne, tym bardziej, iż w tym zakresie SIWZ wprowadza także warunek określonej zdolności kredytowej wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że proponowana przez Odwołującego zmiana pkt 9.4.3 lit. b) SIWZ polegająca na obniżeniu progu posiadania obrotów na poziomie 80 000 000,00 PLN, bezpośrednio przyczyni się do możliwości udziału w postępowaniu wykonawców należących do MŚP, którzy posiadają odpowiednie warunki oraz predyspozycje do należytego wykonania zamówienia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, obniżenie wymaganego progu będzie z punktu widzenia całej inwestycji odpowiedniejszą formą realizacji zasady proporcjonalności.

Odwołujący podniósł ponadto, że dokonując zmiany treści SIWZ w odpowiedzi na pytanie nr 11 polegającej na wprowadzeniu do SIWZ nowego postanowienia, tj. postanowienia zawartego w ppkt 23.1.6, Zamawiający wprowadził do SIWZ postanowienie, zgodnie z którym wykonawca w celu zawarcia umowy zobowiązany jest przedłożyć „Opracowany plan organizacji terenu budowy i logistyka transportu; Plan organizacji należy przedłożyć w formie opisowej i graficznej. Założenia planu będą wiążące podczas realizacji umowy” (podkreślenie Odwołującego).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadzając do SIWZ ww. postanowienie spowodował, iż wykonawcy, którego oferta została wybrana, został postawiony wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia. W opinii Odwołującego, organizacja terenu budowy, a przede wszystkim logistyka transportu dotyczące inwestycji realizowanej na starówce miasta wojewódzkiego, której okres realizacji jest przewidywany na około trzy lata, z oczywistych względów nie mogą mieć charakteru niezmiennego. Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie jest w stanie na etapie zawierania umowy przewidzieć, jakie inwestycje drogowe, remonty innych budynków lub nawierzchni zabytkowych ulic będą prowadzone w całym okresie realizacji inwestycji. Przewidzieć tego nie może również Zamawiający. Jak zaznaczył Odwołujący, na etapie zawierania umowy nikt nie jest w stanie przesądzić, czy np. szlaki komunikacyjne sprzętu ciężkiego dostępne na etapie zawierania umowy nie zostaną w trakcie jej realizacji zamknięte z powodu remontów lub przebudowy sieci drogowej. Odwołujący zauważył także, że nie można również przewidzieć, czy w okresie realizacji przedmiotowej inwestycji na nieruchomościach sąsiednich nie zostaną rozpoczęte roboty budowlane, które będą oddziaływały na teren budowy i będą wymuszały zmianę sposobu jego organizacji.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonując zmiany treści SIWZ w przedmiotowym zakresie wprowadził do postępowania wymóg z jednej strony niepotrzebny do realizacji jego celu (wszak każdy wykonawca realizując jakąkolwiek inwestycję musi zorganizować teren budowy oraz logistykę budowy w sposób umożliwiający realizację inwestycji), a z drugiej strony całkowicie nieracjonalny, zważywszy na fakt, iż inwestycja jest zlokalizowana w samym centrum miasta wojewódzkiego i w jej sąsiedztwie mogą zachodzić liczne zmiany dotyczące zarówno szlaków komunikacyjnych zdolnych do przewozów wysokotonażowych, jak również mogą być prowadzone inne inwestycje oddziałujące na teren budowy inwestycji objętej przedmiotowym postępowaniem, które to zmiany mogą wymuszać modyfikacje planu organizacji terenu budowy oraz logistyki transportu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że podnosząc zarzut wobec czynności zmiany przez Zamawiającego postanowienia pkt 9.4.2. lit. a Specyfikacji Odwołujący kwestionuje jedynie wartość poszczególnych robót opisanych w treści warunku udziału w postępowaniu, nie zaś ich zakres. W stawianym zarzucie Odwołujący nie kwestionuje zatem treści warunku w zakresie, w jakim uległ on zmianie w Informacji dla Wykonawców nr 2 - wartość robót określona przez Zamawiającego w pierwotnej treści warunku pozostała niezmienną.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie może podlegać rozpoznaniu, bowiem został podniesiony po terminie określonym w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Zarzuty wobec treści znanych od dnia opublikowania Specyfikacji, tj. od dnia 14 lipca 2020 r., powinny zostać podniesione w terminie liczonym od dnia publikacji SIWZ.

Za spóźniony Izba uznała także zarzut dotyczący warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 9.4.3. lit. b Specyfikacji. Izba ustaliła, że treść przedmiotowego warunku nie uległa zmianie w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r. (Informacja dla Wykonawców nr 2). Co za tym idzie, zarzut ten powinien być zostać podniesiony w terminie liczonym od dnia publikacji SIWZ, zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak udzielenia wyjaśnień, jakimi kryteriami kierował się Zamawiający określając wymagania zawarte w pkt 9.4.2. lit. a i pkt. 9.4.3. lit. b Specyfikacji. Izba zważyła, że art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na zapytania zgłoszone przez wykonawców w określonych terminach oraz uprawnia zamawiającego do zmiany treści Specyfikacji. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w Informacji dla Wykonawców nr 2 wyraził swoje zdanie na temat proponowanych przez wykonawców zmian dokonując modyfikacji warunku opisanego w pkt 9.4.2. lit. a Specyfikacji oraz nie wyrażając zgody na zmianę warunku opisanego w pkt 9.4.3. lit. b Specyfikacji. Izba miała na uwadze, że przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do podawania na etapie wyjaśnień treści SIWZ powodów, dla których zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w określony sposób. Co za tym idzie, przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 i 30 oraz art. 36 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowienia zawartego w pkt 23.1.6. Izba stwierdziła, że z uwagi na charakter inwestycji, usytuowanie budynku i czas trwania inwestycji, opracowanie przez wykonawcę Planu organizacji terenu budowy i logistyki transportu jest zasadne. Izba miała przy tym na względzie, że Plan taki nie musi być niezmienny - Projekt umowy w § 1 ust. 6 przewiduje możliwość jego zmiany za zgodą Zamawiającego (Załącznik nr 3 do SIWZ).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :