Sygn. akt: KIO 885/22

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Naczelną Dyrekcję Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy HOCHTIEF PPP Inwestycje Polskie 2 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu i żądania uwzględnionego przez zamawiającego dotyczącego modyfikacji warunku udziału w postępowaniu poprzez zmianę w pkt 7.7.1.4.4. lit. c tiret pierwszy OPiW z wymagania przy „budynkach użyteczności publicznej" na „obiektach budowlanych" oraz w zakresie wycofanym przez odwołującego dotyczącym zarzutu i żądania

modyfikacji warunku udziału w postępowaniu poprzez zmianę w pkt 7.7.1.4.4. dotyczącą dysponowania 2 zamiast 5 osobami pełniącymi funkcje Kierownika budowy,

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: dokonanie zmiany pkt 7.7.1.4.4. lit. c OPiW poprzez zastąpienie wymagania: „doświadczenie w ostatnich siedmiu latach przed upływem składania wniosków" na „doświadczenie w ostatnich piętnastu latach przed upływem składania wniosków", a także uwzględnienie konsekwencji powyższej zmiany w dokumentacji zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Naczelną Dyrekcję Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Naczelnej Dyrekcji Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:.....

Sygn. akt KIO 885/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 169 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), na wybór Partnera Prywatnego dla

Przedsięwzięcia pn. „Budowa i utrzymanie Archiwów Państwowych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego", nr postępowania: BDG-WO.261.19.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2022 r., za numerem 2022/S 023-056376.

W dniu 28 marca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień opisu potrzeb i wymagań.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz w zw. z art. 16 ustawy pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w pkt 7.7.1.4.4 OPiW w zakresie dysponowania osobami do pełnienia funkcji Kierownika budowy w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i zdolności zawodowych wymaganych dla jego realizacji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień OPiW, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą

w uzasadnieniu, tj.:

1. Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.7.1.4.4 lit. c) OPiW w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nienaruszający zasad uczciwej konkurencji poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„(...) będzie posiadał doświadczenie przed upływem składania wniosków:

- w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) obiektach budowlanych o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda

(równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania

ogłoszenia);

i

- w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia).”

Ewentualnie

2. Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.7.1.4.4 OPiW w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nienaruszający zasad uczciwej konkurencji

poprzez dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, wykonawcy, który dysponuje co najmniej

2 osobami pełniącymi funkcje Kierownika budowy (...).

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymagań postawionych przez Zamawiającego dla osób, wskazanych na stanowisko kierowników budowy, są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także nadmierne i nie znajdujące uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, tj. sformułowane warunki naruszają zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania. Przedmiotem zamówienia jest „Budowa i utrzymanie Archiwów Państwowych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego” tj. zapewnienie możliwości gromadzenia, zabezpieczenia, udostępniania oraz optymalizacji warunków przechowywania materiałów archiwalnych poprzez wybudowanie/przebudowę/ rozbudowę nowoczesnych, wielofunkcyjnych specjalistycznych obiektów Archiwów Państwowych w Koszalinie, Łodzi, Piotrkowie Trybunalskim, Poznaniu oraz Szczecinie. W ramach Projektu realizowane będzie przedsięwzięcie polegające na budowie nowych lub przebudowie/rozbudowie istniejących gmachów w pięciu Lokalizacjach Projektu o łącznej szacowanej powierzchni użytkowej 28 021,37 m2. W dniu 16 marca Zamawiający dokonał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, m.in. w odniesieniu do Kierownika budowy, powodując, iż warunek ten po modyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zmienił warunek w następujący sposób:

„7.7.1.4.4. Dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 5 osobami pełniącymi rolę Kierownika Budowy, posiadającymi:

a) (...)

b) co najmniej siedmioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową; w tym co najmniej w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 4 obiektach o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda, oraz

c) doświadczenie w kierowaniu budową przy realizacji w ostatnich trzech latach przed upływem składania wniosków co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej należącego do kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo Budowlane: IX, XII, XVI o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto każda.”

