

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „TEATR ROZMAITOŚCI”, Oddział zamawiającego: TR Warszawa, ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących okresów referencyjnych, z których wykonawca ma wykazać doświadczenie opisane w pkt VI.1.2) a) i c) Opisu potrzeb i wymagań oraz w zakresie zarzutu dotyczącego podkryterium selekcji „widownia”,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od odwołującego: CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, na rzecz zamawiającego: „TEATR ROZMAITOŚCI”, Oddział zamawiającego: TR Warszawa, ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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 1003/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - „TEATR ROZMAITOŚCI”, Oddział zamawiającego: TR Warszawa,

ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku TR Warszawa na placu Defilad w Warszawie”, numer referencyjny: PZP.TR-2.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.04.2022 r., nr 2021/S 065-167591.

W dniu 11.04.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i przekraczający minimalne poziomy zdolności, a co za tym idzie niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji,
- 2) art. 121 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nadmierne i nieuzasadnione zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,
- 3) art. 7 pkt 9 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie nieobiektywnych i dyskryminacyjnych kryteriów selekcji.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1. Zapis dotyczący wymaganego wskaźnika ekonomicznego - płynności gotówkowej jest wymaganiem nadmiernym i przekraczającym standardy rynkowe. Wskaźnik ten należy odnosić do branży w której działa firma - wysokie wskaźniki występują w firmach działających w branżach, gdzie jest mało zapasów i należności (np. w informatyce, przemyśle farmaceutycznym i rynku kapitałowym). Branża budowlana cechuje się inną specyfiką - długie terminy realizacji inwestycji, projekty o znacznych wartościach itp... (...) Zwrócić należy także uwagę na aktualną sytuację gospodarczą, gdzie utrzymywanie wysokich stanów gotówki przy wysokiej inflacji jest całkowicie nieracjonalne. Tym samym uznać należy, że określony przez Zamawiającego wskaźnik, został określony na zbyt wysokim poziomie, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wiele podmiotów, które w rzeczywistości z sukcesami realizują projekty budowlane.

2. Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez „spełniającego warunek określony w pkt VI. 2. a) zadania zarządzania realizacją całości prac”. Zastrzeżenie takie jest niezgodne z przepisami PZP, gdyż zgodnie z art. 121 PZP Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy
Należy jednak na wstępie podkreślić, że prawo Zamawiającego do zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia na zasadzie art. 121 PZP prowadzi do ograniczenia uprawnień i swobody wykonawców, w zakresie prawa do polegania na zasobach podmiotów trzecich celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, określone w art. 118 PZP. Skutkuje również ograniczeniem swobody wykonawcy w zakresie zlecenia podwykonawstwa, co również stanowi zasadę systemu zamówień publicznych określoną w art. 462 ust. 1 PZP.

W konsekwencji, zastrzeżenie osobistego wykonania, jako odstępstwo od wskazanych wyżej zasad - dopuszczalności podwykonawstwa oraz dopuszczalności korzystania z zasobów podmiotów trzecich - powinno być stosowane w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a także interpretowane możliwie wąsko.

Zamawiający nie wskazał w istocie zakresu prac, którego to zastrzeżenie dotyczy i nie wykazał związku takiego zastrzeżenia z realizacją prac, a zastrzeżenie to najwyraźniej ma służyć niemożliwością posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie o którym mowa w pkt VI. 2. a) OPiW.

Tym samym, stwierdzić należy, że oczekiwanie Zamawiającego osobistego wykonania prac w zakresie wskazanym w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPiW jest całkowicie nieuzasadnione technicznie, gdyż w żaden sposób nie podnosi ich jakości realizacji zamówienia, a tym samym nie wpływa korzystnie na celowości i rzetelności wydatkowania środków publicznych.

Powyższe okoliczności wskazują jasno, że zastrzeżenie osobistego wykonania niewątpliwie ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu, co skutkować musi również podwyższeniem cen składanych ofert w porównaniu do sytuacji braku przedmiotowego zastrzeżenia - także i z tej przyczyny, dokonanie rzeczzonego zastrzeżenia nie jest racjonalne i uzasadnione. (...)

3. Odwołujący wskazuje, że warunek określony w pkt VI. 2. a) jest nadmierny, w szczególności biorąc pod uwagę istnienie warunku zawartego w pkt VI. 2. b). (...)

