

WYROK

z dnia 26 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 października 2021 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez odwołującego: MIRBUD S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Łódź- Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu z wymagania „funkcji biurowej” na „funkcję użyteczności publicznej”, w pozostałym zakresie dotyczącym definicji „zarządzania nieruchomością” oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Łódź- Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź i odwołującego MIRBUD S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice

i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

MIRBUD S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Łódź- Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego MIRBUD S.A. ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, w pozostałym zakresie kwotą uiszczoną przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie z dnia 30 sierpnia 2021r.

Odwołanie złożono w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro”, prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 153 pkt 3 w związku z art. 170 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 ze zm.), zwanej dalej „ustawą ppp”

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wniesiono odwołanie wobec dokonanej w dniu 18 sierpnia 2021 r. modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) oraz postanowień opisu potrzeb i wymagań oraz instrukcji postępowania (OPW).

2. Przedmiotem zamówienia jest wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro.

3. Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego stawia odwołujący następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy

PZP w związku z naruszeniem 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, przez określenie zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;

b) zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu.

4. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i OPW w sposób wskazany w

uzasadnieniu odwołania, w szczególności wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r.,

b) dokonał zmianę Ogłoszenia i OPW przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścił stosowną zmianę na swojej stronie internetowej,

c) przesunął termin składania wniosków o czas niezbędny na ich przygotowanie, z uwzględnieniem postanowień art. 90 ust. 2 ustawy Pzp,

d) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej.

5. 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 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy zmodyfikowane warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności w sposób nieproporcjonalny, Odwołujący nie ma możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu, spełniającego tak sformułowane warunki, pomimo posiadania wyjątkowo bogatego doświadczenia. Ponadto odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący może ponieść szkodę. Zamawiający gdyby postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo zmodyfikowałby warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia, tj. zgodnie z żądaniami uwzględnionego przez Zamawiającego w całości odwołania z dnia 19.07.2021 r., faktycznie umożliwiając odwołującemu udział w postępowaniu. Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który 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. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie 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.

6. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2021 r. pod numerem ogłoszenia 2021/S 159-419582. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 30 sierpnia 2021 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postanowień art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

7. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07 lipca 2021 r. pod numerem ogłoszenia 2021/S 129-341231. Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu, wraz z załącznikami, na stronie internetowej.

8. W dniu 19 lipca 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści Ogłoszenia oraz OPW, kwestionując zawarte w tych dokumentach wybrane kryteria kwalifikacji i selekcji wykonawców.

9. W dniu 18 sierpnia 2021 r. Zamawiający wystosował odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na 13 sierpnia 2021 r.), w której oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego:

a. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej pkt 8.1.4.1.

i 8.1.4.2.

b. kryterium selekcji opisanego w pkt 9.2.1.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o dokonaniu modyfikacji treści w/w warunków i kryteriów selekcji, wskazując precyzyjnie ich nowe brzmienie;

W dniu 18 sierpnia 2021 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2021/S 159-419582, została opublikowana zmiana Ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana Ogłoszenia o zamówieniu dotyczyła w szczególności warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów kwalifikacji i została zamieszczona pod adresem:

Modyfikacja postanowień Ogłoszenia i OPZ została jednocześnie, tj. w dniu 18 sierpnia 2021 zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego pod adresem: KZP

[https://bip.uml.\[odz.pl/urząd-miasta/przetarqi/zamowjenia-publiczne-powvzejU30000](https://bip.uml.[odz.pl/urząd-miasta/przetarqi/zamowjenia-publiczne-powvzejU30000)

euozamowienia-o-wartosci-przekraczaiacei-kwote-130-000edgepublicorderededgepublicorder
order%5Baction%5D=show&tx edgepublicorder

W dniu 23 sierpnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie u umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt: 2169/21), w związku z uwzględnieniem zarzutów w całości przez zamawiającego, a następnie zniósł wyznaczony na dzień 25.08.2021 r. termin posiedzenia w sprawie KIO 2169/21.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem 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 określenie zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.

1. Jak już wyżej wskazano, zamawiający w dniu 18 sierpnia 2021 r. poinformował, iż zmienia treść Ogłoszenia o zamówieniu wraz z załącznikami, w wymienionych poniżej punktach i zakresie, w następujący sposób, cyt.: Ogłoszenie o zamówieniu wraz z załącznikami (w tym Opiszem Potrzeb i Wymagań oraz Instrukcją Postępowania), w zakresie n/w punktów otrzymującej brzmienie:

sekcja III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, akapity rozpoczynające się od 8.1.4.1 i

8.1.4.2, otrzymującej brzmienie: Kryteria Kwalifikacji opisane w punktach 8.1.4.1 i 8.1.4.2 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania oraz w Uwagach, otrzymującej poniższe brzmienie,

8.1.4.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku biurowego o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

8.1.4.2 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki biurowe o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

Uwagi 8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie nie pogorszonym z uwzględnieniem normatywnego

zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli) bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych, sekcja 11.2.9) Ogłoszenia o zamówieniu, akapit rozpoczynający się od 9.2.1, tiret 1 i tiret 2, otrzymują poniższe brzmienie,

Kryteria Selekcji opisane w punkcie 9.2.1, tiret 1 i tiret 2 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania, otrzymują poniższe brzmienie,

9.2.1 Zamawiający przyzna Wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w Kryteriach Kwalifikacji:

- 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy— w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku biurowego powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych Wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów.

- 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki biurowy/e o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy. Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług Wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów.

W tym celu Wykonawca przedłoży wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Wykaz Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia i Wykaz Usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia.

2. Analizując dokonane przez Zamawiającego modyfikacje postanowień Ogłoszenia i OPW wskazać należy, iż Zamawiający m.in. usunął z kryterium kwalifikacji oraz kryterium selekcji wymaganie budynku „biurowego”, pozostawiając wymóg dotyczący odpowiednio „powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót” oraz „łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m²”, a ponadto wprowadził definicję „zarządzania nieruchomością”

Odwołujący podnosi, iż to właśnie ww. elementy zmodyfikowanych postanowień Ogłoszenia oraz OPW są kwestionowane przez Odwołującego i stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania.

3. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymogu wykazania się przez wykonawcę co najmniej dwoma robotami budowlanymi (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót, w pierwszej kolejności należy podnieść, iż Zamawiający dokonał w tym zakresie pozornego uwzględnienia pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego. Samo bowiem wykreślenie z kryterium kwalifikacji oraz kryterium selekcji pojęcia „biurowego” niczego nie zmienia, gdyż pozostawiony nadal wymóg (warunek) przeznaczenia powierzchni użytkowej o wielkości min. 10 000 m² na funkcję biurową oznacza, że jest to de facto budynek biurowy. Identycznie rzecz się ma z wymogiem wykazania się przez wykonawcę co najmniej jedną usługą w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy. Również w tym wypadku Zamawiający dokonał jedynie pozornego uwzględnienia pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego. Samo bowiem wykreślenie z kryterium kwalifikacji oraz kryterium selekcji pojęcia „biurowego” niczego nie zmienia, gdyż pozostawiony nadal wymóg (warunek) przeznaczenia powierzchni użytkowej o wielkości min. 14 000 m² na funkcję biurową oznacza, że jest to de facto budynek biurowy/budynki biurowe.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z postanowieniami § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia przedmiotem przedsięwzięcia objętego niniejszym postępowaniem pn. „Zaprojektowanie, wybudowanie i eksploatacja nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro” jest w szczególności:

— zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie budynkiem nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi oraz wydzielonej tzw. „komercyjnej części budynku”, — zaprojektowanie, wybudowanie i ewentualna eksploatacja parkingu podziemnego,

— zaprojektowanie i zagospodarowanie płyty rynku Kobro,

— zaprojektowanie i wybudowanie układu dróg dojazdowych niezbędnych dla prawidłowej obsługi wymienionych powyżej obiektów,

— włączenie inwestycji do istniejącego układu drogowego, — sfinansowanie ww. zadań inwestycyjnych.

W planowanym obiekcie znajdzie się szereg pomieszczeń o innej funkcji niż biurowe, np. sala Bezpośredniej Obsługi Mieszkańca, sale narad, sale konferencyjne, szatnie dla co najmniej 150 pracowników, lokal gastronomiczny, budynkowi będą towarzyszyć miejsca parkingowe dla klientów i pracowników (patrz: Załącznik nr 7 do Regulaminu Konkursu Opis wymagań dla budynku UMiŁ), co jednoznacznie wskazuje, iż jest to budynek użyteczności publicznej, a nie budynek biurowy. Także i z funkcji obiektu wynika, iż mieści się on w definicji budynku użyteczności publicznej, jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej.

Dalej Odwołujący wskazuje, że wszystkie budynki użyteczności publicznej objęte są tymi samymi regulacjami dotyczącymi sposobów i warunków ochrony przeciwpożarowej budynków, tj. przepisami Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 czerwca 2010 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów.

Wskazać dodatkowo należy, że wiele obiektów użyteczności publicznej posiada pomieszczenia często o bardziej skomplikowanej technologii i nasyceniu instalacjami niż „zwykłe” budynki biurowe.

Mając powyższe na względzie wskazać należy, że sformułowanie prawidłowych warunków udziału w postępowaniu wymaga odpowiedniego wyważenia oraz umożliwienia stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do danego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który posiada określoną przeszłość zawodową wykona obecny przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że zadania, jakimi ma wylegitymować się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarówno pierwotne, jak i pozornie zmodyfikowane w dniu 18.08.2021 r. brzmienie warunku udziału w postępowaniu, bezpodstawnie dyskwalifikuje z udziału w postępowaniu Odwołującego, który w przeszłości zrealizował wiele budynków użyteczności publicznej, często nawet o większej powierzchni oraz wyższym stopniu skomplikowania niż w przedmiotowym zamówieniu, jednak żadna ze zrealizowanych przez niego inwestycji nie posiada wymaganego przez Zamawiającego zakresu w postaci powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m². Nie ma też żadnego uzasadnienia wymóg (warunek) dotyczący usługi w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej

powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 gdy nie ma żadnej specyfiki zarządzania takimi nieruchomościami. Zarządzanie budynkami biurowymi nie różni się niczym istotnym od zarządzania budynkami użyteczności publicznej czy innymi rodzajami budynków.

Z tych względów Odwołujący wnosi o zmianę ww. zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium selekcji (Kryteria Kwalifikacji opisane w punktach 8.1.4.1 i

8.1.4.2 oraz Kryteria Selekcji opisane w punkcie 9.2.1) i usunięcia z ich treści wymagania dotyczącego odpowiednio powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² oraz łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m².