Na następujący:

„7.7.1.4.4. Dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 5 osobami pełniącymi rolę Kierownika Budowy, posiadającymi:

a) (■■■)

b) co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową w specjalności

konstrukcyjno-budowlanej po uzyskaniu uprawnień, o których mowa w lit. a,

c) doświadczenie w ostatnich siedmiu latach przed upływem składania wniosków:

- w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) budynkach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda (równowartość: w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia);

i

- w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość: w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia)."

Przy czym budynki użyteczności publicznej Zamawiający zdefiniował, zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu 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, z późn. zm.): Pod pojęciem budynku 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. Czyli cztery dowolne obiekty, o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto (bez ograniczenia czasowego) oraz jeden budynek użyteczności publicznej należący do kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo Budowlane: IX, XII, XVI o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (wybudowany w ostatnich trzech latach), Zamawiający zamienił na trzy budynki użyteczności publicznej, przy czym dwa o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto i jeden o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto. Dodatkowo, Zamawiający wprowadził ograniczenie czasowe, w którym osoba może legitymować się ww. doświadczeniem, jedynie do ostatnich siedmiu lat, przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zmieniony warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.7.1.4.4 OPiW jedynie pozornie rozszerza krąg wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. W rzeczywistości modyfikacja uniemożliwia wykonawcom, takim jak Odwołujący, wzięcie udziału w postępowaniu. Warunek w zmienionej treści jest, zdaniem Odwołującego, jeszcze bardziej rygorystyczny i nadmierny. Sytuacji, tej nie zmienia wydłużenie okresu, w jakim osoba mogła zdobyć wymagane doświadczenie, gdyż okres ten, po zmianie, nadal jest ograniczony, co nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Ponadto, brak proporcjonalności warunku dotyczy nie tylko zmienionych wymagań dotyczących doświadczenia kierowników budowy, ograniczającego doświadczenie wyłącznie do budowy budynku użyteczności publicznej o określonej powierzchni obiektu oraz wartości każdego zadania, w ściśle określonym, wąskim przedziale czasowym, ale również ilości osób na to stanowisko, którymi dysponować musi Wykonawca. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, iż będzie dysponował, aż pięcioma osobami spełniającymi postawiony warunek. Formułując wymagania dotyczące referencyjnych inwestycji w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien brać pod uwagę okoliczności i warunki rynkowe, tak aby nadmierne wymagania co do osób, którymi ma dysponować wykonawca, nie prowadziły do faktycznej eliminacji z możliwości udziału w postępowaniu. Warunek udziału w postępowaniu, aby był adekwatny do przedmiotu zamówienia nie musi odpowiadać wszystkim parametrom zamówienia objętego postępowaniem i wymagać doświadczenia w realizacji identycznych zamówień. Wykazanie się porównywalnym doświadczeniem jest wystarczające dla wykazania zdolności i rzetelności wykonawcy oraz osób, którymi dysponuje.

Odnośnie zarzutu dotyczącego doświadczenia wymaganego od osób wskazanych na stanowisko Kierownika budowy Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie za budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiar sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu,

gastronomii, 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. Zamawiający nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia ogranicza warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych Kierownika budowy. Nieuzasadnione, w ocenie Odwołującego, jest ograniczenie udziału w postępowaniu wyłącznie do wykonawcy, który dysponuje Kierownikami budowy z doświadczeniem w zakresie budowy budynków wyłącznie z kategorii użyteczności publicznej. Przedmiotem zamówienia jest