Wskazać należy, że przedmiotem niniejszego postępowania jest budowa jednego budynku - zaś warunki udziału wskazują na trzy zadania, przy czym zadanie z pkt VI. 2. b) i c) są w pełni adekwatne do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza że warunki te dotyczą obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 tj. „Ogólnodostępne obiekty kulturalne”, a taki niewątpliwie stanowi przedmiot zamówienia. Ponadto w wymogu z pkt VI. 2. b) znalazł się wymóg „powierzchnia całkowita zrealizowanego budynku nie mniejsza niż 12 000 m²”, co niewątpliwie potwierdza nadmierność wymogu określonego na wstępie. Tym samym warunek określony w pkt VI. 2. a) nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia.

Zamawiający wykazuje się także niekonsekwencją - gdyż dla warunku najbardziej zbliżonego do przedmiotu zamówienia, tj. określonego w pkt VI. 2. b) przewidział 15 letni okres referencyjny, zaś dla warunku określonego w pkt VI. 2. a) - okres 5 letni.

W ocenie Odwołującego całkowicie wystarczającym i adekwatnym, spełniającym wszelkie wymagania z art. 112 PZP warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie robót budowlanych jest warunek określony w pkt VI. 2. b) i usunięcie warunku określonego w pkt VI. 2. a) jest całkowicie uzasadnione.

4. Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia argumentacji przemawiającej za usunięciem warunku określonego w pkt VI. 2. a), Odwołujący wskazuje że zasadnym jest uspoźnienie okresu referencyjnego dla warunków określonych w pkt VI. 2. a) i b).

W zakresie warunku określonego w pkt VI. 2. c) wskazać należy, że okres 5 letni dla zadania o bardzo specyficznych parametrach należy uznać za zbyt krótki. Wymagane zadanie referencyjne nie dotyczy powszechnie budowanych obiektów (jak osiedla mieszkaniowe, drogi, mosty itp..) a specyficznego, nowego budynku użyteczności publicznej z licznymi wyłączeniami. Wiele z budynków użyteczności publicznej powstaje na drodze rozbudowy, przebudowy czy modernizacji budynków istniejących - zaś warunek wyłącza możliwość wykazania się takim doświadczeniem, pomimo tego, że realizacja przebudowy, rozbudowy lub modernizacji istniejącego budynku często jest zadaniem o wyższym poziomie trudności technicznej.

5. W zakresie kryteriów selekcji wskazać należy, że zgodnie z przepisami PZP kryteria selekcji mają być obiektywne i niedyskryminacyjne. Określone przez Zamawiającego kryteria nie spełniają tych wymagań.

5.a. - kryterium KI, podkryterium „nagroda za inwestycje” (pkt VII.8.4).viii) - uznać należy, że przyjęte rozumienie tego pojęcia jest nieprecyzyjne i nieporównywalne. Za nagrodę „o zasięgu krajowym” można uznać dowolną nagrodę architektoniczną (np. puchar prezesa firmy składającej ofertę w postępowaniu) zaś o zasięgu międzynarodowym - np. nagrodę przyznaną w konkursie obejmującym dwa dowolne kraje (nawet nie mające tradycji w architekturze, kraje o niskim poziomie rozwoju) lub dowolne co najmniej dwa regiony narodowe. Tym samym taką samą dodatkową punktację uzyskają obiekty nagrodzone w poważnej rywalizacji jak i takie, które uzyskały „nagrody” będące całkowitą fikcją.

5.b. - kryterium KI, podkryterium „zakres robót” (pkt VII.8.4).ix) lit. a) („wysokiej jakości

wykonania i wykończenia połączeń stalowych w technologii spawania") - Zamawiający nie określił w jaki sposób będzie dokonywał takiej oceny (np. w jaki sposób uzyska dostęp do inwestycji zrealizowanych kilka lat temu, nie będących już w dyspozycji Wykonawcy) co będzie uznane za „wysoką jakość” - wg. jakich norm będzie to oceniane, kto to będzie oceniał i w jakiej procedurze.

5.c. - kryterium K1, podkryterium „zakres robót” (pkt VII.8.4).ix) lit. d) „stałego automatycznego monitorowania podziemnych tuneli metra lub kolei - 5 pkt” - Odwołujący wskazuje że przedmiotem zamówienia nie jest budowa podziemnych tuneli metra lub kolei, co powoduje że kryterium to jest całkowicie nieadekwatne do zakresu niniejszego postępowania i jest prawdopodobnie omyłką.

5.d. - kryterium K11, podkryterium „widownia” (pkt VII.9.3).ii) - Odwołujący wskazuje że w ramach przedmiotu zamówienia maksymalna pojemność widowni w obiekcie będącym przedmiotem postępowania wynosić będzie 700 osób - zatem punktowana jest cecha dotycząca w znacznej mierze zakresu przekraczającego zakres adekwatny do przedmiotu zamówienia - maksymalna punktacja będzie przyznana za 1.200 miejsc, zatem niemal dwukrotnie większą niż będącą przedmiotem zamówienia - co nie powinno mieć miejsca.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany wymaganego wskaźnika płynności gotówkowej (pkt VI.1.1).c.ii.), tj. zastąpienia stwierdzenia „na poziomie nie mniejszym niż 0,3” stwierdzeniem „na poziomie nie mniejszym niż 0,03”,
- 2) usunięcia zapisu - pkt IV.8 - o treści: „Zamawiający wymaga osobistego wykonania przez Wykonawcę spełniającego warunek określony w pkt VI. 2. a) zadania zarządzania realizacją całości prac.” oraz usunięcia zapisu o treści: „Zamawiający zastrzega, że ten warunek winien być spełniony osobiście przez Wykonawcę lub jednego z Wykonawców występujących wspólnie, bez udziału podmiotu trzeciego.” - zawartego w pkt VI. 2. a), a w przypadku nieusunięcia wymogu zawartego w pkt VI. 2. a) - w całości zgodnie z żądaniem z pkt 3,
- 3) usunięcia wymogu zawartego w pkt VI. 2. a) jako nadmiernego,
- 4) zmiany okresu „referencyjnego”, w którym należało zrealizować roboty stanowiące warunek udziału w postępowaniu:
 - a) zawartego w pkt VI. 2. a) [w przypadku jego nieusunięcia] okresu 5 lat na okres 15 lat (tj. uspołnienia z okresem wskazanym w pkt VI. 2. b)),
 - b) zawartego w pkt VI. 2. c) okresu 5 lat na okres 10 lat,
- 5) usunięcia z kryteriów selekcji [w przypadku nieusunięcia wymogu zawartego w pkt VI. 2 a)]:
 - a) w kryterium K I podkryterium „nagroda za inwestycje” (pkt VII.8.4).viii),
 - b) w kryterium K I podkryterium „zakres robót” (pkt VII.8.4).ix) lit. a) „wysokiej jakości wykonania i wykończenia połączeń stalowych w technologii spawania - 5 pkt”,
 - c) w kryterium K I podkryterium „zakres robót” (pkt VII.8.4).ix) lit. d) „stałego automatycznego monitorowania podziemnych tuneli metra lub kolei - 5 pkt”,
 - d) w kryterium K II podkryterium „widownia” (pkt VII.9.3).ii).

Pismem z dnia 14.04.2022 r. wykonawca Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 25.04.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w zakresie zarzutów, dla których żądania zostały w odwołaniu oznaczone numerami 4 i 5d, tj. zarzutów dotyczących okresów referencyjnych, z których wykonawca ma wykazać doświadczenie opisane w pkt VI.1.2) a) i c) Opisu potrzeb i wymagań oraz zarzutu dotyczącego podkryterium selekcji „widownia”. W związku z uwzględnieniem ww. zarzutów i brakiem przystąpienia po stronie zamawiającego jakiegokolwiek wykonawcy, postępowanie odwoławcze podlegało w ww. zakresie umorzeniu. W stosunku do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący warunku płynności gotówkowej.

W pkt VI.1.1) c)ii Opisu potrzeb i wymagań (dalej: „OPiW”), zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że na koniec ostatniego zakończonego roku obrotowego (dla którego zostało wydane i podpisane przez biegłego rewidenta sprawozdanie finansowe), osiągnął m.in.:

ii. Wskaźnik płynności gotówkowej, będący stosunkiem posiadanych środków pieniężnych do sumy bieżących zobowiązań - na poziomie nie mniejszym niż 0,3.