Odwołujący nadmienia jednocześnie, że zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia i OPW Zamawiający w sekcji Zdolności zawodowe — sekcja 111.1 .3 Ogłoszenia, p.pkt 8.1.4.3.1 i

8.1.4.3.2, sformułował wymóg, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się dysponowaniem odpowiednimi osobami — ekspertami technicznymi tj. projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m². Oznacza to, że także warunek zdolności zawodowej samego wykonawcy może zostać opisany z pominięciem wzmaganie dotyczącego powierzchni na funkcję biurową.

Dzięki proponowanej przez Odwołującego zmianie Zamawiający niewątpliwie umożliwi uczestniczenie w niniejszym postępowaniu większej liczbie doświadczonych wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych

budynków użyteczności publicznej. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

4. Odnosząc się natomiast do wprowadzonej w dniu 18.08.2021 r. do treści Ogłoszenia oraz OPW definicji „zarządzania nieruchomością”, cyt.:

„8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych”

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z brzmieniem pkt 11.2.4 Ogłoszenia i pkt 3 OPW celem niniejszego przedsięwzięcia jest:

„- zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie budynkiem nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi oraz wydzielonej tzw. „komercyjnej części budynku”, KZP

- zaprojektowanie, wybudowanie i ewentualna eksploatacja parkingu podziemnego, zaprojektowanie i zagospodarowanie płyty rynku Kobro”.

Zamawiający zaznacza jednak dalej: „...Uszczegółowienie wskazanego powyżej przedmiotu przedsięwzięcia będzie przedmiotem negocjacji i zostanie zawarte w zaproszeniu do składania ofert. a następnie w treści OPW wskazuje: „...zakładany model realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego uwzględnia możliwość pobierania pożytków z jednego obiektu. ”

Odwołujący podkreśla, że w ramach prowadzonego dialogu konkurencyjnego przedmiot postępowania będzie podlegał negocjacjom. W ocenie Odwołującego wszyscy zakwalifikowani do dialogu konkurencyjnego wykonawcy mogą nie wyrazić zgody na proponowany przez Zamawiającego zakres: zarządzanie obiektami czy też pobieranie pożytków z jednego z wybudowanych obiektów. Dialog konkurencyjny może więc zakończyć się wprowadzeniem do SWZ, na etapie zaproszenia do składania ofert, wymogu nie zarządzania, a wyłącznie utrzymania technicznego wybudowanych obiektów przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i z którym zostanie zawarta

umowa. Z tych względów, w ocenie Odwołującego, wprowadzona przez Zamawiającego definicja „zarządzanie nieruchomością” jest zbyt rygorystyczna na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kiedy to Zamawiający nie ukształtował jeszcze postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia i nie wie, czy i jaki zakres zarządzania / utrzymania zostanie przewidziany w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający powinien ograniczyć swoje wymagania do niezbędnego minimum, tj. usługi utrzymania technicznego budynku, obejmujące dokonywanie konserwacji, napraw, remontów, usuwania usterek, wymiany uszkodzonych bądź zużytych elementów a ponadto monitorowanie stanu technicznego budynku.

Z tych względów Odwołujący wnosi o zmianę treści Ogłoszenia oraz OPW poprzez:

a) usunięcie wprowadzonej w dniu 18.08.2021r. definicji „zarządzanie nieruchomością”, KZP

b) wprowadzenie w kryterium kwalifikacji (8.1.4.2) zapisu: „Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę utrzymania technicznego budynku, obejmującą dokonywanie konserwacji, napraw, remontów, usuwania usterek, wymiany uszkodzonych bądź zużytych elementów a ponadto monitorowanie stanu technicznego budynku, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.” oraz wprowadzenie w kryterium selekcji (9.2.1 — Wykaz usług załącznik SB) zapisu: 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie utrzymania technicznego budynku, obejmującą dokonywanie konserwacji, napraw, remontów, usuwania usterek, wymiany uszkodzonych bądź zużytych elementów a ponadto monitorowanie stanu technicznego budynku, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy. Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług Wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów. ”.

5. Odwołujący podkreśla, że proponowane powyżej zmiany treści Ogłoszenia i OPW otworzą i zwiększą konkurencyjność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwią uczestnictwo w przetargu wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i będą skutkować otrzymaniem przez Zamawiającego ofert cenowych na konkurencyjnym poziomie.

Nadto, proponowane powyżej brzmienie warunków i postanowień Ogłoszenia oraz OPW, inaczej niż aktualne, zmodyfikowane przez Zamawiającego wymagania (Kryteria Kwalifikacji, Kryteria Selekcji), nie będzie nikogo dyskryminować.

6. Oczywiście jest, iż Zamawiający jako gospodarz postępowania może formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania. Zamawiający nie może jednak zapominać o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowaniu zasad niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikaniu sztucznego zawężania konkurencyjności.

W świetle art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu”. Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne.

Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także - według Odwołującego - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali tożsamy przedmiot zamówienia.

Za poglądami doktryny stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się

zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

Odwolujący zwraca uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia, jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

„Ustawodawca ogranicza (...) swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art 7 ust. 1 Pzp), wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakiś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału. W wielu jednak przypadkach, zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem, muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją, będą w stanie faktycznie wykonać takie zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelne zasady zamówień publicznych oraz interesy zamawiających, dopuszcza się badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13, Legalis).

Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, tak więc zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2019).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych wykonawcy w zakwestionowanym zakresie, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady

proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu, stwierdzić należy, co następuje.

7. Jak wskazano w opisie stanu faktycznego niniejszej sprawy, w dniu 19.07.2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści Ogłoszenia oraz OPW, kwestionując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (kryteria kwalifikacji - pkt 8.1.4.1. i 8.1.4.2) oraz postanowienia dotyczące kryterium selekcji (pkt 9.2.1.).

Odwołujący w treści odwołania, przy każdym z kwestionowanych punktów, sformułował precyzyjnie swoje żądania, wskazując, w jaki sposób Zamawiający ma ukształtować treść kryterium kwalifikacji oraz kryterium selekcji.

Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2021 r. przesłał Odwołującemu odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na 13 sierpnia 2021 r.), w której oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego:

a) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej pkt 8.1.4.1. i 8.1.4.2,

b) kryterium selekcji opisanego w pkt 9.2.1.

Ponieważ Odwołujący nie formułował w treści pierwszego odwołania zarzutów dotyczących innych punktów, niż przywołane przez Zamawiającego w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania, złożone przez Zamawiającego oświadczenie należało odczytać jako uwzględnienie odwołania w całości. Do analogicznych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza, która postanowieniem z dnia 23 sierpnia 2021 r (sygn. akt: 2169/21) umorzyła postępowanie odwoławcze.

8. Stosownie do przepisu art. 522 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,

Tymczasem jak wynika z pisma Zamawiającego pt. „Zmiana treści Ogłoszenia o zamówieniu wraz z załącznikami”, datowanego na 13.08.2021 r. a opublikowanego 18.08.2021r., oraz odpowiedzi na odwołanie (pismo datowane na 13.08.2021 r., przekazane Odwołującemu 18.08.2021 r.) Zamawiający pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania wykonał czynności w odmienny sposób niż żądał tego Odwołujący w pierwszym odwołaniu. Innymi słowy, modyfikacja treści Ogłoszenia i OPW nastąpiła niezgodnie z żądaniami odwołania.

W zaistniałej sytuacji, w szczególności wobec umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w sprawie KIO 2169/21 i braku możliwości kontynuowania pierwszego postępowania odwoławczego, wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia Ogłoszenia oraz OPW w sposób, który nadal narusza powołane w niniejszym odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Powyższe działanie Zamawiającego potwierdza jednoznacznie, że Zamawiający nie uwzględnił żądań odwołania, a te działania, jakie w celu modyfikacji postanowień Ogłoszenia i OPW zostały podjęte, miały jedynie charakter iluzoryczny, co potwierdza pozorność wykonania tych żądań.

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2175/16 „Powołany przepis [Aft. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., aktualnie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp — przyp. Odwołującego] ma znaczenie zarówno dla postępowania odwoławczego, jak i samej procedury udzielenia zamówienia. W tym pierwszym aspekcie uwzględnienie zarzutów odwołania w całości powoduje umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów postępowania, o ile

zamawiający oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania złożył przed otwarciem rozprawy. Zdanie drugie art. 186 ust. 2 Pzp odnosi się jednak bezpośrednio do postępowania o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Izby wyrażany jest pogląd, że zamawiający nie musi literalnie wykonywać wszystkich czynności, do których zobowiązał się uwzględniając odwołanie. Dostrzec jednak trzeba, że pogląd ten wyrażany był odniesieniu się do sytuacji, w której część żądań odwołującego jest niedopuszczalna. przykładowo żądanie udzielenie zamówienia odwołującemu, lub nieadekwatna do stanu postępowania o udzielenie zamówienia. przykładowo żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. f pkt 4 Pzp, gdy wykonawca nie był wzywany do wyjaśnienia elementów oferty/V mających wpływ na jej cenę (vide: Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr f8, teza 170 str. 153f 54),

Zdaniem Odwołującego, powołane orzeczenie jest aktualne także na gruncie przepisów ustawy Pzp i podnoszonego w niniejszym odwołaniu zarzutu naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 21 października 2021 roku

Zamawiający wnoszą o oddalenie odwołania w całości, nie zgadza się z zarzutami odwołania w całości. Odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów zamawiający wyjaśnia:

1. zarzut naruszenia art.16 pzp oraz art. 17 pzp z naruszeniem art. 112 ust. 1 pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust.2 pkt. 4 pzp w związku z art. 116 ust. 1 przez określenie zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia:

Z treści uzasadnienia odwołania wynika, iż odwołujący nie zgadza się z treścią warunku udziału postępowania oraz kryterium selekcji w zakresie wymaganej powierzchni biurowej oraz w odniesieniu do definicji pojęcia „zarządzania”:

8.1.4.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

8.1.4.2 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych.