wybudowanie/przebudowa/rozbudowa nowoczesnych, wielofunkcyjnych specjalistycznych obiektów Archiwów Państwowych w Koszalinie, Łodzi, Piotrkowie Trybunalskim, Poznaniu oraz Szczecinie. Budynki posiadają powierzchnie użytkowe kolejno: 2.213,09 m2, 8.559,0 m2, 5.422,5 m2, 2.396,61 m2, 9.430,17 m2. Wymaganie od każdego z Kierowników budowy, kierujących budową/przebudową/rozbudową poszczególnych budynków tożsamego doświadczenia jest jaskrawo nadmierny, w szczególności w sytuacji, w której, Zamawiający dla każdej budowy wymaga osobnego kierownika. Warunek ten nie jest uzasadniony w żadnym przypadku. Zamawiający bezzasadnie wyklucza, doświadczenie kierowników budowy w innych kategoriach obiektów budowlanych niż budynki użyteczności publicznej, takich jak np. hotele, budynki mieszkalne. Budowa takich obiektów, w szczególności o parametrach wskazanych przez Zamawiającego, nie różni się co do zasady od budowy większości budynków użyteczności publicznej. W realiach niniejszej sprawy wymóg dotyczący doświadczenia Kierownika budowy jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności. Tak sformułowane warunki są nieproporcjonalne, w tym sensie, że ograniczają krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą należycie wykonać przedmiot zamówienia. Wymagania, aby Kierownik budowy legitymował się doświadczeniem w budowie budynków użyteczności publicznej jest nieuzasadnioną potrzebą Zamawiającego.

Niezbędne doświadczenie do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia posiadają również Kierownicy budowy, którzy legitymują się doświadczeniem w budowie innych budynków (z wyłączeniem kategorii budynków użyteczności publicznej) o wskazanych przez Zamawiającego parametrach.

Odwołujący wskazał, że niezbędna w przedmiocie zamówienia jest zmiana warunków czasookresu zdobytego doświadczenia przez Kierownika budowy przez jego modyfikację. W ocenie Odwołującego wymagania co do Kierownika budowy określone w Modyfikacji z dnia 11 marca 2022 roku (opublikowanej w dniu 16 marca 2022r.), są zbyt rygorystyczne co

do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 9 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wskazano, że w celu stwierdzenia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych, wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. W przeciwieństwie do doświadczenia wymaganego od Wykonawcy, rozporządzenie nie przewiduje ograniczenia czasowego do doświadczenia, którym legitymować się mogą osoby przeznaczone do realizacji zamówienia. Uzasadnienia do takiego ograniczenia nie można również znaleźć w charakterze zamówienia. Przedmiot zamówienia nie jest bowiem, na tyle innowacyjny i unikatowy w swoich rozwiązaniach, aby uzasadniało to ograniczenie wykazywanego okresu doświadczenia do ostatnich siedmiu lat. Przy czym podkreślił, iż Zamawiający nie stawia żadnych specjalnych (poza powierzchnią i wartością) wymagań technicznych, co do wykazywanych budynków użyteczności publicznej. Tym samym, osoby wskazane na stanowisko Kierownika budowy powinny mieć możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym w całym okresie swojej działalności zawodowej (tj. po uzyskaniu uprawnień budowalnych).

Odnosząc się do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, uznać należy w ocenie Odwołującego, że zawężenie, o którym mowa w pkt. 7.7.1.4.4 lit. c), polegające na pełnieniu roli kierownika budowy wyłącznie w okresie ostatnich 7 lat przed upływem składania wniosku:

(i) w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) budynkach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania

ogłoszenia), i

(ii) w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowalnych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia),

jest nadmierne oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W pkt 7.7.1.4.4 lit. b) Zamawiający wskazał, że kierownik budowy musi posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową w specjalności konstrukcyjno-budowlanej po uzyskaniu uprawnień, o którym mowa w pkt. 7.7.1.4.4 lit. a). W ocenie Odwołującego spełnienie przez Kierownika budowy pkt 7.7.1.4.4 lit. a), lit. b) oraz posiadanie doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy w budowie budynków o powierzchni oraz wartości, o której mowa w pkt 7.7.1.4.4 lit. c) OPiW, dałoby rękojmię prawidłowego sprawowania funkcji Kierownika budowy w ramach inwestycji będącej przedmiotem zamówienia - również w przypadku, jeżeli ww. doświadczenie zawodowe miałoby miejsce wcześniej niż 7 lat przed upływem składania wniosku. Odwołujący wskazał, że dysponowanie osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia należy oceniać przez pryzmat całokształtu ustanowionych warunków określonych w OPiW. Zamawiający formując warunki powinien stosować wymogi udzielenia zamówienia, które umożliwią otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych/dostaw/usług, optymalnie odpowiadające ich potrzebom. Odwołujący nie kwestionuje, że kluczowym uczestnikiem procesu budowlanego jest Kierownik budowy, jednak doświadczenie zdobyte w ciągu całego okresu aktywności zawodowej, bez jego ograniczenia do ostatnich 7 lat, jest wystarczające do potwierdzenie jego kwalifikacji do pełnienia tej funkcji. W ocenie Odwołującego kluczową rolę powinno mieć uczestnictwo Kierownika budowy w budowie budynków o powierzchni i wartości wskazanej przez Zamawiającego - a nie moment ich realizacji.

Odwołujący wskazał, że utrzymanie postanowień OPiW w dotychczasowej treści, doprowadzi do nieuzasadnionego zawężenia kręgu podmiotów, które mogłyby skutecznie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności. W ocenie Odwołującego niezbędna jest zmiana przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w celu przywrócenia adekwatności i proporcjonalności i umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, dysponującym kadrą doświadczoną w realizacji budynków o powierzchni i wartości, zdobytej wcześniej niż wynika to z treści warunku po modyfikacji z dnia 16 marca 2022r. oraz z innej kategorii niż budynki użyteczności publicznej.

Odnośnie zarzutu dotyczącego liczby posiadanych Kierowników budowy przez Wykonawcę Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dysponowania 5 (pięcioma) osobami pełniącymi rolę kierownika budowy, przy czym, każda z nich musi spełniać wszystkie elementy postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie doświadczenia, tj. posiadać:

„b) co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową w specjalności konstrukcyjno-budowlanej po uzyskaniu uprawnień, o których mowa w lit. a,
c) doświadczenie w ostatnich siedmiu latach przed upływem składania wniosków:

- w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) budynkach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda (równowartość: w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia);

i

- w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość: w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia).”

Warunek dysponowania pięcioma osobami, nie został co prawda zmieniony Modyfikacją z dnia 16 marca 2022r. jednak, w kontekście zmiany samej treści warunku w zakresie doświadczenia wymaganego od wszystkich pięciu uosób, wymaganie dysponowania aż pięcioma osobami o takim doświadczeniu, stanowi barierę uniemożliwiającą Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu. Kierownik budowy z punktu widzenia prawa budowlanego jest osobą, która kieruje wykonywaniem obiektu

budowlanego w określonym miejscu lub jego odbudową, rozbudową, nadbudową. Kierownik budowy zobowiązany jest posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w jakiejkolwiek specjalności techniczno-budowlanej definiowanej przez prawo budowlane. Zgodnie z art. 22 pkt. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane. Do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa higieny pracy. Odwołujący podkreślił, że do głównych zadań kierownika budowy należy nadzorowanie wykonawców w taki sposób, aby budowa była prowadzona zgodnie z projektem i sztuką budowlaną - stałe przebywanie kierownika budowy na miejscu wykonywania robót budowlanych nie jest konieczne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Usytuowanie lokalizacyjne Archiwów Państwowych odpowiednio w Łodzi, Piotrkowie Trybunalskim oraz Poznaniu - umożliwia jednemu kierownikowi budowy na skuteczne kierowanie robotami budowlanymi, powyższe dotyczy również usytuowania Archiwów odpowiednio w Koszalinie i Szczecinie. Przepisy nie określają jak często i jak długo Kierownik budowy powinien być obecny na budowie, niezbędne jest wyłącznie, aby Kierownik budowy kierował w sposób należyty budową i wypełniał swoje obowiązki. Odwołujący wskazał, że zatrudnienie 5 (pięciu) Kierowników budowy - odpowiednio dla każdej lokalizacji Archiwów Państwowych jest nieadekwatne oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę usytuowanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu, muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozpatrywać jako niezbędność do należytego wykonania zmówienia. W kontekście proporcjonalności dodał, że Zamawiający zobowiązany jest dobierać oraz określać warunki - ograniczając je do wymagań minimalnych gwarantujących, osiągniecie pełnego celu prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (wyrok Krajowej Izby Odwoławcza z dnia 12 listopada 2012 r., KIO 2516/13). Zamawiający zgodnie z zasadą proporcjonalności jest obowiązany do opisania warunku udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu, do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Powoduje to, że określone przez Zamawiającego wymogi do danego rodzaju zamówienia powinny odnosić się do możliwie najniższego pozwalającego na wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający niesłusznie wymaga posiadania doświadczenia określonego w OPiW dla osób kluczowych do wykonania zamówienia. Określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych kierowników budowy w zakwestionowanym zakresie nie spełnia kryteriów w pzp, a to z uwagi na fakt, że warunki ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia, mimo, że ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewniania prawidłowej realizacji zamówienia. Konsekwencją jest uznania, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców. Zgodnie z doktryną 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.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia Kierownika budowy, nie spełniają kryteriów pzp, a to z uwagi na to, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia, mimo iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewniania prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części (w zakresie naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy pzp i żądania Odwołującego) przez modyfikację warunków udziału w postępowaniu - zmianę w pkt 7.7.1.4.4. lit. c tiret pierwszy OPiW wykazaniem się doświadczeniem w ostatnich siedmiu

latach przed upływem składania wniosków w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy zamiast 2 (dwóch) budynków użyteczności zmieniono na 2 (dwóch) wybudowanych obiektach budowlanych. Pozostała cześć warunku pozostała nie zmieniona. Zamawiający wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w części nieuwzględnionej. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania odwoławczego w dniu 14 kwietnia 2022 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje żądanie ewentualne odnoszące się do liczby Kierowników budowy w warunku z pkt 7.7.1.4.4. OPiW.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, HOCHTIEF PPP Inwestycje Polskie 2 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego (ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane zamawiającego Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie) oraz Odwołującego (zestawienie własne - zmiany warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.7.1.4.4 OPiW) na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 5.1. OPiW wskazano m.in.: „Planowany czas trwania etapu inwestycyjnego od 3 do 4 lat - w zależności od rodzaju inwestycji wybudowanie/przebudowa/rozbudowa (...)”

Zgodnie z ogłoszonym w dniu 2 lutego 2022 r. OPiW Zamawiający w pkt 7.7.1.4.4. postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„7.7.1.4.4. Dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 5 osobami pełniącymi rolę Kierownika Budowy, posiadającymi:

a) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub inne odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

b) co najmniej siedmioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową; w tym co najmniej w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 4 obiektach o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda,

oraz

c) doświadczenie w kierowaniu budową przy realizacji w ostatnich trzech latach przed upływem składania wniosków co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej należącego do kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo Budowlane: IX, XII, XVI o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto każda."

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach złożył odwołanie wnioskując m.in. o zmianę pkt 7.7.1.4.4. na:

„b) co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową; w tym co najmniej w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 obiektach użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto,

oraz

~~c) doświadczenie w kierowaniu budową przy realizacji w ostatnich trzech latach przed upływem składania wniosków co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej należącego do kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo Budowlane: IX, XII, XVI o powierzchni całkowitej co najmniej 5 000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto każda.~~ "

Zamawiający ww. odwołanie uwzględnił i w dniu 16 marca 2022 r. dokonał zmiany warunku OPiW z pkt 7.7.1.4.4. na następujący:

„7.7.1.4.4. Dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 5 osobami pełniącymi rolę Kierownika Budowy, posiadającymi:

a) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub inne odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

b) co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową w specjalności konstrukcyjno-budowlanej po uzyskaniu uprawnień, o których mowa w lit. a,

c) doświadczenie w ostatnich siedmiu latach przed upływem składania wniosków:

- w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) budynkach użyteczności publicznej

o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia);

i

- w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia)."

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności."

Artykuł 116 ust. 1 ustawy pzp: „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. (...)"

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415): „1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (.) 3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami."

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do części zarzutów i żądań dotyczących warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.7.1.4.4. OPiW, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego oraz wycofane przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów i żądań uwzględnionych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4, zgodnie z którym: „w przypadku uwzględnienia

przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów." Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty i żądania odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego co do zarzutów uwzględnionych, bez ich merytorycznego rozpoznania.

W zakresie zarzutów i żądania ewentualnego wycofanych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ oświadczenie o cofnięciu części zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego co do zarzutów wycofanych bez ich merytorycznego rozpoznania. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w tym zakresie.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu Izba uwzględniła odwołanie.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z pkt 7.7.1.4.4. w brzmieniu po zmianie OPiW z dnia 16 marca 2022 r. w zakresie, w jakim Zamawiający oczekiwał wykazania się dysponowaniem 5 osobami pełniącymi rolę Kierownika Budowy, posiadającymi: „c) doświadczenie w ostatnich siedmiu latach przed upływem składania wniosków: - w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy 2 (dwóch) budynkach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 3 000 m2 i wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto każda (równowartość w walutach obcych według średniego

kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia); i - w kierowaniu budową przy realizacji co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 5.000,00 m2 o wartości robót budowlanych co najmniej 50 000 000 zł brutto (równowartość w walutach obcych według średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia).” W ocenie Izby wymaganie dysponowania przez wykonawców aż 5 osobami z doświadczeniem dla każdego z nich dotyczącym trzech dużych wartościowo i powierzchniowo inwestycji, nabytym w ostatnich siedmiu latach przez upływem składania wniosków było warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz nieuzasadnionym potrzebami Zamawiającego i celem, który planował osiągnąć.

Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: „zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, 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.” W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślić należy, że Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż to zamawiający jako gospodarz postępowania kształtuje warunki udziału w postępowaniu mając na względzie charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia, a także argumentację, że rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń nie precyzuje wymagania doświadczenia personelu wykonawcy co do okresu w jakim to doświadczenie powinno zostać nabyte. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego w zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczone i powinno opierać się jak już wskazano na zasadzie proporcjonalności, równości, uczciwej konkurencji oraz posiadać uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Zdaniem Izby Zamawiający naruszył te zasady, a w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby warunek udziału w postępowaniu z pkt 7.7.1.4.4. OPiW był adekwatny do celu, jaki Zamawiający planuje osiągnąć. Zamawiający powoływał się w tym zakresie na specyfikę zamówienia, a konkretnie iż kierownik budowy będzie nadzorował roboty budowlane obejmujące m.in. wykonanie specjalistycznych instalacji umożliwiających bezpieczne, długoterminowe przechowywanie dużej ilości materiałów archiwalnych, w szczególności: instalacje przeciwpożarowe oraz zautomatyzowany system wentylacji i klimatyzacji. Z uwagi na wymagania technologiczne osoby, które będą pełnić funkcję kierownika budowy powinny mieć aktualną wiedzę i doświadczenie, które zmieniały się na przestrzeni lat, również w zakresie przepisów Prawa budowlanego, przepisów przeciwpożarowych oraz przepisów dotyczących warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zamawiający wskazywał także, że jego celem jest stworzenie nowoczesnych, wielofunkcyjnych i specjalistycznych obiektów, a zmiany które przywołuje miały miejsce na przestrzeni ostatnich siedmiu lat. Odnosząc się do powyższego w ocenie Izby, Zamawiający ustanowił warunek co do okresu nabytego doświadczenia w sposób abstrakcyjny, nie powiązany z okolicznościami, na które Zamawiający się powołuje. Zamawiający w żaden sposób nie przedstawił związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy konkretnymi zmianami w przepisach prawa czy stosowanych technologiach na przestrzeni lat a wymaganiem

doświadczenia w ostatnich siedmiu latach. Nie zostało wykazane, że osoba posiadająca doświadczenie nabyte w dłuższym okresie niż siedem lat przy realizacji dużych inwestycji nie będzie dawała rękojmi należytego wykonania zamówienia. Na potwierdzenie proporcjonalności warunku Zamawiający złożył dowód: ogłoszenie o zamówieniu w innym postępowaniu. Izba uznała ten dowód za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczy on doświadczenia w pełnieniu innej funkcji w procesie inwestycyjnym niż kierownik budowy oraz innych wymagań. Ponadto warunki udziału w postępowaniu należy rozpatrywać jako minimalne poziomy zdolności wykonawcy, które wszystkie łącznie wyznaczają profil wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Trudno zatem czynić porównania co do warunków określonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności przewidującego odmienne od rozpatrywanych wymagania.

Izba uznała za przekonywującą argumentację Odwołującego, iż wymaganie 5 osób pełniących funkcję kierownika budowy z doświadczeniem w ostatnich siedmiu latach przy trzech dużych inwestycjach jest warunkiem nadmiernym. Mając na względzie, iż Zamawiający planuje, że każda z przedmiotowych inwestycji będzie realizowana w okresie trzech bądź czterech lat oraz biorąc pod uwagę, że inwestycje z warunku, jako podobne do przedmiotu zamówienia prawdopodobnie musiałyby być wykonywanie również w takim okresie, to wymaganie aby jedna osoba pełniła funkcję kierownika budowy przy trzech takich realizacjach w ostatnich siedmiu latach jest wymaganiem trudnym czy wręcz niemożliwym do wykazania. Izba wzięła pod uwagę, co podkreślał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że rola kierownika budowy w dużym procesie inwestycyjnym wymaga jego ciągłego zaangażowania, a więc pełnienie tej funkcji na dwóch dużych realizacjach jednocześnie byłoby utrudnione. Za nieproporcjonalnością ustanowionego warunku i o jego ograniczającym konkurencję charakterze świadczy również przystąpienie po stronie Odwołującego czterech innych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Żaden z wykonawców nie przystąpił natomiast po stronie Zamawiającego, aby wykazać że warunek jest adekwatny i możliwy do spełnienia. Powyższe ukazuje jakie są warunki rynkowe i możliwości potencjalnych wykonawców co do spełnienia tak ukształtowanego warunku.

Izba zauważa, że żądaniem Odwołującego było usunięcie z warunku okresu, w jakim doświadczenie kierowników budowy zostało nabyte. Niemniej jednak Izba uznała, nie będąc związana żądaniem odwołania, w świetle pozostałych wymagań z treści warunku z pkt 7.7.1.4.4. OPiW, iż warunek doświadczenia w okresie ostatnich piętnastu lat będzie warunkiem proporcjonalnym, ale również uzasadnionym potrzebami Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż rozważał zwiększenie okresu do ostatnich dziesięciu lat, niemniej jednak nie złożył w tym zakresie oświadczenia w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający podkreślał również, iż na pewno nieadekwatne do przedmiotu zamówienia będzie doświadczenie zdobyte w latach 90tych. Izba stwierdziła, że zmiana o którą wnosił Odwołujący w odwołaniu byłaby zmianą zbyt daleko idącą, rodzącą ryzyko wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia. Izba wzięła pod uwagę oświadczenie co do okresu ostatnich piętnastu lat złożone przez Odwołującego i Przystępującego HOCHTIEF na rozprawie, a także okoliczność iż zmiany technologiczne i wprowadzanie innowacyjnych rozwiązań oraz zmiany w przepisach prawa, chociażby determinowane wdrożeniem przepisów unijnych do polskiego porządku prawnego mogłyby mieć wpływ na wiedzę i doświadczenie osób pełniących funkcję kierowników budowy, a tym samym na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, iż warunek w brzmieniu nadanym zmianą OPiW z dnia 16 marca 2022 r. był warunkiem nadmiernym, nieuzasadnionym potrzebami Zmawiającego, w zakresie w jakim stawiał wymóg dotyczący doświadczenia osób pełniących funkcję kierownika budowy w ostatnich siedmiu latach i nakazała wydłużenie tego okresu do ostatnich piętnastu lat przed upływem składania wniosków.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej planowanej przez Zamawiającego zmiany treści pkt 7.7.1.4.4. OPiW co do „wybudowanych" i „ukończonych realizacji" Izba wskazuje, że nie podlegała ona rozpoznaniu, gdyż Zamawiający modyfikacji tej nie wprowadził do dokumentacji postępowania na moment orzekania i okoliczność ta nie została objęta zakresem odwołania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....