Zamawiający do wyliczenia wskaźników przyjmie następujące wzory kalkulacji, korzystając z zasad prezentacji zgodnych z ustawą z dnia 29 września 1994r o rachunkowości (Dz.U.2021r poz. 217 ze zm.) dla jednostek innych niż banki, zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracyjne:

ii. Wskaźnik płynności gotówkowej:

środki pieniężne (Bilans, Aktywa, poz. B. III.1.c)

zobowiązania krótkoterminowe (Bilans, Pasywa, poz. B.I.2 część krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.I.3 część krótkoterminowa + Bilans, Pasywa, poz. B.III + Bilans, Pasywa, poz. B.IV.2 część krótkoterminowa)

Odwołujący domaga się zmiany ww. warunku w ten sposób, aby wskaźnik płynności gotówkowej był wymagany na poziomie nie mniejszym niż 0,03.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z ww. przepisu wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia, co wynika także z użytego przez ustawodawcę sformułowania „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że pismem z dnia 20.04.2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji ww. warunku poprzez ustalenie wskaźnika płynności gotówkowej na poziomie nie mniejszym niż 0,2. Tym samym zamawiający istotnie obniżył pierwotnie wymaganą wartość ww. wskaźnika.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że z dowodów złożonych na rozprawie przez zamawiającego, tj.:

1) opracowania ze strony Stockbroker.pl wynika, że wśród spółek WIG20, mWIG40, sWIG80 wskaźnik przeciętnie przyjmuje wartość 0,25, przy czym dla większości spółek wartość wskaźnika mieści się w przedziałach od 0 do 0,09 oraz od 0,1 do 0,2, a ponadto spora jest też grupa spółek o płynności gotówkowej powyżej 1, natomiast w branży

budownictwa wskaźnik osiąga wartość średnio ok. 0,25,

2) opracowania ze strony BiznesRadar.pl. wynika, że większość wskazanych w tym opracowaniu przedsiębiorstw posiada wskaźnik na poziomie 0,2 lub wyższym.

W świetle przedstawionych dowodów należy stwierdzić, że wymagany wskaźnik

płynności gotówkowej na poziomie nie mniejszym niż 0,2, nie jest nadmierny, skoro może go spełnić wielu wykonawców na rynku, a ponadto jest nawet niższy od średniego w branży budownictwa. Należy przy tym pamiętać, że warunki udziału w postępowaniu mają być opisywane na poziomie minimalnym, ale jednak umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Skoro zatem wymagany poziom wskaźnika jest osiągalny dla wielu wykonawców i jest niższy od średniej w branży, a jednocześnie właściwa realizacja niniejszego zamówienia wymaga, aby wykonawca posiadał zasoby pieniężne pozwalające mu na pokrywanie zobowiązań wobec np. podwykonawców, to znaczy, że warunek został opisany zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, w tym także proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Dlatego Izba oddaliła odwołanie w zakresie ww. zarzutu.

Zarzut dotyczący warunku doświadczenia - VI.1.2) a) OPIW.

W pkt VI. 1.2) a) OPIW zamawiający wskazał, że w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca musi wykazać, że (przed zmianą):

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował roboty budowlane w zakresie budowy co najmniej 1 nowego budynku o wymaganych (dla każdego z wskazanych budynków) parametrach:

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 12 000,00 m²,
- wartości robót nie mniejszej niż 200.000.000,00 zł netto,
- wraz z kondygnacją podziemną,
- budynek był realizowany w bezpośrednim sąsiedztwie innych budynków, z ograniczeniami w zakresie powierzchni terenu budowy,
- wskazany obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie, powyższy warunek winien spełnić w całości co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie.

Zamawiający zastrzega, że ten warunek winien być spełniony osobiście przez Wykonawcę lub jednego z Wykonawców występujących wspólnie, bez udziału podmiotu trzeciego.

W pkt IV.8. OPIW zamawiający wskazał, że wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę spełniającego warunek określony w pkt. VI. 2. a) zadania zarządzania realizacją całości prac.

Odwołujący domaga się usunięcia tego warunku w całości, ewentualnie w przypadku jego nieusunięcia w całości, domaga się zmiany ww. warunku w ten sposób, aby usunąć postanowienia:

- „Zamawiający wymaga osobistego wykonania przez Wykonawcę spełniającego warunek określony w pkt VI. 2. a) zadania zarządzania realizacją całości prac.”
- „Zamawiający zastrzega, że ten warunek winien być spełniony osobiście przez

Wykonawcę lub jednego z Wykonawców występujących wspólnie, bez udziału podmiotu trzeciego.”

Zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zarządzanie realizacją wykonywanych robót stanowi element wykonania tych robót. Jest przy tym zasadne, by uznać ten element za kluczowy dla zamówienia, gdyż od właściwego zarządzania całością robót zależy jakość i terminowość ich wykonania. Jest także naturalne, że zarządzanie robotami powinno co do zasady należeć do zadań generalnego wykonawcy, który powinien też współpracować z zamawiającym i z projektantem i który ponosi odpowiedzialność za realizację zamówienia. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 121 ustawy Pzp w postanowieniu przewidującym obowiązek osobistego wykonania zadania polegającego na zarządzaniu realizacją całości prac. Zadanie to dotyczy robót budowlanych i jest kluczowe dla ich wykonania, zatem obowiązek jego osobistego wykonania (bez korzystania z podwykonawców) jest zasadny.

Konsekwencją powyższego jest także stwierdzenie, że spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, opisanego w pkt VI.1.2) a) OPIW, musi być wykazane bez udziału podmiotu użyczającego zasoby. Zgodnie bowiem z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, podmiot udostępniający zasoby musi (zwykle w charakterze podwykonawcy) wykonać roboty budowlane, do realizacji których jego zasoby były wymagane. Skoro zamawiający wyłączył możliwość powierzenia podwykonawcy zadania polegającego na zarządzaniu robotami, to w efekcie wykonawca wykazujący spełnienie warunku doświadczenia (zamawiający ograniczył to tylko do doświadczenia z pkt VI.1.2) a) nie może wykazać spełnienia tego warunku przy pomocy podmiotu użyczającego zasoby, gdyż prowadziłoby to ominięcia zakazu podwykonawstwa w zakresie ww. zadania. W ocenie Izby wymóg wykazania spełnienia tego warunku osobiście przez wykonawcę lub jednego z wykonawców występujących wspólnie, bez udziału podmiotu trzeciego, jest zatem skorelowany z uznaniem zadania polegającego na zarządzaniu robotami za kluczowe i jest konsekwencją tego uznania. Przy czym Izba, jak już wyżej wskazano, stwierdziła, że zasadne jest uznanie zarządzania robotami za zadanie kluczowe, zatem konsekwentnie stwierdziła też, że zasadne jest zastrzeżenie, że spełnienie warunku doświadczenia (tylko z pkt VI. 1.2) a) musi być wykazane bez korzystania z zasobów tzw. podmiotów trzecich. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące kryteriów selekcji.

W pkt VII OPIW, zamawiający wskazał, że do udziału w dialogu zaprosi nie więcej niż 5 wykonawców i że będzie przyznawał punkty zgodnie z określonymi parametrami za doświadczenie wykonawcy w realizacji inwestycji referencyjnych o charakterze i zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał w związku z tym m.in. następujące kryteria selekcji:

8. KRYTERIUM K I

- 1) Wykonawca w ramach tego kryterium może wskazać w kwestionariuszu inwestycji referencyjnych maksymalnie 2 inwestycje referencyjne spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w pkt VI.1.2) lit. a), które będą podlegać ocenie Zamawiającego. Zamawiający będzie przyznawał maksymalną ilość punktów wynikającą z poniżej określonych parametrów wskazanych dla inwestycji referencyjnych.
- 2) UWAGA. Zamawiający zastrzega, że to kryterium ma być spełniane przez Wykonawcę lub jednego z Wykonawców występujących wspólnie, bez udziału potencjału podmiotu trzeciego.
- 3) Zamawiający oceni oddzielnie każdą z przedstawionych inwestycji referencyjnych. Zamawiający w tym kryterium będzie przyznawał ilość punktów uzyskanych za dwie wykazane inwestycje referencyjne.
- 4) Zamawiający oceni inwestycje w zakresie m.in. następujących parametrów:

viii. nagroda za inwestycje - jeżeli zrealizowana inwestycja referencyjna otrzymała nagrodę architektoniczną o zasięgu krajowym lub międzynarodowym - Zamawiający przyzna 10 pkt,

ix. zakres robót - Zamawiający będzie ocenił wykonanie:

a. wysokiej jakości wykonania i wykończenia połączeń stalowych w technologii spawania - 5 pkt

d. stałego automatycznego monitorowania podziemnych tuneli metra lub kolei - 5 pkt.

Odwolujący domaga się - o ile nie zostanie w całości usunięty warunek z pkt VI.1.2) a) OPiW - usunięcia wszystkich wskazanych podkryteriów selekcji.

Zgodnie z art. 7 pkt 9 ustawy Pzp, przez kryteria selekcji - należy rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych.

Zarówno odwołujący, jak i zamawiający byli zgodni, że do kryteriów selekcji zastosowanie mają także reguły dotyczące kryteriów oceny ofert, w tym zakaz nieograniczonej swobody pozostawionej zamawiającemu przy ich opisie. Pozostając przy tej retoryce stron, należy się jednak zgodzić z zamawiającym, że pewna, ograniczona swoboda jest zatem dozwolona. Potwierdza to praktyka i konieczność zastosowania przez zamawiających niejednokrotnie kryteriów oceny ofert takich jak np. ocena jakiejś metodyki, czy koncepcji, w których ocena ta nie może mieć charakteru zero-jedynkowego, sprowadzającego się do przeliczenia punktów wg „twardych danych”, ale siłą rzeczy zawiera jakieś elementy subiektywizmu. Choć jednocześnie należy podkreślić, że element taki musi zostać ograniczony do sytuacji niezbędnych.

W przedmiotowej sprawie podkryteria selekcji dotyczące punktacji za nagrody architektoniczne oraz za wysoką jakość wykonania i wykończenia połączeń stalowych w technologii spawania zawierają pewien czynnik subiektywizmu, zatem należało odpowiedzieć na pytanie, czy dają one zamawiającemu nieograniczoną swobodę w ocenie wykonawców. Izba stwierdziła, że w podkryterium nagród zostało jednak wskazane, że chodzi o nagrody architektoniczne o zasięgu krajowym lub międzynarodowym, co oczywiście nie wyłącza konieczności dokonywania oceny nagród przyznawanych w wielu różnych konkursach, ale też w jakiś sposób ogranicza ich liczbę i rodzaj. Należy się też zgodzić z zamawiającym, że doprecyzowanie punktowanych nagród czy tego, co będzie uznawane za wysoką jakość spawania, wobec istniejących w tym zakresie różnorodności, mogłoby doprowadzić do niezasadnego wyłączenia z góry udziału określonych wykonawców w postępowaniu. Wreszcie należy zwrócić uwagę na cel zastosowania kryteriów selekcji, którym jest zaproszenie do dialogu wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają oczekiwania zamawiającego, a zatem w najwyższym stopniu zapewniają zdolność do należytego wykonania zamówienia. Izba wzięła w związku z tym pod uwagę charakter niniejszego zamówienia, w tym jego skalę, wyjątkowość, stopień skomplikowania i lokalizację (czyli duży obiekt o przeznaczeniu artystycznym ze ścianami ze spawanych płyt, mający w zamierzeniu sam w sobie stanowić - wg słów zamawiającego - „dzieło sztuki” i umiejscowiony w ruchliwym centrum miasta) i stwierdziła, że w świetle tej specyfiki zamówienia, zamawiający nie przekroczył dozwolonych granic swobody w kształtowaniu ww. podkryteriów selekcji.

Odnosząc się natomiast do podkryterium stałego automatycznego monitorowania podziemnych tuneli metra lub kolei, zamawiający wyjaśnił, że wykonawca realizujący zamówienie będzie musiał zainstalować czujniki, za pomocą których będzie monitorował, czy budowa nie wpływa negatywnie na sytuację w biegnącym przez działkę metrze. Tym samym należy uznać, że dodatkowe punktowanie doświadczenia w tym zakresie jest uzasadnione.

Z uwagi na powyższe ustalenia, odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący

KIO 1003/22