Odwołujący stawiając zarzuty odwołania podkreśla, iż opisane powyżej warunki oraz kryteria kwalifikacji w zakresie wymogu doświadczenia w budowie oraz zarządzaniu:

1. budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót,

2. usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy, stanowią wymogi nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Przewidziana w art. 16 pkt.3, art. 17 ust. 1 oraz art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 pzp

zasada proporcjonalności sprowadza się do zapewnienia przez zamawiającego należytej staranności polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę — tak: wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl. Zachowanie więc zasady proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców. Dokonując analizy orzecznictwa TSUE odnoszącego się do kwestii proporcjonalności dochodzi się do wniosku, że proporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to tyle, co warunek nienadmierny, proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to nakładający takie wymagania, które służą spełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego, proporcjonalne kryteria oceny ofert to takie, które służą jedynie osiągnięciu wyboru oferty najkorzystniejszej, itp. W wyroku z 16.09.1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999/8—9A, s. I5585, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECR 2005/1 OB, s. 1-09315, Trybunał Sprawiedliwości uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższą analizę pojęcia proporcjonalności na okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy na następujące kwestie wskazujące, iż zamawiający nie naruszył tej zasady stawiając zakwestionowane warunki udziału i kryteria selekcji w zakresie i wielkości powierzchni biurowej:

1. przede wszystkim zgodnie z pkt. 3 opisu potrzeb i wymagań oraz instrukcji postępowania przedmiotem przedsięwzięcia jest:

a. zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie budynkiem nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi oraz wydzielonej tzw. „komercyjnej części budynku”;

b. zaprojektowanie, wybudowanie i ewentualna eksploatacja parkingu podziemnego;

c. zaprojektowanie i zagospodarowanie płyty rynku Kobro;

d. zaprojektowanie i wybudowanie układu dróg dojazdowych niezbędnych dla prawidłowej

e. obsługi wymienionych powyżej obiektów;

f. włączenie inwestycji do istniejącego układu drogowego;

g. sfinansowanie ww. zadań inwestycyjnych.

Natomiast zgodnie z definicją przedsięwzięcia zawartą w pkt. 1 ppkt. 8 dotyczy ono przedsięwzięcia polegającego w szczególności na zaprojektowaniu, wybudowaniu i eksploatacji nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniu i zagospodarowaniu płyty rynku Kobro.

Przedstawione powyżej zapisy wskazują, iż głównym celem postępowania jest zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie budynkiem nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi. Pozostałe zakresy przedmiotu postępowania stanowią elementy uzupełniające do tego przedmiotu, przeznaczone do obsługi nowego budynku Urzędu Miasta Łodzi. Tym samym w ramach oceny proporcjonalności stawianych warunków należy mieć na uwadze opisany powyżej główny cel postępowania tj. zapewnienie zaprojektowania, wybudowania i zarządzania budynkiem przeznaczonym pod nową siedzibę UMiŁ.

Dlatego też podstawą formułowania warunków udziału oraz kryteriów selekcji jest właśnie opisany powyżej główny cel postępowania polegający na zapewnieniu nowej siedziby UMiŁ.

2. nie ulega wątpliwości, iż przeznaczenie budynku jako siedziby UMiŁ wiąże się z zapewnieniem powierzchni biurowych. Wbrew twierdzeniom odwołującego postawione w warunku udziału oraz kryterium selekcji żądanie posiadania doświadczenia w budowie budynku, w którym powierzchnia biurowa wynosi 10.000 m² (warunek nr 8.1.4.1 i kryterium selekcji 9.2.1) oraz 14.000 m² (warunek nr 8.1.4.2 i kryterium selekcji 9.2.1) nie narusza zasady proporcjonalności, bowiem znajdują one swoje uzasadnienie w oczekiwaniach zamawiającego dotyczących projektowanego przedsięwzięcia tj. powierzchni biurowej jaką ma posiadać budynek przeznaczony pod nową siedzibę UMiŁ.

Na etapie konkursu architektoniczno-urbanistyczny pn. „Nowy Ratusz w Łodzi”—dokumenty dostępne pod adresem: <https://bip.uml.lodz.pl/ostatniododane/artukul/konkursarchitektoniczno-d37958/2020/12/2/> zamawiający w załączniku nr 7 do regulaminu w/w konkursu zamawiający wskazał: Budynek przeznaczony na nową siedzibę Urzędu Miasta Łodzi (dalej: UMiŁ) winien spełniać następujące założenia:

a) łączna powierzchnia wszystkich pomieszczeń biurowych powinna wynieść ok. 15 000 m² powierzchni użytkowej i powinna obejmować:

- salę Bezpośredniej Obsługi Mieszkańca zlokalizowaną na parterze oraz pierwszym piętrze budynku, obsługującej dziennie ok. 3 500 klientów, która podzielona byłaby na część obsługową ze stanowiskami pracy typu "front office") oraz wydzieloną część dla mieszkańców tzw. poczekalnię. Część obsługowa sali powinna znajdować się na parterze budynku i umożliwiać pracę na łącznie 150 stanowiskach pracy. W przypadku gdyby nie możliwe byłoby zaprojektowanie wszystkich stanowisk „front Office” na parterze, dopuszcza się ich zlokalizowanie także na I piętrze budynku. W takim przypadku liczba stanowisk front Office powinna wynieść na parterze 100 a na piętrze 50. Dostęp dla mieszkańców do części obsługowej byłby możliwy wyłącznie dla osób, które pobiorą bilet z systemu kolejkowego i zostaną przywołane do stanowiska obsługowego. Mieszkańcy zamierzający załatwić sprawę przy stanowisku bezpośredniej obsługi oczekiwaliby na przywołanie w poczekalni mieszczącej się na parterze, a w sytuacji rozmieszczenia stanowisk front Office na dwóch kondygnacjach, w dodatkowej poczekalni znajdującej się na I piętrze budynku. Poczekalnia/poczekalnie winny zostać wyposażone w ławki lub krzeselka w liczbie umożliwiającej oczekiwanie na przywołanie na parterze oraz na piętrze budynku dla co najmniej 400 osób,

- sale narad o powierzchni 30 m², sale konferencyjne o powierzchni od 50 m² do 150 m².

Wszystkie sale powinny mieć możliwość ich tymczasowego podziału

- przestrzeń reprezentacyjną, tj. gabinety: Prezydenta Miasta Łodzi, Wiceprezydentów powierzchnię back Office (pomieszczenia biurowe jednoosobowe, dwuosobowe, trzyosobowe oraz czteroosobowe, pomieszczenia typu "open space " umożliwiające pracę od 5 do 16 pracowników),

b) w budynku powinno funkcjonować co najmniej 6 szybkieżnych wind, które w godzinach porannych, jeszcze przed rozpoczęciem pracy, powinny w bardzo szybkim czasie umożliwić pracownikom dotarcie na poszczególne piętra budynku do swoich miejsc pracy oraz w pierwszej godzinie od otwarcia urzędu umożliwić interesantowi jak najszybsze dotarcie do urzędnika rozpatrującego jego sprawę.

c) umożliwić płynną obsługę ok. 3 500 klientów urzędu dziennie

d) na parterze budynku lub poziomie -1 winna być zlokalizowana szatnia dla pracowników Sali Bezpośredniej Obsługi umożliwiająca przechowanie odzieży co najmniej 150 pracowników.

W pobliżu szatni powinno znajdować się wejście do co najmniej 3 wind.

e) powierzchni biurowej powinny towarzyszyć miejsca parkingowe dla klientów oraz pracowników UMŁ

f) liczba stanowisk pracy powinna być zaprojektowana dla ok. 1 500 pracowników

g) na parterze budynku powinna zostać wyodrębniona powierzchnia z przeznaczeniem na lokal gastronomiczny, w którym możliwe byłoby spożywanie gorących posiłków zarówno przez pracowników, klientów urzędu oraz pozostałych mieszkańców

h) być wyposażony w meble i infrastrukturę informatyczną niezbędną dla funkcjonowania UMŁ

i) powinien być połączony linią światłowodową o zdefiniowanych parametrach z siedzibą Łódzkiego Ośrodka Geodezji. Miasto udostępni elementy sieci światłowodowej stanowiące własność Miasta Łodzi,

j) wszystkie przestrzenie i stanowiska pracy, powinny być dostępne dla niepełnosprawnych klientów w szczególności dla osób o niepełnosprawności ruchowej, niewidomych, niedowidzących, głuchoniemych oraz umożliwiać pracę niepełnosprawnym pracownikom urzędu.

Dodatkowo w załączniku tym zamawiający wskazał:

Planowana struktura funkcjonalna budynku

Budynek ma spełniać przede wszystkim funkcje biurowo-usługowe, w których realizowana byłaby bezpośrednia obsługa mieszkańców oraz byłyby prowadzone postępowania administracyjne. (...) Marginalny procent powierzchni użytkowej planowanej inwestycji powinno zająć pomieszczenie usługowe przeznaczone na lokal gastronomiczny, dostępny zarówno z komunikacji wewnętrznej jak i z zewnątrz budynku

Tabela powierzchni

Łączna powierzchnia użytkowa 17 906 m² (bez parkingu) z zastrzeżeniem pkt 5.6.3 oraz 5.6.4.

Przedmiotowe zapisy regulaminu konkursu w sposób nie budzący wątpliwości, iż przewidywana powierzchnia biurowa w budynku przeznaczonym pod siedzibę UMŁ wyniesie ok. 15.000 m². Zamawiający w ramach Informacji dodatkowej w Opisie Potrzeb i wymagań oraz instrukcji postępowania wskazał: „Podmiot Publiczny przeprowadził konkurs architektoniczno-urbanistyczny pn. „Nowy Ratusz w Łodzi”, którego przebieg i wyniki dostępne są na stronie internetowej, pod adresem:

id37958/2020/ 12/2”

Tym samym wszystkim wykonawcom znana była szacowana powierzchnia przestrzeni biurowej nowej siedziby UMŁ.

Mając na uwadze cel postępowania i zakres przedsięwzięcia, oczekiwaną przez zamawiającego wielkość powierzchni biurowej postawienie wymogu by wykonawca posiadał doświadczenie w budowie i zarządzaniu budynkiem, gdzie wielkość powierzchni wynosiła odpowiednio 10.000 m² (warunek nr 8.1.4.1 i kryterium selekcji 9.2. I) oraz 14.000 m² (warunek nr 8.1.4.2 i kryterium selekcji 9.2.1) nie stanowi warunku nieproporcjonalnego w stosunku do oczekiwanej przez zamawiającego wielkości powierzchni biurowej na poziomie 15.000 m².

3. Dokonana zmiana warunku i kryterium selekcji polegająca na rezygnacji z doświadczenia w budowie i zarządzaniu budynkiem biurowym na doświadczenie w budowie i zarządzaniu budynkiem, w którym znajduje się powierzchnia biurowa o powierzchni odpowiednio 10.000 m² (warunek nr 8.1.4.1 i kryterium selekcji 9.2. I) oraz 14.000 m² (warunek nr 8.1.4.2 i kryterium selekcji 9.2. I) stanowiło rozszerzenie warunku udziału o nowy krąg potencjalnych

wykonawców. Wynika to z faktu, iż zamawiający celowo zrezygnował z definicji budynku biurowego i posłużył się wyłącznie pojęciem budynku. Tym samym dopuszczalne było doświadczenie w budowie oraz zarządzaniu każdego rodzaju budynkiem tj. mieszczą się w tym pojęciu nie tylko budynki użyteczności publicznej, lecz również np. budynki mieszkalne. Jedynym ograniczeniem było postawienie wymogu by w takim budynku znajdowała się powierzchnia biurowa o wskazanej powierzchni w warunku i kryterium. Postawienie wymogu dotyczącego wymaganej powierzchni biurowej nie jest oderwane od opisu przedmiotu przedsięwzięcia, potrzeb zamawiającego, wręcz przeciwnie dotyczy bezpośrednio przedmiotu przedsięwzięcia. Również podana wielkość oczekiwanej powierzchni pozostaje w ścisłym związku z planowaną powierzchnią biurową w budynku nowej siedziby UML, którą zamawiający określił na ok. 15.000 m². Nie można więc zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że taki wymóg dotyczący doświadczenia w budowie i zarządzaniu budynkiem, w którym powierzchnia biurowa wynosiła odpowiednio 10.000 m² (warunek nr 8.1.4.1 i kryterium selekcji 9.2.1) oraz 14.000 m² (warunek nr 8.1.4.2 i kryterium selekcji 9.2.1) jest oczekiwaniem nieproporcjonalnym, nie znajdującym potwierdzenia w potrzebach zamawiającego.

4. podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający dopuszcza każdy rodzaj budynku byleby miał odpowiednio 10.000 m² (warunek nr 8.1.4.1 i kryterium selekcji 9.2.1) oraz 14.000 m² (warunek nr 8.1.4.2 i kryterium selekcji 9.2.1) powierzchni biurowej. Co oznacza, że może to być każdy „zwykły budynek biurowy”, inny budynek użyteczności publicznej, jak również każdy inny budynek, który będzie posiadać wymaganą wielkość powierzchni biurowej.

5. zamawiający dokonał analizy występujących na rynku realizacji w celu ustalenia czy postawiony przez niego wymóg doświadczenia w budowie i zarządzaniu budynków o wielkości wskazanej w postępowaniu jest możliwy do spełnienia przez potencjalnych wykonawców. Analiza wykazała, iż w samej Łodzi takich inwestycji było co najmniej 8, zaś w skali kraju, razem z Łodzią, było co najmniej 41. Powyższa okoliczność potwierdza twierdzenie zamawiającego, iż postawiony w tym zakresie warunek nie narusza zasady proporcjonalności oraz nie ogranicza potencjalnego kręgu wykonawców zainteresowanych tym postępowaniem. Dowód zestawienie realizacji.

Odnosząc się do zarzutu nieproporcjonalności wymagania dotyczącego definicji zarządzania zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu. Przedmiotem przedsięwzięcia jest zarządzanie nieruchomością. Zamawiający definiując pojęcie zarządzania wskazał jakiego rodzaju czynności mają wchodzić w zakres tych czynności. Podkreślić należy, iż zamawiający dopuszcza wniesienia do przedsięwzięcia jako elementu wynagrodzenia partnera prywatnego wniesienie nieruchomości enumeratywnie wymienionych w opisie potrzeb i wymagań. Tym samym doświadczenie w zarządzaniu budynkiem w zakresie zdefiniowanym w warunku udziału będzie miało szczególne znaczenie dla zagospodarowania i zarządzania tymi nieruchomościami stanowiącymi element wynagrodzenia wykonawcy. Dlatego też postawienie warunku udziału i kryterium kwalifikacji przy takim pojęciu zarządzania nie narusza zasady proporcjonalności, jak również z uwagi na wyspecyfikowane inwestycje w Polsce pokazuje, że zarządzanie budynkiem nie stanowi jakiegokolwiek nadzwyczajnej okoliczności.

Podkreślić również należy, iż definicja zarządzania została wprowadzona w odpowiedzi na wnioski wykonawców złożone w toku postępowania:

1. wyjaśnienia z 13.08.2021:

Pytanie 5

Nazwa niniejszego przedsięwzięcia odnosi się do zaprojektowania, wybudowania zarządzania nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi. Wnosimy o potwierdzenie, iż pod pojęciem „zarządzania nową siedzibą Urzędu Miasta Zamawiający rozumie utrzymanie techniczne (tzw. facility management) obejmujące w szczególności nadzór techniczny, naprawy, remonty, sprzątanie, ochronę, konserwację wyłączając z tego świadczenie usług komercyjnych na takim obiekcie. W opinii kandydata w ramach tego rodzaju przedsięwzięcia, w którym wynagrodzenie oparte jest na opłacie za dostępność utrzymanie techniczne zrealizowanej infrastruktury powinno być głównym zadaniem Partnera Prywatnego w okresie eksploatacji.

Odpowiedź

Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w

postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych. Zakres usługi „zarządzania nieruchomością” objętej umową o PPP zostanie doprecyzowany na etapie negocjacji i zostanie opisany w zaproszeniu do składania ofert oraz SWZ.

Pytanie 9

Dotyczy OPIW pkt 8.1.4.2

Prosimy o potwierdzenie, że przez usługę w zakresie zarządzania nieruchomością wymaganą na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i w ramach obiektywnych kryteriów wyboru ograniczonej liczby kandydatów) Zamawiający rozumie usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych.

Odpowiedź

Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych. Zakres usługi „zarządzania nieruchomością” objętej umową o PPP zostanie doprecyzowany na etapie negocjacji i zostanie opisany w zaproszeniu do składania ofert oraz SWZ.

Z udzielonych odpowiedzi jednoznacznie wynika, że dla potrzeb oceny spełnienia warunku udziału i kryterium kwalifikacji Zamawiający nie wymaga doświadczenia w pobieraniu pożytków z zarządzanych budynków, gdyż dokładnie jak wskazał Odwołujący, ostateczny zakres przedmiotu postępowania będzie podlegał negocjacom prowadzonym w ramach niniejszego postępowania i zostanie sprecyzowany na etapie zaproszenia do składania ofert. Powyższy zarzut wynika najprawdopodobniej z niezrozumienia przez Odwołującego treści Ogłoszenia ze zmianami i udzielonych wyjaśnień, w szczególności w zakresie przedmiotowej definicji.

W ocenie odwołującego przedstawiona przez odwołującego argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Wynika to z faktu, iż stawiane warunki udziału i kryteria kwalifikacji znajdują swoje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia oraz głównym celu tego postępowania. Podkreślić należy, iż wynikający z tej zasady „nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego” — tak: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Jak wyżej zostało wyjaśnione postawione warunki i kryteria mają swoje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego, są adekwatne do wskazanego celu postępowania, a tym samym została zachowana równowaga pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców.

Wobec powyższego wnoszę o oddalenie przedmiotowych zarzutów w całości.

II. zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 pzp poprzez niewykonanie czynności w o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r., pomimo uwzględnienia odwołania w całości:

Zamawiający wskazuje, iż w odpowiedzi na odwołanie wniesione w dniu 19.07.2021r.

uznając odwołanie w całości dokonał jednocześnie modyfikacji warunków udziału w następującym zakresie:

- ✓ sekcja III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, akapity rozpoczynające się od 8.1.4.1 i 8.1.4.2, otrzymują poniższe brzmienie,
- ✓ Kryteria Kwalifikacji opisane w punktach 8.1.4.1 i 8.1.4.2 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania, otrzymują poniższe brzmienie,

8.1.4.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

8.1.4.2 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

Uwagi

1-7 (..)

8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych.

- ✓ sekcja II.2.9) Ogłoszenia o zamówieniu, akapit rozpoczynający się od 9.2.1, tiret 1 i tiret 2, otrzymują poniższe brzmienie,
- ✓ Kryteria Selekcji opisane w punkcie 9.2.1, tiret 1 i tiret 2 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania, otrzymują poniższe brzmienie,

9.2.1 Zamawiający przyzna Wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w Kryteriach Kwalifikacji:

- 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku
- powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych Wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów.

- 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek / budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług Wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów.

W tym celu Wykonawca przedłoży wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Wykaz Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia i Wykaz Usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia.

Dokonując odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał w jego treści jednocześnie zakres w jaki sposób dokonuje modyfikacji warunków udziału i kryterium selekcji. Odwołujący nie zakwestionował powyższej odpowiedzi na odwołanie, jak również nie zaskarżył postanowienia o umorzeniu postępowania wydanego przez KIO w dniu 23 sierpnia 2021 r. w

sprawie Sygn. akt KIO 2169/21.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 pzp w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślić należy, że ustawodawca posługuje się pojęciem uwzględnienia "zarzutów odwołania", a nie odwołania. Oznacza to, że jeżeli zamawiający w związku z wniesionym odwołaniem uzna odwołanie, to uprawniony jest do podjęcia tylko takich działań jakie są zgodne z przepisami prawa. Postanowienie powyższego przepisu nie uległy zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego przepisu art. 186 nieobowiązującego pzp. Krajowa Izba Odwoławcza pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy wypracowała pogląd, iż obowiązek wykonania przez zamawiającego żądania odwołania w następstwie uwzględnienia odwołania obejmuje tylko takie żądania, które są zgodne z właściwymi przepisami prawa materialnego regulującymi czynność lub zaniechanie objęte uwzględnionym odwołaniem. W wyroku 8.09.2020 r., sygn. akt KIO 1712/20, KIO wskazała: "zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie uwzględnienie zarzutów odwołania nie zobowiązuje zamawiającego do wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu. Zamawiający prowadząc postępowanie, po uwzględnieniu zarzutów odwołania unieważnia, powtarza albo wykonuje kolejne czynności tak, aby procedura odpowiadała ustawie, co nie zawsze jest tożsame z żądaniami odwołania". Warto także odwołać się do treści wyroku KIO z 17.06.2019 r., sygn. akt KIO 1022/19, który pozostaje aktualny z uwagi na podobne brzmienie art. 522 ust. 1 nowego pzp przepisów do regulacji art. 186 starego pzp. W wyroku tym Izba stwierdziła, że przepisy w sposób jasny i precyzyjny określają, że zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez zamawiającego, tj. musi zostać złożone przez zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Uwzględnienie zarzutów odwołania jest prawem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, a żaden przepis obowiązującej wówczas ustawy, jak i obecnie p.z.p., nie zabrania zamawiającemu dokonywać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności. KIO potwierdziła także coś istotnego z punktu widzenia odpowiedzi na pytanie, ponieważ uznała, że na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zasługuje na jakąkolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie - ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Z uwagi na podobieństwo przepisów zawartych w p.z.p. jest to ważne stwierdzenie z punktu widzenia ewentualnego unieważnienia postępowania. W wyroku z 16.01.2020 r. (KIO 2628/19, LEX nr 2923335) KIO wyraziła zaśluguje na pełną aprobatę pogląd, że „Zamawiający, dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 starego p.z.p., a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 starego p.z.p. nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów. Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jak również przy uwzględnieniu uzasadnionych, obiektywnych potrzeb zamawiającego". Podobnie w wyroku z 12.03.2018 r. (KIO 353/18, LEX nr 2529452) wskazała, iż „Wprawdzie w art. 186 ust. 2, 3, 3a starego p.z.p., użyte jest sformułowanie, iż w przypadku umorzenia postępowania zamawiający »wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu«, to jednak tego sformułowania nie należy odczytywać jako obowiązku wykonania przez zamawiającego wszystkich żądań zawartych w odwołaniu oraz w sposób w nim wskazany. Zamawiający jest zobligowany przede wszystkim do prowadzenia postępowania

zgodnie z przepisami p.z.p. w tym zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, a wykonanie żądań zawartych w odwołaniu często sprowadzałoby się do czynności sprzecznych z tymi przepisami i zasadami ". Mając na uwadze podobne brzmienie art. 522 ust. 1 nowego pzp przepisów do regulacji art. 186 starego pzp uznać należy, iż zachowuje aktualność powołane powyżej orzecznictwo KIO. Tym samym zamawiający po uznaniu odwołania z 19.07.2021r. nie był zobowiązany dokonać zmiany warunków udziału i kryteriów kwalifikacji zgodnie z zarzutami odwołującego, w tym zakresie zobowiązany był dokonać takiej modyfikacji, która będzie zgodna z obowiązującymi przepisami prawa zamówień publicznych, a w szczególności z jego zasadami.

Z tego też względu niesłuszne jest stanowisko odwołującego, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania był związany dokonać zmiany zgodnie z treścią odwołania. Takie stanowisko stoi w sprzeczności z zapisem art. 522 ust. 1 pzp, który stanowi jedynie o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Wobec powyższego wnoszę o oddalenie zarzutu w całości jako bezzasadnego. Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację wnoszę jak na wstępie.

Pismo odwołującego z dnia 22 października 2021r.

w nawiązaniu do otrzymanej od Zamawiającego w dniu 21.10.2021 r. odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania i wnosi o jego uwzględnienie w całości.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, Odwołujący wskazuje co następuje.

1. Zdaniem Odwołującego, warunki udziału w postępowaniu są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, ograniczają konkurencję, eliminując podmioty zdolne do należytego wykonania zamówienia bez uzasadnionej podstawy. Warunki udziału w postępowaniu eliminują także Odwołującego, poprzez uniemożliwienie mu udziału w postępowaniu, z uwagi na niespełnianie warunku dotyczącego doświadczenia ocenianego poprzez wartość realizowanych wcześniej podobnych zamówień.

2. W literaturze słusznie wskazuje się, że postępowanie przetargowe ma doprowadzić do wykluczenia wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia: „Stawiane przez zamawiającego warunki podmiotowe zmierzają do tego, aby wyłonić podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i aby wykluczyć z postępowania te podmioty, które tych warunków nie spełniają”. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nie prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców (nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byłoby w stanie wykonać należycie zamówienie).

3. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określając warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, poprzez wprowadzenie wymogu aby powierzchnia użytkowa w realizowanych wcześniej inwestycjach była przeznaczona na funkcje biurową, wyłączył lub w znaczny sposób naruszył uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Określenie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy w realizacji obiektów z powierzchnią użytkową o przeznaczeniu na funkcję biurową spowodowało, iż wykluczony został udział w postępowaniu podmiotów, które posiadały doświadczenie w zakresie prac objętych niniejszym zamówieniem, nawet o znacznie większych powierzchniach użytkowych jednak o innym przeznaczeniu niż funkcja biurowa.

4. Odwołujący wskazuje, że praktycznie zawsze, gdy przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonanie budynku odpowiadającego obecnemu przedmiotowi zamówienia tj. budynku urzędu miasta, budynku o przeznaczeniu administracyjnym lub biurowym itp. Zamawiający kreują warunki udziału odnoszące się do doświadczenia w wykonywaniu budynków użyteczności publicznej lub po prostu budynków o określonej kubaturze lub powierzchni, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawia następujące inwestycje wraz z odpowiednimi dowodami.

W treści pisma przedstawiono informacje z 20 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wraz z dowodami załączonymi do pisma w postaci siwz, gdzie przedmiotem

postępowania były obiekty budynków gminnych - biurowych, administracji państwowej - administracyjnych - biurowych, budynków samorządowych - administracyjnych - biurowych, TBS - administracyjnych - biurowych, ZUS - administracyjnych - biurowych, KRUS - administracyjnych - biurowych, sądu apelacyjnego administracyjnych - biurowych. W tych

przykładach wymóg doświadczenia opierał się o budynki użyteczności publicznej, a nie o budynki biurowe, czy też budynki o powierzchni biurowej.

Zamawiający kształtując warunki udziału w postępowaniu, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. Stawiane przez Zamawiającego warunki winny być proporcjonalne, adekwatne oraz związane z przedmiotem zamówienia. Jak wykazano wyżej, cały przekrój Zamawiających za całkowicie wystarczające uważa odwołanie się do doświadczenia w wykonaniu budynków użyteczności publicznej, bez doprecyzowania i zawężania warunku udziału do danego rodzaju budynku użyteczności publicznej np. budynku biurowego.

Budynki użyteczności publicznej to budynki skategoryzowane według potrzeby, jaką realizują, stanowi przeznaczenie budynku dla potrzeb szerokiej, niezidentyfikowanej grupy ludności, ogólnodostępny charakter budynku. To przeznaczenie determinuje inne rozwiązania stosowane w budynkach użyteczności publicznej, choćby w zakresie bezpieczeństwa. Jest to jednak stosunkowo szeroka liczba obiektów, charakteryzująca się podobnymi cechami i przeznaczeniem.

7. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga doświadczenia w wykonaniu budynku biurowego, bowiem pozostawiony nadal wymóg (warunek) przeznaczenia powierzchni użytkowej o wielkości min. 10 000 m² na funkcję biurową oznacza, że chodzi de facto o

budynek biurowy. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, iż dopuszcza doświadczenie dotyczące jakiegokolwiek budynku o powierzchni użytkowej o przeznaczeniu biurowym. Odwołujący wyjaśnia, że są to wyłącznie teoretyczne twierdzenia, które nie znajdują odzwierciedlenia w realnych inwestycjach. Warunek Zamawiającego spełniają wyłącznie największe budynki ściśle biurowe, czego najlepszym potwierdzeniem jest lista 40 obiektów przedstawiona przez Zamawiającego. Znajdują się na niej wyłącznie największe w skali kraju budynki biurowe. Zamawiający nie był w stanie wskazać spełniającego warunek innego budynku niż biurowy.

8. Budynki biurowe należą do grupy budynków użyteczności publicznej, stanowią jedną z kategorii budynków użyteczności publicznej. Tym samym, ustanowienie warunku dotyczącego budynków biurowych w sposób zdecydowany zawęża krąg potencjalnych wykonawców w stosunku do wykonawców którzy realizowali inwestycje polegające na

budowie budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego, zawężenie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nieproporcjonalne. Wskazać dodatkowo należy, że obiekty użyteczności publicznej posiadają pomieszczenia często o bardziej skomplikowanej technologii i nasyceniu instalacjami niż „zwykłe” budynki biurowe.

9. W celu właściwej oceny warunku postawionego w niniejszym postępowaniu, należy odpowiedzieć na czy pytanie wykonawca który realizował wcześniej budynki użyteczności publicznej (o takiej samej powierzchni użytkowej) daje co najmniej taką samą rękojmi należytego wykonania zamówienia jak wykonawca, który zrealizował wcześniej budynek biurowy. W ocenie Odwołującego udzielenie odpowiedzi twierdzącej jest oczywiste, bowiem budynki biurowe właściwie są prostą technicznie do wykonania kategorią budynków użyteczności publicznej. Praktyka rynkowa pokazuje, że najczęściej budynki biurowe wykonuje się i przekazuje inwestorowi w stanie surowym tzw. deweloperskim, jak na zdjęciu

niżej, a zadaniem Generalnego Wykonawcy jest wykończenie części wspólnych (np. korytarzy) i recepcji. To inwestor lub najemca biura odpowiada za wykończenie i aranżację wnętrza biura, a więc za nadanie przestrzeni użytkowej cech powierzchni biurowej. Wykonawca budynku biurowego nie nabywa więc żadnych szczególnych umiejętności lub wiedzy odróżniającej go od wykonawców innych budynków użyteczności publicznej.

W piśmie odwołującego zamieszczono zdjęcie hali biurowej bez aranżacji wewnętrznej poszczególnych biur.

11. Należy także zwrócić uwagę na rozbieżne stanowisko samego Zamawiającego, który sformułował wymóg, by wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał się dysponowaniem odpowiednimi osobami — ekspertami technicznymi tj. projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej, o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m². Oznacza to, że także warunek zdolności zawodowej samego wykonawcy może zostać opisany z pominięciem wymagania dotyczącego powierzchni na funkcję biurową.

12. Wadliwość konstrukcji warunków udziału najlepiej obrazuje sytuacja odwołującego w niniejszym postępowaniu, który od 30 lat funkcjonuje we wszystkich segmentach budownictwa i zrealizował niemal pół tysiąca kontraktów na terenie całego kraju. Obecny Portfel zamówień Odwołującego ma wartość ok 5,5 mld zł. Odwołujący z powodzeniem zrealizował zamówienia na szereg wysoce skomplikowanych budynków użyteczności publicznej, do realizacji których potrzebne było odpowiednio duże doświadczenie, z pewnością większe, niż przy budowie zwykłych budynków biurowych, czego przykładem może być budowa i pełne wyposażenie obiektów użyteczności publicznej takich jak: hotel

Double Tree by Warsaw Conference Center and SPA o powierzchni użytkowej 33 325 m² czy budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium w Gliwicach o powierzchni netto 58 325,55 m². Przykłady realizacji obiektów użyteczności publicznej wykonane przez Odwołującego przedstawione są w tabeli poniżej.

W piśmie odwołującego przedstawiono tabelę zawierającą 23 realizacji obiektów o charakterze użyteczności publicznej potwierdzających ich wykonanie dla konkretnych inwestorów oraz parametrów technicznych jak między innymi powierzchnie użytkowe.

13. Pytaniem czysto retorycznym jest, czy wykonawca legitymujący się doświadczeniem w realizacji powyższych inwestycji daje rękojmię należytego wykonania budynku urzędu miasta o powierzchni użytkowej ok. 18 000 m². Odpowiedź twierdząca oznacza, że warunek udziału w postępowaniu jest nieprawidłowy i powinien podlegać modyfikacji, bowiem eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który z całą pewnością prawidłowo zrealizuje przedmiot zamówienia.

14. Reasumując, należy uznać, że dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku doświadczenia jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP. Ogranicza on bowiem krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia poprzez wyłączenie z ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotów zdolnych do świadczenia określonych robót budowlanych, lecz nie posiadających doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych na obiektach typowo biurowych. Innymi słowy: ww. opis sposobu spełniania warunku doświadczenia uniemożliwiał złożenie ofert wykonawcom, którzy posiadali doświadczenie w zakresie odpowiednich robót budowlanych, ale nie realizowanych na obiektach biurowych. Wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu należy uznać za nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy nie wykonywali robót budowlanych na obiektach biurowych. Wymóg taki zatem prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji.

15. W przedstawionej odpowiedzi na odwołanie nie znalazł się nawet jeden argument obrazujący jakim innym, lepszym doświadczeniem dysponuje wykonawca, który zrealizował budynek biurowy w stosunku do wykonawców realizujących budynki użyteczności publicznej. Zamawiający w żaden sposób nie potrafi wytłumaczyć jakimi szczególnymi rozwiązaniami czy parametrami cechuje się wyłącznie powierzchnia biurowa.

16. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż dokonał analizy rynku i na terenie całego kraju udało mu się znaleźć, aż 41 budynków odpowiadających przedmiotowi

zamówienia. Na liście znajdują się największe, najbardziej unikalne i innowacyjne budynki biurowe wznoszone na terenie naszego kraju, gdy przedmiotem niniejszego zamówienia budowa standardowego budynku urzędu miasta. Odwołujący wskazuje, że inwestycje wskazane przez Zamawiającego takie jak Warsaw Spire, Warsaw Hub, Skyliner, Mennica Legacy Tower, Generation Park, Warsaw Unit są powszechnie opisywane w następujących artykułach, których tytuły we właściwy sposób obrazują realność wymagań Zamawiającego: „Najwyższe budynki w Polsce. Warszawski biurowiec z europejskim rekordem”¹, „Oto 10 największych biurowców budowanych obecnie w Warszawie. W tym najwyższy w Unii Europejskiej”², „Pięć największych biurowców w 2020 r. otworzy się w Warszawie. Zajmą powierzchnię 28 boisk piłkarskich”³. Ponadto, dane przedstawione w tabeli stanowią wyłącznie twierdzenia i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie udowodnił, jaka jest realnie powierzchnia użytkowa we wszystkich wskazanych obiektach i jakie ma przeznaczenie.

17. Ponadto, w odniesieniu do twierdzeń przedstawionych w odpowiedzi Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, iż nie kwestionuje wymaganej powierzchni użytkowej a jedynie fakt zawężenia jej do powierzchni o przeznaczeniu biurowym.

18. Zamawiający w odpowiedzi przytacza orzecznictwo TSUE, w szczególności wskazując na konieczność przeprowadzenia testu proporcjonalności i wyjaśniając, że nieproporcjonalny warunek to warunek nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w żaden jednak sposób nie wyjaśnia dlaczego tylko wykonawca realizujący wcześniej obiekty biurowe może wykonać zamówienie, a wykonawca realizujący obiekty użyteczności publicznej o takiej samej powierzchni i kubaturze już nie. Gdyby w rzeczywistości Zamawiający przeprowadził test proporcjonalności to uznałby, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji budynków użyteczności publicznej daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

19. Odwołujący wskazuje ponadto, iż wymóg doświadczenia w realizacji obiektów o powierzchni użytkowej o wielkości min. 10 000 m² na funkcję biurową dotyczy zarówno warunków udziału jak i kryteriów selekcji. Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany w obu zakresach, z ostrożności wskazuje jednak, że nawet zmiana tylko wyłącznie warunku udziału w postępowaniu pozwoli na szerszy dostęp do zamówienia oraz zachowanie uczciwej konkurencji, bowiem w takim wypadku wykonawca nie otrzyma jedynie dodatkowych punktów w ramach kryterium selekcji ale będzie miał jednak możliwość uczestnictwa w postępowaniu.

20. W odniesieniu do drugiego z zarzutów, Odwołujący wskazuje, iż na obecnym etapie można jeszcze usunąć wszelkie wątpliwości związane z treścią SWZ. Zamawiający rzeczywiście wprowadził definicję „zarządzania nieruchomością”, która w istocie dotyczy wyłącznie czynności określanych w obrocie profesjonalnym mianem „utrzymania technicznego budynku”. Niemniej jednak, w definicji użyto sformułowania „w szczególności”, co jasno określa otwarty katalog potencjalnych czynności i może rodzić niepotrzebne spory na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

21. Ponadto Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie przytacza pytanie jednego z potencjalnych Uczestników postępowania i swoją odpowiedź na to pytanie:

Pytanie 5

Nazwa niniejszego przedsięwzięcia odnosi się do zaprojektowania, wybudowania i zarządzania nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi. Wnosimy o potwierdzenie, iż pod pojęciem zarządzania nową siedzibą Urzędu Miasta Zamawiający rozumie utrzymanie (tzw. facility management) w szczególności nadzór techniczny, naprawy, remonty, sprząatanie, konserwacje, wyłączając z tego świadczenie usług komercyjnych na takim obiekcie. W opinii kandydata w ramach tego rodzaju przedsięwzięcia, w którym wynagrodzenie oparte jest na opłacie za dostępność utrzymanie techniczne zrealizowanej infrastruktury powinno być głównym zadaniem Partnera Prywatnego w okresie eksploatacji.

Odpowiedź

Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia Liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi

budynków, planowaniu i realizacji krótko- długo-okresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek dokonywaniu prac remontowych o modernizacyjnych.

Zakres usługi „zarządzania nieruchomością” objętą umową o PPP zostanie doprecyzowany na etapie negocjacji i zostanie opisany w zaproszeniu do składania ofert oraz SWZ

Zamawiający na konkretne pytanie potencjalnego Uczestnika postępowania nie odpowiedział jednoznacznie, przytoczył jedynie definicję, co budzi wątpliwości, że jednak wykazanie doświadczenia w zakresie utrzymania technicznego (tzw. Facility management) obejmującego w szczególności nadzór techniczny, naprawy, remont sprzątnięcie, ochronę, konserwację nie jest wystarczającym doświadczeniem dla spełnienia warunków dopuszczających i kryteriów selekcji.

22. Czynności wskazane w definicji tj. prowadzenie i nadzorowanie bieżącej obsługi budynków, planowanie i realizacja krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych to czynności klasyfikowane jako „utrzymanie techniczne budynku”.

23. Jednocześnie „zarządzanie nieruchomością” jest pojęciem ustawowym. Artykuł 184b ustawy o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997r. dokładnie określa, że „Zarządzanie nieruchomością” polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu zapewnienie racjonalnej gospodarki nieruchomością, a w szczególności:

- 1) właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości;
- 2) bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości;
- 3) właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów prawa energetycznego;
- 4) bieżące administrowanie nieruchomością;
- 5) utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem;
- 6) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość.

24. Ponadto, przepisy prawa mówią o „Zarządcy nieruchomości”, czyli osobie posiadającej licencję zawodową do wykonywania tej czynności.

25. Powyższe zestawienie otwartej definicji wprowadzonej przez Zamawiającego oraz terminów ustawowych wprost musi prowadzić do różnej interpretacji SWZ przez wykonawców. Koniecznym jest zatem usunięcie wszelkich wątpliwości poprzez zmianę pojęcia „zarządzania nieruchomością” na „utrzymanie techniczne budynku”.

26. Odwołujący zwraca także uwagę, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi nr 5 wskazał: „Zakres usługi „zarządzania nieruchomością” objętej umową o PPP zostanie doprecyzowany na etapie negocjacji i zostanie opisany w zaproszeniu do składania ofert oraz SWZ. Zamawiający zapomina wyrażnie, iż warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji weryfikowane są przed przeprowadzeniem negocjacji, co z tego więc, że Zamawiający zamierza doprecyzować pojęcie na etapie negocjacji, skoro wątpliwości związane z interpretacją wskazanego pojęcia będą musiały zostać rozstrzygnięte już na wcześniejszym etapie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Rozpatrywane odwołanie złożone zostało w związku z wszczętym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą

Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro", prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art.153 pkt 3 w związku z art. 170 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej „ustawą Pzp” oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o Partnerstwie Publiczno-Prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PPP”.

Podstawę wniesionego odwołania stanowi art. 505 ust. 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z dokonaną przez zamawiającego w dniu 18 sierpnia 2021 r. modyfikacją treści Ogłoszenia o zamówieniu (Ogłoszenie) oraz postanowień opisu potrzeb i wymagań oraz instrukcji postępowania (OPW).

Jak już wyżej podano przedmiotem zamówienia jest wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro. Ostateczny zakres przedmiotowy tego postępowania będzie przedmiotem negocjacji z wyselekcjonowanymi wykonawcami to jest pięciu po spełnieniu przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz przeprowadzonej selekcji liczby wykonawców do pięciu.

Spornym zagadnieniem w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest opis wymaganego doświadczenia zawodowego, to jest rodzaju wykonanych obiektów przy ocenie zdolności wykonawców do wykonania zamówienia, jak i do kryterium oceny wykonanych obiektów przy przeprowadzeniu selekcji do pięciu wykonawców.

Odwołujący w złożonym odwołaniu również domaga się precyzyjnego określenia pojęcia zarządzanie nieruchomością, wskazując na celowość sprowadzenia definicji zarządzania nieruchomością stricte do elementów technicznych zarządzania i usunięcia z definicji zarządzania elementu „w szczególności” co daje zamawiającemu nieuprawnioną dowolność w ocenie spełnienia tego warunku.

Powyżej w uzasadnieniu zaprezentowano zarzuty, żądania oraz argumentację formalną i prawną jaką posłużył się odwołujący w złożonym odwołaniu.

W zakresie podniesionych zarzutów odwołujący wskazał na następującą ich podstawę prawną.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego stawia odwołujący następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy PZP w związku z naruszeniem 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, przez określenie zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;
2. zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 ustawy Pzp przez nie wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r., pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu.

Tak więc przechodząc do praktycznego aspektu odwołania to zarzuty odwołującego opisane w odwołaniu odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu i warunków selekcji w związku z wymogiem doświadczenia w zakresie postawionego przez zamawiającego wymogu doświadczenia w zakresie budowy powierzchni biurowej w obiektach budowlanych oraz co do doświadczenia w zakresie zarządzania takimi nieruchomościami.

Odwołanie składane jest w związku z Ogłoszeniem o zamówieniu oraz Opisem Potrzeb i Wymagań zamawiającego (OPW). Przy czym należy mieć na uwadze również okoliczność, że odwołanie zostało złożone po raz drugi od postanowień SWZ, ponieważ jak powołuje się w złożonym odwołaniu odwołujący, zamawiający uwzględnił zarzuty złożonego poprzednio odwołania wskutek czego postępowanie odwoławcze pierwotne zostało umorzone.

Odwołujący wnosząc po raz drugi odwołanie w dniu 30 sierpnia 2021r. w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, zarzuca zamawiającemu nie wykonanie przyrzeczonych zmian SWZ, pomimo uwzględnienia odwołania w zakresie warunków udziału w postępowaniu co do wymaganego doświadczenia zawodowego oraz warunków selekcji.

Odwołujący wnosząc po raz drugi odwołanie wnosi o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu, aby:

zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i OPW w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, w szczególności wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z dnia 19.07.2021 r., dokonał zmianę Ogłoszenia i OPW przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścił stosowną zmianę na swojej stronie internetowej, przesunął termin składania wniosków o czas niezbędny na ich przygotowanie, z uwzględnieniem postanowień art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej.

Jak Izba ustaliła poprzednio prowadzone postępowanie odwoławcze prowadzone było w związku z odwołaniem złożonym w dniu 19 lipca 2021r. i prowadzone było pod Sygn. akt KIO 2169/21, które zostało umorzone postanowieniem Izby w dniu 23 sierpnia 2021 roku.

W złożonym pierwotnie dnia 19 lipca 2021r. odwołaniu zamawiający sprecyzował następujące zarzuty jak i żądania:

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty: zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem 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 określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i OPW w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, dokonał zmianę ogłoszenia i OPW przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścił stosowną zmianę na swojej stronie internetowej, przesunął termin składania wniosków o czas niezbędny na ich przygotowanie, z uwzględnieniem postanowień art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej.

Czyli zarzuty i żądania odwołania rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym są zbieżne z żądaniami i zarzutami odwołania z dnia 19 lipca 2021r. (Sygn. akt KIO 2169/21).

Jak już powyżej Izba nadmieniła jest to drugie odwołanie, które zostało wniesione z powoływaniem się przez odwołującego na nie spełnienie przez zamawiającego zmian pomimo uwzględnienia odwołania w zakresie oczekiwanym przez odwołującego, wskutek uwzględnienia zarzutów wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 13 sierpnia 2021 roku.

W tym miejscu Izba prezentuje główną argumentację formalną i prawną odwołania z dnia 19 lipca 2021 roku.

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 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności w sposób nieproporcjonalny, Odwołujący nie ma możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu, spełniającego tak sformułowany warunek, pomimo posiadania wyjątkowo bogatego doświadczenia.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia warunków udziału w postępowaniu pozbawiają

Odwolującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbiecie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Tak więc Izba stwierdza, że uzasadnienie co do posiadanego interesu jest motywowane przez odwołującego zbieżnie z argumentacją w tym zakresie w odwołaniu aktualnie rozpatrywanym to jest odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2021 roku.

Izba niniejszym potwierdza w bieżącym postępowaniu posiadanie interesu po stronie odwołującego do wniesienia odwołania.

Co do argumentacji w poprzednim odwołaniu z dnia 19 lipca 2021r. zasługuje na wskazanie następująca argumentacja odwołania.

(...) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem 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, (.Zamawiający w pkt III. 1.3) ogłoszenia oraz pkt 8 OPW ukształtował następujący warunek udziału w postępowaniu: „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Warunki zdolności technicznej

8.1.4.1. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie — co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku biurowego o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m² dla każdej z robót. Dalej, zgodnie z pkt 8.1.4.2.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy), na której znajduje się budynek/budynki biurowe/e o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.”

Następnie, Zamawiający w pkt 11.2.9) ogłoszenia oraz pkt 9 OPW Informacja o ograniczeniu zaproszonych kandydatów wprowadził następujące kryteria selekcji:

9.2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania będzie większa niż 5, wówczas zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 wykonawców, którzy spełniają kryteria selekcji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania i którzy uzyskają największą liczbę punktów, obliczonych w sposób określony poniżej:

9.2.1. zamawiający przyzna wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w kryteriach kwalifikacji:

3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie robót załącznik nr 4B do ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku biurowego o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m² dla każdej z robót, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów, 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług załącznik nr 5B do ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie zarządzania nieruchomością w ramach jednej umowy, na której znajduje się budynek/budynki biurowe/e o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów.

(...) Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium kwalifikacji (8.1.4.1), w następujący sposób: „...budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m². ..”

Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1

— Wykaz robót załącznik 4B), w następujący sposób: budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m²..."(...) - akta Izby o Sygn.

akt KIO 2169/21.

Jak z powyższego wynika Izba stwierdza, że już w pierwszym odwołaniu z dnia 19 lipca 2021r. odwołujący domagał się zmiany wymogu doświadczenia w zakresie budowy budynku biurowego na budynek użyteczności publicznej.

Również uzasadnienie do zmiany wymogu z budynku biurowego na budynek użyteczności publicznej jako wystarczającego do realizacji przedmiotowego zamówienia jest zbieżny w obydwu odwołaniach.

I tak (...)Wskazać należy, że Zamawiający od Zwycięzcy postępowania oczekuje wybudowania obiektu administracji publicznej - Urzędu Miasta Łodzi, natomiast w kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji wymaga do potencjalnych Uczestników postępowania wykazania się doświadczeniem w realizacji budynków biurowych. Obydwa rodzaje budynków, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), należą do grupy budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego wiedza i doświadczenie Uczestnika postępowania w realizacji budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotu postępowania i należytego jego wykonania.

Warto również nadmienić, że sam Zamawiający już w Zdolnościach zawodowych (pkt III. 1.3) ogłoszenia) w ppkt 8.1.4.3.1 i 8.1.4.3.2 wymaga, by przystępujący do postępowania wykonawca wykazał się dysponowaniem ekspertami technicznymi — projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m².

Dzięki proponowanej przez Odwołującego zmianie Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty(....) - akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21.

Takiej samej argumentacji użył odwołujący w niniejszym odwołaniu z dnia 30 sierpnia 2021r., prezentowanym powyżej w niniejszym uzasadnieniu, to jest co do przywołania Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065) jak i co do dysponowania ekspertami technicznymi — projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej.

Z argumentacji tej wynika, że budynek biurowy jest zaliczany do kategorii wspólnej budynków użyteczności publicznej jak i odwołujący wskazuje na rozbieżności między wymaganym doświadczeniem zawodowym wykonawcy (budynki biurowe), a wymaganym doświadczeniem osób, przy użyciu których będzie realizował zamówienie (budynki użyteczności publicznej).

Izba przy prezentacji argumentacji odwołania z dnia 19 lipca 2021r. (Sygn. akt KIO 2169/21) pomija argumentację dotyczącą wydłużenia okresu czasu z 5 do 10 lat, z którego wykonawcy mogą przedstawiać doświadczenie zawodowe, a którego to przedłużenia domagał się odwołujący w pierwszym odwołaniu z dnia 19 lipca 2021r i które zostało uwzględnione oraz zrealizowane przez zmianę dokumentacji postępowania, zgodnie z oczekiwaniem odwołującego.

O wydłużeniu okresu, z którego należało przedstawić doświadczenie (odwołanie z dnia 19 lipca 2021r.) odnosił się także zarzut do doświadczenia w zakresie zarządzania

nieruchomością. (...)Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień w zakresie dotyczącym kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji dotyczących posiadanego doświadczenia poprzez wydłużenie okresu dotyczącego wykonania usługi utrzymania technicznego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu i ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów, do lat 5. Dzięki tej modyfikacji Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych Wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty(...) - akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21.

Również w pierwszej sprawie znajduje się argumentacja przeniesiona do aktualnej sprawy (...).Zamawiający od Zwycięzcy postępowania oczekuje wybudowania obiektu administracji publicznej - Urzędu Miasta Łodzi, natomiast w kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji wymaga do potencjalnych Uczestników postępowania wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu budynkiem biurowym. Obydwa rodzaje budynków, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), należą do grupy budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego wiedza i doświadczenie Uczestnika postępowania w obsłudze budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotu postępowania i należytego jego wykonania(...) - akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21.

Aktualna i powtórzona w niniejszej sprawie pozostaje także argumentacja przedstawiona w odwołaniu z dnia 19 lipca 2021r. (KIO 2169/21) jak poniżej:

(..) Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu, oraz konsekwentnie treść OPW, poprzez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu proporcjonalnie do zamówienia tj. w następujący sposób:

„Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Warunki zdolności technicznej w pkt 8.1.4.1.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie — co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² dla każdej z robót.

i dalej w pkt 8.1.4.2.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie utrzymania technicznego nieruchomości (w ramach jednej umowy), na której znajduje się budynek/budynki użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² , przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.”

i dalej w pkt 11.2.9) ogłoszenia o zamówieniu Informacja o ograniczeniu zaproszonych kandydatów:

9.2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania będzie większa niż 5, wówczas zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 wykonawców, którzy spełniają kryteria selekcji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania i którzy uzyskają największą liczbę punktów, obliczonych w sposób określony poniżej:

9.2. 1. zamawiający przyzna wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w kryteriach kwalifikacji: 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie robót załącznik nr 4B do ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² dla każdej z robót, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów, 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług załącznik nr 5B do ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie utrzymania technicznego nieruchomości w ramach jednej umowy, na której znajduje się budynek/budynki użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m², przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów. W tym celu wykonawca przedłoży wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Wykaz robót załącznik nr 4B do ogłoszenia i Wykaz usług załącznik nr 5B do ogłoszenia;

Odwołujący podkreśla, że zaproponowana powyżej nowa treść warunku doświadczenia wykonawcy po pierwsze otworzy przetarg na konkurencję, czyli na przedsiębiorców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, co z kolei wpłynie korzystnie na wysokość cen oferowanych przez wykonawców.

Po drugie, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania.

Po trzecie, warunek postulowany przez Odwołującego, inaczej niż warunek określony aktualnie w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPW, nie będzie nikogo dyskryminować.

Zamawiający oczywiście może, jako gospodarz postępowania, formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania, pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności.

Z kolei według art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędną do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu". Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne.

Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także według Odwołującego - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali tożsamy przedmiot zamówienia.

Za poglądami z doktryny, stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznaczał że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

Odwołujący zwraca uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, tak więc zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2019).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych wykonawcy w zakwestionowanym zakresie, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców (- akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21).

Izba przywołuje tak obszerne fragmenty poprzedniej sprawy, która została umorzona w związku z uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego, jak i z wnioskiem o umorzenie przez samego odwołującego (KIO 2169/21), ale mimo to nie wykonaniem wniosków odwołania przez zamawiającego i koniecznością ponownego wniesienia odwołania, ponieważ użyta argumentacja w poprzednim odwołaniu jest zbieżna z aktualną w sprawie i została przyjęta przez Izbę za właściwą do rozstrzygnięcia odwołania.

Izba dla zobrazowania przebiegu umorzonego postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 2169/21 poniżej przedstawia się pismo zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2021r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie oraz pismo odwołującego z dnia 20 sierpnia 2021r. o umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem odwołania.

W imieniu zamawiającego, oświadczam, iż:

I. uznaję odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego:

a. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej pkt. 8.1 .4. 1.

i 8.1.4.2

b. kryterium selekcji opisanego w pkt. 9.2.1

Zamawiający oświadcza, iż w dniu 13.08.2021 r. dokonał modyfikacji treści w/w warunków i kryterium selekcji w następującym zakresie:

✓ sekcja III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, akapity rozpoczynające się od 8.1.4.1 i

8.1.4.2, otrzymują poniższe brzmienie,

✓ Kryteria Kwalifikacji opisane w punktach 8.1.4.1 i 8.1.42 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania, otrzymują poniższe brzmienie,

8.1.4.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej dwie roboty

budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót,

8.1.4.2 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m² przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

Uwagi

1-7 (.)

8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych.

sekcja II.2.9) Ogłoszenia o zamówieniu, akapit rozpoczynający się od 9.2.1, tiret 1 i tiret 2, otrzymują poniższe brzmienie,

Kryteria Selekcji opisane w punkcie 9.2.1, tiret 1 i tiret 2 Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z Instrukcją Postępowania, otrzymują poniższe brzmienie,

9.21 Zamawiający przyzna Wykonawcy punkty za "wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w Kryteriach Kwalifikacji:

- 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót.

Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych Wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów.

- 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy lub wielu umów), na której znajduje się budynek/budynki o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję nie mniejszej niż 14 m przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.

Z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług Wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów.

W tym celu Wykonawca przedłoży wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Wykaz Robót Załącznik nr 4B do Ogłoszenia i Wykaz. Usług Załącznik nr 5B do Ogłoszenia(- akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21).

Takiej treści to jest jak powyżej zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

W następstwie powyższego stanowiska zamawiającego, odwołujący pismem z dnia 20 sierpnia 2021r. wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

To jest (.) w nawiązaniu do otrzymanej od Zamawiającego w dniu 18.08.2021 r.

Odpowiedzi na odwołanie (pismo datowane na 13.08.2021 r.), uznającego zarzuty podniesione w odwołaniu, w imieniu Odwołującego wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zniesienie terminu posiedzenia w przedmiotowej sprawie (- akta Izby o Sygn. akt KIO 2169/21).

W dniu 18 sierpnia 2021 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2021/S 159-419582, została opublikowana zmiana Ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana Ogłoszenia o zamówieniu dotyczyła w szczególności warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów kwalifikacji.

Modyfikacja postanowień Ogłoszenia i OPZ została jednocześnie, tj. w dniu 18 sierpnia 2021 zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

W dniu 23 sierpnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt: 2169/21), w związku z uwzględnieniem zarzutów w całości przez zamawiającego, a następnie zniósła wyznaczony na dzień 25.08.2021 r. termin posiedzenia w sprawie KIO 2169/21.

Odwołujący zasadnie w złożonym odwołaniu, w związku ze zmianą Ogłoszenia o zamówieniu jak i OPW stwierdza, że dokonane przez zamawiającego modyfikacje polegają na tym, że Zamawiający m.in. usunął z kryterium kwalifikacji oraz kryterium selekcji wymaganie budynku „biurowego”, pozostawiając wymóg dotyczący odpowiednio „powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² dla każdej z robót” oraz „łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m²”, a ponadto wprowadził definicję „zarządzania nieruchomością”

Pomimo, że zamawiający uwzględnił w dniu 13 sierpnia 2021r. (Sygn. akt KIO 2169/21) odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej pkt 8.1.4.1. i 8.1.4.2. a także kryterium selekcji opisanego w punkcie 9.2.1. to dokonując w tym samym dniu modyfikacji treści wyżej wymienionych warunków i kryterium selekcji oraz definiując pojęcie zarządzania nieruchomością, nie ograniczając jej do utrzymania technicznego, dokonał zmian w kierunku nie odpowiadającym żądaniom zamawiającego.

Odwołujący argumentując zarzuty i żądania aktualnego odwołania z dnia 30 sierpnia 2021r. jak i pisma z dnia 22 października 2021r. stanowiącego odpowiedź na stanowisko zamawiającego, które Izba powyżej przedstawiła we wstępnej części niniejszego uzasadnienia wyroku, domaga się uwzględnienia żądań przedstawionych w odwołaniu w dniu 19 lipca 2021r. (Sygn. akt KIO 2169/21).

Żądania te sprowadzają się do warunków udziału w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy i analogicznie do kryterium selekcji w celu udziału w negocjacjach dialogu konkurencyjnego oraz do definicji zarządzania nieruchomością w ujęciu stricte technicznym.

Izba podziela argumentację odwołującego w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz w zakresie kryterium selekcji i uznaje za uprawnione w niniejszej sprawie żądanie zmiany zmodyfikowanego warunku udziału w postępowaniu oraz

kryterium selekcji (Kryteria Kwalifikacji opisane w punktach 8.1.4.1 i 8.1.4.2 oraz Kryteria

Selekcji opisane w punkcie 9.2.1) i usunięcia z ich treści wymagania dotyczącego odpowiednio powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 10 000 m² oraz łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 14 000 m², na rzecz zapisu o budynku użyteczności publicznej.

Izba uwzględniając przedmiot zamówienia (udzielenie zamówienia publicznego na wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro”), prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego stwierdza na podstawie przeprowadzonego na posiedzeniu/rozprawie postępowania wyjaśniającego i dowodowego oraz uwzględniając argumentację zawartą w pismach procesowych, że Zamawiający nie wykazał, że do prawidłowej realizacji zamówienia zasadne jest żądanie doświadczenia do spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności

zawodowej, jak i selekcji do dialogu konkurencyjnego, tożsamesgo doświadczenia zawodowego w zakresie powierzchni biurowej.

Dzięki żądanej przez odwołującego zmianie zamawiający umożliwi uczestniczenie w niniejszym postępowaniu większej liczbie doświadczonych wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych budynków użyteczności publicznej, a w rezultacie zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

Natomiast Izba nie podzieliła argumentacji odwołania, jak i pisma odwołującego z dnia 22 października 2021r. odnoszącego się do wprowadzonej w dniu 18 sierpnia 2021 r. do treści Ogłoszenia oraz OPW definicji „zarządzania nieruchomością”, o następującej treści.

„8) Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków, polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zmierzających do zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli, bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych”.

Izba nie uwzględnia zarzutu odwołania z racji przedmiotu zamówienia (udzielenie zamówienia publicznego na wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro”) jak i samej definicji, cytowanej powyżej, która określa przykładowy, ale jednocześnie wyczerpujący zakres minimalnego doświadczenia w zakresie zarządzania nieruchomością z uwagi na przedmiot zamówienia.

Izba w tym zakresie podziela argumentację przedstawioną i cytowaną w odpowiedzi na odwołanie to jest w szczególności, jak poniżej.

„Odnosząc się do zarzutu nieproporcjonalności wymagania dotyczącego definicji zarządzania zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu. Przedmiotem przedsięwzięcia jest zarządzanie nieruchomością. Zamawiający definiując pojęcie zarządzania wskazał jakiego rodzaju czynności mają wchodzić w zakres tych czynności. Podkreślić należy, iż zamawiający dopuszcza wniesienia do przedsięwzięcia jako elementu wynagrodzenia partnera prywatnego wniesienia nieruchomości enumeratywnie wymienionych w opisie potrzeb i wymagań. Tym samym doświadczenie w zarządzaniu budynkiem w zakresie zdefiniowanym w warunku udziału będzie miało szczególne znaczenie dla zagospodarowania i zarządzania tymi nieruchomościami stanowiącymi element wynagrodzenia wykonawcy. Dlatego też postawienie warunku udziału i kryterium kwalifikacji przy takim pojęciu zarządzania nie narusza zasady proporcjonalności, jak również z uwagi na wyspecyfikowane inwestycje w Polsce pokazuje, że zarządzanie budynkiem nie stanowi jakiegokolwiek szczególnie nadzwyczajnej okoliczności.

Przez „zarządzanie nieruchomością” dla potrzeb potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Kryterium Kwalifikacji) oraz w celu ograniczenia liczby Wykonawców (Kryterium Selekcji), Zamawiający rozumie w szczególności usługę zarządzania infrastrukturą budynków polegającą na: prowadzeniu i nadzorowaniu bieżącej obsługi budynków, planowaniu i realizacji krótko- i długookresowych działań zachowania budynku w stanie niepogorszonym z uwzględnieniem normatywnego zużycia, w tym wymaganych prawem przeglądów i kontroli bieżącej konserwacji, usuwaniu awarii i usterek, dokonywaniu prac remontowych i modernizacyjnych. Zakres usługi „zarządzania nieruchomością” objętej umową o PPP zostanie doprecyzowany na etapie negocjacji i zostanie opisany w zaproszeniu do składania ofert oraz SWZ.

Z udzielonych odpowiedzi jednoznacznie wynika, że dla potrzeb oceny spełnienia warunku udziału i kryterium kwalifikacji Zamawiający nie wymaga doświadczenia w pobieraniu pożytków z zarządzanych budynków, gdyż dokładnie jak wskazał Odwołujący, ostateczny zakres przedmiotu postępowania będzie podlegał negocjacjom prowadzonym w ramach niniejszego postępowania i zostanie sprecyzowany na etapie zaproszenia do składania ofert. Powyższy zarzut wynika najprawdopodobniej z niezrozumienia przez Odwołującego treści Ogłoszenia ze zmianami i udzielonych wyjaśnień, w szczególności w zakresie przedmiotowej definicji.

W ocenie odwołującego przedstawiona przez odwołującego argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Wynika to z faktu, iż stawiane warunki udziału i kryteria kwalifikacji znajdują swoje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia oraz głównym celu tego postępowania. Podkreślić należy, iż wynikający z tej zasady „nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego” — tak: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

Reasumując Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów co do doświadczenia zawodowego jak i selekcji do dialogu konkurencyjnego to jest nakazując usunięcie zapisów w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań w rodzaju budynki biurowe czy też powierzchnie biurowe, na rzecz wprowadzenia zapisu budynku użyteczności publicznej jak domagał się odwołujący zarówno w odwołaniu z dnia 19 lipca 2021 (Sygn. akt KIO 2169/21), jak i w przedmiotowej sprawie z dnia 30 sierpnia 2021r. Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania co do zmiany definicji zarządzania nieruchomością i sprowadzenia definicji do stricte zarządzania technicznego, a to z uwagi na przedmiot zamówienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku to jest rozmiaru uwzględnionych zarzutów i żądań, z uwzględnieniem § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 10.000,00 złotych tytułem zwrotu połowy wpisu od odwołania oraz przyznając koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: