

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę B-ACT Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez Teatr Rozmaitości, ul. Marszałkowska 8, 00-590 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - wykonawcy: SAFEGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego: B-ACT Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego: Teatr Rozmaitości w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1650/24

Uzasadnienie

Teatr Rozmaitości w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług inżyniera kontraktu w związku z realizacją robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego Budowa budynku TR Warszawa na placu Defilad w Warszawie”, numer referencyjny: PZP.TR2.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 30 kwietnia 2024 roku pod numerem 255774-2024.

B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w zakresie dotyczącym postanowienia z rozdziału 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a i b) SWZ wraz z zastrzeżeniem uczynionym pod ich treścią. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 117 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit a i b) SWZ, zgodnie z którym warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wymaganego doświadczenia (opisany w Rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a i b) SWZ) składający się z dwóch usług (lit. a-b), winien być, w przypadku konsorcjum, spełniony w taki sposób, aby to jeden z wykonawców (konsorcjantów) posiadał wymagane łącznie doświadczenie (w całości), podczas gdy wymóg ten jest nadmierny, nieuzasadniony i sprzeczny z praktyką rynkową, a za w pełni odpowiadające wymaganiom Zamawiającego uznać należałoby dopuszczenie sumowania tego potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, tj.: określenie w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt

1 lit. a) warunku, który ogranicza możliwość posłużenia się doświadczeniem związanym z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie do obiektów zgodnych z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 w sytuacji, gdy takie (tj. odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego) doświadczenie można zdobyć również poprzez świadczenie podobnych usług określonych dla całej grupy 126 PKOB;

a w konsekwencji

3)art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)usunięcie (wykreślenie) zastrzeżenia z Rozdziału 9 SWZ pkt 9.2.4. pkt 1 lit. a i b) SWZ w całości:

Ww warunek musi zostać spełniony w całości przez co najmniej jednego wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie lub przez podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się wykonawca

2)zmianę treści warunku określonego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:

a) usługę polegającą na przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane uwzględniającego warunki kontraktowe FIDIC polegające na wybudowaniu ogólnodostępnego obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 (z wyłączeniem kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, schronisk dla zwierząt, ogrodów zoologicznych i botanicznych).

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

a)usługę polegającą na przygotowaniu co najmniej jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane uwzględniającego warunki kontraktowe FIDIC

oraz

co najmniej jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na wybudowaniu ogólnodostępnego obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 (z wyłączeniem kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, schronisk dla zwierząt, ogrodów zoologicznych i botanicznych), które nie musiało uwzględniać warunków kontraktowych FIDIC.

Na potrzeby oceny spełniania niniejszego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający jako wybudowanie zaakceptuje także rozbudowę, w przypadku, kiedy dobudowana część budynku samodzielnie (z wyłączeniem części istniejącej) mogłaby funkcjonować jako obiekt budowlany klasy 1261.

W uzasadnieniu Odwołujący przytoczył treść rozdziału 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a i b) SWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w podał w szczególności, że Zamawiający postawił wymóg, aby przyszły wykonawca zamówienia dysponował m.in. odpowiednią zdolnością techniczną lub zawodową (doświadczeniem), wprowadzając jednocześnie ograniczenie, które zdaniem Odwołującego stanowi rażące ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu i pozostaje nieproporcjonalne względem postawionego warunku udziału, jak i samego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w treści SWZ przewidział bowiem, że w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (lub w przypadku polegania na udostępnionych Wykonawcy zasobach podmiotu trzeciego) warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 nie podlegają sumowaniu, tj. zdolności w zakresie ilości, wielkości, wartości i jakości usług muszą być spełnione przez jeden podmiot. W ocenie Odwołującego kwestionowane zastrzeżenie ogranicza krąg podmiotów zdolnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy nie istnieją ku temu żadne obiektywne powody. Prawo do łączenia potencjałów w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zaliczyć należy do kanonu zasad, którymi kierować się powinien zamawiający udzielając zamówienia. Właśnie w tym celu (sprostanie wymaganiom stawianym przez zamawiającego) tworzone są konsorcja. Zamawiający może - w świetle art. 117 ust. 1 Pzp - dokonać ograniczenia zasad łączenia zasobów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Ograniczenie to musi jednak być podyktowane charakterem zamówienia i musi pozostawać proporcjonalne. Wynikające z przywołanego przepisu uprawnienie traktować należy jako wyjątek od reguły (którą jest prawo do sumowania potencjałów), a jako takie należy je traktować w sposób zawężający.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż warunek udziału, który choć uregulowany został w ramach jednego punktu (pkt 9.2.4. ppkt 1) to dzieli się na dwa odrębne podpunkty przedstawiające w istocie doświadczenie w realizacji usług o rozbieżnym od siebie charakterze. W ramach warunku udziału określonego w punkcie 9.2.4. pkt 1 lit a i b) SWZ Zamawiający stawia wymagania w stosunku wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia:

(a) usługę polegającą na przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane uwzględniającego warunki kontraktowe FIDIC polegające na wybudowaniu ogólnodostępnego obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 (z wyłączeniem kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, schronisk dla zwierząt, ogrodów zoologicznych i botanicznych);

(b) usługę polegającą na świadczeniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu (nie przebudowa, rozbudowa i remont) budynku użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 200 000 000 zł, która to usługa świadczona była co najmniej od dnia przekazania terenu budowy wykonawcy robót budowlanych do pozyskania pozwolenia na użytkowanie wspomnianego budynku.

Odwolujący stwierdził, że doświadczenie wskazane w pkt 9.2.4. lit. a) SWZ nawiązuje do usługi polegającej na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Usługa ta ma charakter ściśle formalny tj. polega na czynnościach formalnych – m.in. opracowaniu dokumentacji zamówienia, prowadzenia korespondencji z wykonawcami, udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców, ocenie ofert. Postawiony wymóg nawiązuje do doświadczenia w pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu, jednak zakres tej funkcji sprowadza się do czynności o charakterze niepolegającym na sprawowaniu faktycznego nadzoru nad realizacją robót (lecz pełnieniu administracyjnych funkcji na etapie poprzedzającym zlecenie robót budowlanych). Usługa wskazana w lit. a) warunku udziału sprowadza się w najszerszym ujęciu do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Pzp. Usługę taką realizują najczęściej bezpośrednio zamawiający publiczni (ich wewnętrzne jednostki odpowiedzialne za zamówienia publiczne) bądź kancelarie prawne lub doradcze specjalizujące się w doradztwie zamówieniowym (działające na zlecenie podmiotów publicznych). Doświadczenie opisane w lit. b) warunku odnosi się z kolei do doradztwa ściśle inwestycyjnego. Nadzór nad robotami budowlanymi sprowadza się bowiem do aktywnej kontroli procesu realizacyjnego robót budowlanych. Nadzór budowlany kontroluje zgodność wykonywanych prac z zatwierdzonym projektem, warunkami zdefiniowanymi w decyzji o pozwoleniu na budowę oraz z przepisami ustawy Prawo budowlane. Rolą wykonawcy realizującego usługę nadzoru nad robotami budowlanymi jest również ocena zgodności rozwiązań architektoniczno - budowlanych z obowiązującymi w branży przepisami i aktualną wiedzą techniczną. Cechą zakresu usług opisanych w lit. b) jest zapewnienie prawidłowej jakości wykonywanych robót budowlanych oraz zapewnienie, że inwestycja zostanie ukończona zgodnie z wymogami kontraktu.

Różnica w zakresie przedmiotowym usług z lit. a) oraz b) zdaje się być więc wyraźna. Doświadczenie z lit. a) sprowadza się do formalnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tu w tym zakresie niezbędna jest znajomość przepisów Pzp). Samo też przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ingeruje bezpośrednio w proces budowlany. Doświadczenie to nie wymaga też kadry z tak specjalistycznym wykształceniem (budowlanym) oraz stosownymi uprawnieniami. Z kolei doświadczenie opisane w punkcie b) koncentruje się na koordynacji procesu budowlanego. Aby zatem możliwe było prawidłowe wykonanie takiej usługi, kadra nadzorująca roboty budowlane musi składać się z wyspecjalizowanych, w rozumieniu Prawa budowlanego, uczestników, nierzadko posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane. Przedstawione „podwarunki” z pkt. 9.2.4. pkt 1 lit. a i b) SWZ wymagają zatem doświadczenia w zupełnie odmiennym zakresie. Dotyczy to zarówno ujęcia przedmiotowego i podmiotowego. Aby bowiem móc zrealizować usługę w lit. a) koniecznym jest dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą administracyjno-prawniczą, z kolei, aby zrealizować usługi z lit. b) koniecznym jest dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą budowlaną. O tym, że krąg inwestycji objętych warunkiem udziału jeszcze bardziej się zacieśnia świadczą cechy obiektów (inwestycji) na których realizowane miały być poszczególne usługi. Jest to:

(a) dla litery a) kwestionowanego warunku: wybudowanie ogólnodostępnego obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 (z wyłączeniem kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, schronisk dla zwierząt, ogrodów zoologicznych i botanicznych);

(b) dla lit. b) kwestionowanego warunku: wybudowanie (nie przebudowa, rozbudowa i remont) budynku użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 200 000 000 zł, która to usługa świadczona była co najmniej od dnia przekazania terenu budowy wykonawcy robót budowlanych do pozyskania pozwolenia na użytkowanie wspomnianego budynku.

Zdaniem Odwołującego treść podwarunków znacząco zawęża ilość inwestycji/obiektów, które mogłyby pozwolić spełnić warunek udziału określony w pkt 9.2.4. pkt 1) SWZ. Wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu wszystkich usług wskazanych w pkt 9.2.4. pkt 1 lit a i b) SWZ jawi się jako skrajnie dyskryminujący, nieproporcjonalny i ograniczający konkurencyjność. Rękojmię należytego wykonania zamówienia daje również konsorcjum składające się z wykonawców, spośród których jeden wykonał usługę polegającą na przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane uwzględniającego warunki kontraktowe FIDIC spełniającą wymagania z lit.

a) kwestionowanego warunku, natomiast drugi zdobył doświadczenie w trakcie realizacji usługi polegającej na świadczeniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej (tj. zgodnie z lit. b) kwestionowanego warunku). Podmiot, który przygotował i przeprowadził postępowanie na wybór wykonawcy robót budowlanych dla budowy obiektu kulturalnego posiada kompetencje, które pozwolą mu przygotować i przeprowadzić postępowanie wchodzące w skład przedmiotu Zamówienia, zwłaszcza we współpracy z podmiotem, który nabył doświadczenie w nadzorze nad robotami budowlanymi określonymi w lit. b) warunku. Odwołujący zaznaczył, że jego celem nie jest ograniczenie prawa Zamawiającego do formułowania warunków w sposób odpowiadający Jego uzasadnionym potrzebom. Dlatego też Odwołujący nie kwestionuje meritum wymogów, mając świadomość, że Zamawiający poszukuje wykonawcy, który będzie Go wspierał zarówno na etapie postępowania przetargowego, jak i w toku realizacji inwestycji. Zrozumiałe jest zatem stawianie wymogów korelujących z tym zakresem. Przedmiotem odwołania jest natomiast zakaz sumowania doświadczenia w tym zakresie. Odwołujący pozostaje bowiem na stanowisku, że swój cel Zamawiający może osiągnąć bez tego obostrzenia, a rezygnacja z tego pozwoli zachować konkurencyjność. W postępowaniu powstała sytuacja, w której konsorcjum jest dyskryminowane. Zamawiający nie tylko ogranicza konkurencyjność w postępowaniu (albowiem na rynku nie istnieje wiele podmiotów mogących legitymować się doświadczeniem zarówno w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz doświadczeniem w sprawowaniu nadzoru budowlanego), ale w takiej sytuacji wyraźnie widać dysproporcję w zakresie traktowania wykonawców, którzy jako profesjonalni uczestnicy rynku mają prawo wybrać formę współpracy i decydują się na złożenie oferty jako konsorcjum. Zamawiający posiadają dosyć dużą swobodę w kreowaniu warunków udziału w postępowaniu, o ile są one proporcjonalne co do przedmiotu zamówienia. W odmiennej sytuacji, tj. sformułowania warunków w sposób zbyt rygorystyczny, dojdzie bowiem do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji, przez co zostaną (w konsekwencji) naruszone zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem warunku określonego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a) SWZ jest wykonanie usługi związanej z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to usługa, której wykonanie powierza się często kancelariom prawnym lub wyspecjalizowanym doradcom z zakresu prawa zamówień publicznych. Polega ona na stworzeniu dokumentacji zamówienia (w tym SWZ, analizy potrzeb i wymagań, wzoru umowy itd.) w oparciu o przepisy Pzp, a więc materię typowo „formalno-prawną”. Dokumenty składające się na postępowanie o udzielenie zamówienia są dokumentami typowymi, których treść wynika wprost z przepisów Pzp lub których wzory zostały przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych. Nie jest to więc usługa nietypowa. Jej spełnienie można wykazać na podstawie realizacji innych inwestycji (nawet tak odległych od tej objętej przedmiotem zamówienia jak budowa oczyszczalni ścieków lub infrastruktury drogowej). Innymi słowy doświadczenie przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można zdobyć w wyniku realizacji różnych projektów. Niemniej, w kontekście inwestycji takich jak ta objęta przedmiotem niniejszego zamówienia – decydujący wpływ na ukształtowanie jednego z elementów składających się na dokumentację postępowania jest Opis Przedmiotu Zamówienia oraz Wzór Umowy. W celu przygotowania powyższych dokumentów niezbędne jest doświadczenie przy realizacji podobnych inwestycji, bowiem ma ono wpływ na ukształtowanie treści warunków kontraktowych FIDIC m.in. w zakresie odbiorów częściowych i odbioru końcowego inwestycji lub szczególnego reżimu wykonania poszczególnych elementów zamówienia. Doświadczenie dotyczące opisanej powyżej materii można zdobyć również w przypadku realizacji inwestycji (postępowań), które nie były przeprowadzone w oparciu o warunki FIDIC. Zasady odbioru tego typu zadań są opisane w sposób szczegółowy i specjalistyczny przy inwestycjach, które nie są prowadzone w oparciu o warunki kontraktowe – dla specjalistycznych podmiotów, posiadających doświadczenie w stosowaniu warunków kontraktowych FIDIC (takich jak Odwołujący), ich inkorporowanie do treści Wzoru Umowy (sporządzonej w oparciu o warunki FIDIC) jest zadaniem wręcz banalnym (dochodzi bowiem wyłącznie do modyfikacji poszczególnych klauzul umownych). Doświadczenie niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia w zakresie wyznaczonym treścią warunku ujętego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a) SWZ można zdobyć w związku z realizacją różnych postępowań o udzielenie zamówienia, które nie muszą uwzględniać w każdym wypadku warunków kontraktowych FIDIC. Odwołujący stwierdził, że nie chce ograniczać prawa Zamawiającego do formułowania warunków zamówienia w sposób, który uzna On za najbardziej zasadny w postępowaniu, niemniej w tym konkretnym przypadku dostrzega on, że ten konkretny warunek mógł zostać sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny w stosunku do okoliczności, które ma potwierdzać. Wynika to z faktu, że Zamawiający wymaga od przyszłego wykonawcy zamówienia, aby ten legitymował się doświadczeniem w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, które uwzględniało warunki kontraktowe FIDIC oraz jednocześnie dotyczyło budowy obiektu klasy 1261 (w dodatku z wyłączeniami) – takich postępowań w skali kraju jest niewiele, co w sposób istotny ogranicza rynek wykonawców, którzy mogą skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zastąpienie dotychczasowej treści warunku ujętego w pkt 9.2.4. ppkt 1 lit) SWZ zaproponowanym w odwołaniu warunkiem jest w ocenie Odwołującego rozwiązaniem optymalnym, które pozwala Zamawiającemu na pozyskanie do realizacji zamówienia podmiotu, który posiada odpowiednie doświadczenie związane z

przeprowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia zarówno w zakresie uwzględniającym Warunki Kontraktowe FIDIC oraz doświadczenie związane z ukształtowaniem Wzoru Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia dla inwestycji zbliżonych do tej objętej postępowaniem. Wprowadzenie takiego zapisu do treści SWZ umożliwi ubieganie się o udzielenie zamówienia większej liczbie podmiotów, niż ma to miejsce obecnie przy jednoczesnym braku obniżenia poziomu doświadczenia, jakim musi się legitymować dany wykonawca. Ponadto przeważająca ilość inwestycji związanych z budową obiektów kulturalnych wymienionych w klasie 1261 dotyczy rozbudowy już istniejących obiektów np. o nową salę teatralną lub kinową (która formalnie mieści się w granicach „rozbudowy” w rozumieniu przepisów prawa budowlanego). Niemniej, od strony funkcjonalnej, dobudowana część budynku samodzielnie (z wyłączeniem części istniejącej) może funkcjonować jako obiekt budowlany klasy 1261. Oznacza to, że taka funkcjonalna rozbudowa może potwierdzać spełnienie warunku. Przeważająca ilość zamówień publicznych mających za przedmiot obiekty kulturalne dotyczy właśnie takiej rozbudowy, bowiem obiekt te podlegają m.in. ochronie konserwatora zabytków, co utrudnia lub wręcz uniemożliwia ich modernizację, tym samym łatwiej rozbudować je o nowe elementy funkcjonalne, które nie ingerują w dotychczasową bryłę obiektu. Tym samym wprowadzenie modyfikacji warunku i w tym zakresie będzie skutkowało poszerzeniem konkurencji w postępowaniu, poprzez umożliwienie złożenia oferty większemu gronu wykonawców, którzy przy jego obecnym brzmieniu nie będą w stanie wykazać odpowiedniego doświadczenia referencyjnego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał na wstępie, że w dniu 24 maja 2024 r. przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (opublikowane w dniu 27.05.2024 r.), zgodnie z którym, modyfikacji ulega treść warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 9.2.4. pkt 1 SWZ. Zmieniony warunek brzmi:

1) *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert – a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – zrealizowali następujące usługi:*

a) minimum jedną usługę polegającą na przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na wybudowaniu (nie przebudowa, rozbudowa i remont) budynku uwzględniającego warunki kontraktowe FIDIC;

b) minimum jedną usługę polegającą na przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na wybudowaniu (nie przebudowa, rozbudowa i remont) ogólnodostępnego budynku stanowiącego obiekt kulturalny zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 (z wyłączeniem kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, schronisk dla zwierząt, ogrodów zoologicznych i botanicznych), o wartości robót co najmniej 200 000 000 zł brutto;

c) usługę polegającą na świadczeniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu (nie przebudowa, rozbudowa i remont) budynku użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 200 000 000 zł brutto, która to usługa świadczona była co najmniej od dnia przekazania terenu budowy wykonawcy robót budowlanych do pozyskania pozwolenia na użytkowanie wspomnianego budynku.

Ww warunek musi zostać spełniony w całości przez co najmniej jednego wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie lub przez podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się wykonawca.

Wartości robót określone w walutach obcych należy przeliczyć według kursu złotego ogłoszonego przez NBP w dniu opublikowania SWZ, a jeśli tego dnia taki kurs nie został opublikowany, w pierwszym dniu w którym taki kurs został opublikowany pod dniem opublikowania SWZ.

Następnie Zamawiający podał m.in., że kwestionowane przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu są adekwatne do przedmiotu zamówienia i obowiązków przyszłego wykonawcy, a co za tym idzie wymagania Zamawiającego są proporcjonalne oraz – jakkolwiek, być może, nie są możliwe do spełnienia przez wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku – odpowiadają uzasadnionym potrzebom zakupowym gospodarza postępowania. Braku możliwości spełnienia przez danego wykonawcę lub określoną grupę wykonawców danego warunku udziału w postępowaniu nie można równać z naruszeniem przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady ustanawiania proporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu. Budynek TR Warszawa, jaki zamierza wybudować Zamawiający, będzie jednym z najnowocześniejszych teatrów w Europie. Przygotowanie i realizacja tej inwestycji cechuje się znacznym stopniem skomplikowania, które determinowane jest m.in. miejscem jego budowy (Plac Defilad w Warszawie, na którym dodatkowo równolegle toczą się obecnie co najmniej 3 duże inwestycje: budowa placu centralnego, modernizacja Sali Kongresowej, budowa Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie), uwarunkowaniami terenu (np. prace ziemne wykonywane będą w bezpośrednim sąsiedztwie tunelu metra, czy na działce znajdującej się w historycznym miejscu warszawskiego getta), rozwiązaniami projektowymi (budynek połączony będzie w podziemiach z

budynkiem Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, zastosowane zostaną materiały o niestandardowych wymaganiach, często wymagające jednostkowych dopuszczeń do stosowania), specyfiką budynku (sale teatralne, z odpowiednią akustyką, oświetleniem czy nagłośnieniem). Cała inwestycja, realizowana ma być też przy zastosowaniu warunków kontraktowych FIDIC (czerwona księga). Realizacja tak skomplikowanego i kosztownego (kilkaset milionów złotych) zadania inwestycyjnego, bezwzględnie wymaga pozyskania przez Zamawiającego eksperckiego wsparcia inżynierskiego (usług inżynierskich), daleko wykraczających poza typowy nadzór inwestorski wykonywany podczas realizacji robót budowlanych. Kluczowym dla powodzenia przedmiotowej inwestycji, jest jej należyte przygotowanie, w tym przewidzenie szczegółowego zakresu, wymagań rzeczowych i formalnoprawnych, a także ryzyk oraz zidentyfikowanie sposobów dla zminimalizowania ich wystąpienia. W tym właśnie celu Zamawiający zastrzegł, że zamawiana usługa realizowana będzie nie tylko podczas realizacji robót budowlanych, ale także na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia na realizację tych robót. Usługa świadczona przez Wykonawcę na etapie przygotowania realizacji inwestycji (postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), jest przede wszystkim specjalistyczną, inżynierską usługą doradczą o charakterze merytorycznym i odnosi się do wiedzy technicznej właściwej dla podmiotów skupiających grono ekspertów budowlanych, znających materię projektowania i realizacji robót budowlanych. Tym samym, zapotrzebowaniem Zamawiającego zaspokajającym w ramach przedmiotowego postępowania, nie będzie samo formalne przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wymagające znajomości przepisów ustawy Pzp), dla którego Zamawiający nabył usługi prawne, a doradztwo inżynierskie, wymagające kompetencji m.in. do przeanalizowania projektu budowlanego czy decyzji administracyjnych posiadanych przez Zamawiającego, ukształtowania na tym gruncie odpowiednich wymagań mogących zostać odzwierciedlonymi następnie w postanowieniach umowy o roboty budowlane (sporządzonej w zgodzie z warunkami FIDIC), czy sporządzenie odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących wymienionych dokumentów zamówienia (w tym w szczególności dokumentacji projektowej). Usługa świadczona przez Wykonawcę na etapie realizacji, będzie usługą właściwą dla nadzoru inwestorskiego realizowanego przy zastosowaniu warunków kontraktowych FIDIC, przy szerokim zakresie obowiązków inżyniera, określonych w samych warunkach kontraktowych FIDIC jak i m.in. w postanowieniach § 13 – 20 Projektowanych postanowień umowy.

Powyższe zapotrzebowanie Zamawiającego, potwierdzone przedmiotem zamówienia, odzwierciedlone zostało w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 9.2.4. pkt 1 SWZ i którego aktualną treść przytoczono powyżej. Zamawiający wymaga więc doświadczenia zarówno przy przygotowaniu inwestycji posiadających odpowiednie, właściwe inwestycji Zamawiającego cechy (kontrakt FIDIC, czy dotyczący budowy obiektu kulturalnego właściwej klasyfikacji) jak i przy realizowaniu nadzoru inwestorskiego na etapie wykonywania robót budowlanych. Zapewnienie posiadania przez przyszłego wykonawcę takiego zestawienia kompetencji, jest uregulowane w rozdz. 9.2.4. pkt 1 SWZ, a kwestionowane przez Odwołującego zastrzeżenie, zgodnie z którym warunek musi zostać spełniony w całości przez co najmniej jednego wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie lub przez podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się wykonawca, jest w tym wypadku uzasadnione. Zamawiający skorzystał w tym zakresie z możliwości jaką daje mu przepis art. 117 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem przyczyny określenia szczególnego sposobu spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, mają w tym przypadku charakter obiektywny i uzasadnione są charakterem zamówienia oraz proporcjonalne. Aby zapewnić Zamawiającemu wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, wykonawca świadczący przyszłą usługę, łącząc w ramach swojego potencjału musi inżynierskie (techniczne) kompetencje oraz doświadczenie zarówno w zakresie przygotowania inwestycji (w tym wypadku realizowanej przy zastosowaniu ustawy Pzp) oraz jej realizacji. Zamawiający za istotne więc uznaje – co potwierdza przedmiot zamówienia – połączenie w ramach jednego podmiotu dwóch zakresów doświadczenia, a co za tym idzie, kompetencji. Innymi słowy, potrzebą Zamawiającego jest pozyskanie wykonawcy, który wykaże swoim doświadczeniem, iż potrafi kompleksowo pomóc inwestorowi publicznemu najpierw przygotować, a następnie zrealizować inwestycję, co jest szczególnie ważne, mając na uwadze stopień skomplikowania zamierzenia budowlanego Zamawiającego. W inny sposób niż uczynił to zaspokojenia swojej obiektywnie uzasadnionej potrzeby zakupowej Zamawiający nie mógł osiągnąć, co uprawniało do pewnego ograniczenia, jeśli chodzi o wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zastrzegając takie wymaganie, Zamawiający chciał ustrzec się przed sytuacją, w której częściowo (w zakresie doświadczenia w przygotowaniu postępowania) spełnienie warunku wykaże podmiot wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, który nie będzie podmiotem świadczącym usługi inżynierskie, a prawne, w zakresie stosowania ustawy Pzp i który nie będzie posiadał żadnych kompetencji ani doświadczenia w doradztwie na etapie przygotowania postępowania jakiego oczekuje Zamawiający, w tym zwłaszcza przy merytorycznej weryfikacji dokumentacji projektowej czy odpowiedzi na pytania wykonawców, dotyczących kwestii technicznych.

Dalej Zamawiający podał, że wyrazem zastrzeżenia ww. warunku na minimalnym poziomie zdolności jest

umożliwienie wykonawcy wykazania posiadania wymaganego doświadczenia za pomocą więcej niż jednej usługi (z których część dotyczyć będzie przygotowania postępowania, a część świadczenia nadzoru inwestorskiego) mimo, że przedmiot zamówienia opiewa na jedną usługę łączącą te dwie kompetencje. Aby jednak nie wypaczać celu w jakim Zamawiający ustanawia przedmiotowy warunek i nie generować ryzyka, w którym:

- 1) jednym z wykonawców zamówienia będzie podmiot, który realnie nie będzie mógł zapewnić usługi adekwatnej potrzebom Zamawiającego (np. kancelaria prawna),
- 2) podmiot, który choć posiada – jako podmiot świadczący usługi inżynierskie – doświadczenie związane z przygotowaniem postępowań, nie posiada doświadczenia w świadczeniu usług nadzoru inwestorskiego na wymaganym poziomie,
- 3) podmiot, który choć posiada doświadczenie w świadczeniu usług nadzoru inwestorskiego na wymaganym poziomie, nie posiada doświadczenia – jako podmiot świadczący usługi inżynierskie - związanego z przygotowaniem postępowań

Zamawiający wymaga, aby co najmniej jeden z wykonawców ubiegających wspólnie się o zamówienie, posiadał wymagane przez Zamawiającego, zestawienie doświadczenia (a co za tym idzie – kompetencji).

W odniesieniu do drugiego zarzutu Zamawiający podał, że dokonał modyfikacji warunku przez jego poszerzenie oraz podniósł, że wymaganie, aby wykonawca (jako inżynier) posiadał doświadczenie w przygotowaniu postępowań uwzględniających warunki kontraktowe FIDIC oraz dotyczących wybudowania obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261, determinowane jest przedmiotem zamówienia. Zamawiający zamierza zrealizować inwestycję budowlaną z uwzględnieniem warunków kontraktowych FIDIC (co jest wymaganiem organu tworzącego Zamawiającego – m. st. Warszawy), a obowiązkiem inżyniera na etapie przygotowania postępowania, będzie m.in., weryfikacja dokumentów zamówienia czy udział w tworzeniu postanowień kontraktu z wykonawcą robót, do czego znajomość (idąca w parze z doświadczeniem w ich przygotowywaniu w przyszłości) warunków kontraktowych FIDIC i ich specyfiki, a także modelu realizacji inwestycji budowlanej jako te warunki wdrażają, jest niezbędna. Wykonanie zamówienia na „banalnym”, przepisaniu treści umowy. Budynek jaki zamierza wybudować Zamawiający, będzie budynkiem wręcz nowatorskim w skali europejskiej, a jego specyfikę, zwłaszcza w zakresie rozwiązań projektowych lub technicznych, a także w zakresie koniecznych do spełnienia norm, przepisów czy wymagań, determinuje przedmiot jego przyszłego zastosowania (obiekt kulturalny tj. sale koncertowe, opery, teatry). Doświadczenie jakie niesie za sobą znajomość lub świadomość istnienia wszystkich wspomnianych wymagań, przez przyszłego wykonawcę, będzie kluczowe dla Zamawiającego w zakresie przygotowania inwestycji, jeśli chodzi o obszar techniczny i inżynierski. Tym samym, za uzasadnione należy uznać wymaganie, aby przyszły Wykonawca, przygotowywał wcześniej już zamówienie na roboty budowlane polegające na wybudowaniu takiego obiektu.

Zdaniem Zamawiającego nietrafne są argumenty Odwołującego, w oparciu o które wywodzi, że doświadczenie związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia polegającego na rozbudowie obiektu kulturalnego, byłoby adekwatne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawia argumentację, że przeważająca ilość inwestycji związanych z budową obiektów kulturalnych z klasy 1261 PKOP dotyczy rozbudowy istniejących obiektów. Tymczasem, właśnie z uwagi na specyfikę inwestycji prowadzoną przez Zamawiającego, która odbiega od rynkowych standardów, bowiem będzie polegać na budowie od podstaw nowego budynku, zasadnym jest wymaganie doświadczenia w przygotowaniu postępowań dotyczących tego rodzaju inwestycji. Odmienne więc od większości przypadków, Zamawiający realizuje budynek „od zera”, co zwłaszcza na etapie przygotowania postępowania, cechuje się swoją odmiennością w porównaniu z rozbudową istniejącego budynku (posiadającego zagospodarowanie terenu, doprowadzone media, wykonane – przynajmniej częściowo, fundamenty i prace konstrukcyjne, wypracowane rozwiązania projektowe itp.). Doświadczenia więc w przygotowaniu zamówienia polegającego na rozbudowie istniejącego budynku nie można w sposób prosty, jak czyni to Odwołujący, zestawiać z doświadczeniem polegającym na przygotowaniu zamówienia polegającego na wzniesieniu budynku. Forowana przez Odwołującego treść warunku w zakresie referującym do obiektu kulturalnego, byłaby absolutnie nieadekwatna do obiektu jaki planuje wybudować Zamawiający, chociażby, jeśli chodzi o skalę inwestycji - warunek o jaki postuluje Odwołujący spełniałoby doświadczenie w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia na wybudowaniu lub rozbudowaniu każdego (nawet najmniejszego) obiektu kulturalnego. Jeśli jednocześnie taką – postulowaną przez Odwołującego - treść przedmiotowego warunku, zestawić z jego oczekiwaniem rezygnacji przez Zamawiającego z wymagania łącznego wykazania przez co najmniej jednego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rodz. 9.2.4. pkt 1 SWZ, warunek w tym zakresie mógłby spełnić wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie, będący kancelarią prawną, świadczącą pomoc prawną z zakresu zamówień publicznych w związku z postępowaniem na budowę gminnego ośrodka kultury, czego nijak nie można zestawiać z potrzebą Zamawiającego do zapewnienia merytorycznego,

technicznego i inżynierskiego wsparcia w przygotowaniu zamówienia na wybudowanie za kilkaset milionów złotych, jednego z najnowocześniejszych teatrów w Europie.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca SAFEGE S.A.S., 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody złożone w postępowaniu przez Zamawiającego w postaci umowy nr 6/2024/DI/TR z 8 maja 2024 r., pisma Urzędu m.st. Warszawy do Pani Anny Rochowskiej Dyrektora TR Warszawa z 15 lutego 2024 r., wyciągu z projektu budowlanego Tom 2 Projekt Architektury.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu interesu we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jako zainteresowany uzyskaniem zamówienia może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił Zamawiający w dokumentach postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia. Nadmierne wymogi w zakresie spełnienia warunku udziału czynią postanowienia SWZ niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi przepisami i wykluczają udział wykonawcy w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji, polegającej na realizacji robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego Budowa budynku Teatru Rozmaitości w Warszawie na placu Defilad w Warszawie (dalej: „Inwestycja”).

Szczegółowy opis zadania został zawarty w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) oraz załącznikach do niej.

Zgodnie z:

1)ust. 1 Opisu przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi, polegającej na wsparciu merytorycznym Zamawiającego w Okresie Postępowania Przetargowego na wybór Wykonawcy Etapu I i II (z tym, że wykonanie robót w ramach Etapu II objęte będzie prawem opcji) oraz na zarządzaniu i pełnieniu nadzoru nad realizacją Robót, Robót dodatkowych oraz w Okresie Zgłaszania Wad, przy realizacji Kontraktu. Usługa obejmuje pełnienie przez Inżyniera obowiązków zgodnie z Umową, w oparciu o WK, a w szczególności:

- weryfikacja SWZ na wybór Wykonawcy, dokumentacji projektowej, decyzji administracyjnych oraz innych przekazanych przez Zamawiającego dokumentów,*
- wsparcie formalno-prawne i techniczne Zamawiającego podczas postępowania przetargowego na wybór Wykonawcy, w tym pomoc w udzielaniu wyjaśnień i odpowiedzi na pytania wykonawców, a także przy przygotowaniu stanowisk procesowych w wypadku ewentualnych postępowań odwoławczych i wsparcie dla osób świadczących zastępstwo procesowe (także w toku ewentualnych rozpraw);*
- zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją Robót, aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności,*
- świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją Robót oraz udział w przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,*
- wspieranie Zamawiającego jako we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Kontraktu,*
- sprawowanie nadzoru nad Robotami dodatkowymi, niezbędnymi do wykonania Kontraktu wynikłymi w trakcie jego realizacji,*

W ramach Usługi Inżynier winien zapewnić wsparcie merytoryczne Zamawiającemu w okresie Postępowania Przetargowego na wybór Wykonawcy oraz na zarządzaniu i pełnieniu nadzoru nad realizacją Robót, Robot dodatkowych oraz w Okresie Zgłaszania Wad, na warunkach określonych w umowie oraz w Kontrakcie, w szczególności odnośnie jakości robót, zapewniającej prawidłowe przyszłe funkcjonowanie i obsługę obiektu przez Zamawiającego, z uwzględnieniem optymalizacji kosztów robót i przyszłej eksploatacji, odbioru robót, usuwania wad, koordynacji wszystkich czynności związanych z realizacją Kontraktu, aż po ostateczne rozliczenie Kontraktu.

2) § 3 ust. 2 pkt 1 i 2 Projektowanych postanowień umowy:

Inżynier zobowiązuje się świadczyć Usługę w terminie uwzględniającym realizację następujących Faz:

1) Faza 0 – Okres postępowania przetargowego na wybór Wykonawcy Etapów I i II, która trwa od daty rozpoczęcia realizacji Usługi do dnia podpisania umowy z Wykonawcą Etapów I i II;

2) Okresy Wykonywania Robót, które trwać będą od Daty Rozpoczęcia, do Daty Ukończenia wskazanej w Świadectwie Przejęcia Kontraktu. Okres Wykonywania Robót łącznie nie będzie trwać dłużej niż [•] miesięcy, przy czym:

a) Faza 1, odpowiadająca realizacji Etapu I – [•] miesięcy (zamówienie podstawowe),

b) Faza 2, odpowiadająca realizacji Etapu II – [•] miesięcy (Prawo Opcji);

3) § 12 Projektowanych postanowień umowy:

Obowiązki Inżyniera w Okresie Postępowania Przetargowego na wybór Wykonawcy Etapów I i II

1. W ramach obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 1, Inżynier dokona weryfikacji SWZ na wybór Wykonawcy, dokumentacji projektowej, decyzji administracyjnych oraz innych przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, zapozna się z terenem budowy i warunkami lokalnymi i w ramach Raportu Otwarcia prześle wyniki przeglądu oraz zaproponuje konkretne zmiany postanowień Kontraktu i rozwiązania z ich uzasadnieniem dla prawidłowej realizacji Robót.

2. Inżynier zapewni wsparcie formalno-prawne i techniczne Zamawiającego podczas postępowania przetargowego na wybór Wykonawcy, w tym pomoc w udzielaniu wyjaśnień i odpowiedzi na pytania wykonawców, a także przy przygotowaniu stanowisk procesowych w wypadku ewentualnych postępowań odwoławczych i wsparcie dla osób świadczących zastępstwo procesowe (także w toku ewentualnych rozpraw).

Zgodnie z SWZ:

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut numer 1 dotyczący naruszenia art. 117 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 1 Pzp

Na wstępie stwierdzenia wymaga, iż zmieniona przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania treść pkt 9 SWZ, poprzez rozbitcie ppkt a) na dwa ppkt, tj. a) i b), nie wpływa na istotę zarzutu nr 1 odwołania.

Stosownie do art. 117 ust. 1 Pzp 1. *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.*

Zgodnie z art. 116 ust. 1 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. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

Zdaniem Odwołującego ww. przepisy zostały naruszone przez Zamawiającego poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia sformułowanie wymagania zawartego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit a i b) SWZ bowiem Zamawiający wymaga, aby warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wymaganego doświadczenia składający się z dwóch usług (lit. a-b) w przypadku konsorcjum był spełniony w taki sposób, aby jeden z wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadał wymagane łącznie doświadczenie. W ocenie Odwołującego taki wymóg ten jest nadmierny, nieuzasadniony i sprzeczny z praktyką rynkową, a za w pełni odpowiadające wymaganiom Zamawiającego uznać należałoby dopuszczenie sumowania tego potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W odwołaniu Odwołujący stwierdził jednocześnie, że w świetle art. 117 ust. 1 Pzp Zamawiający może ograniczyć łączenie zasobów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, jednak musi to być podyktowane charakterem zamówienia i pozostawać proporcjonalne.

Zdaniem Zamawiającego natomiast postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest uzasadniony jego potrzebami, nie jest nadmierny, jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zaś sumowanie tego potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie zapewniłoby udziału w postępowaniu wykonawcy dającego rękojmię jego należytego wykonania.

Spór dotyczy tego, czy w okolicznościach analizowanego postępowania wymóg legitymowania się doświadczeniem zarówno w zakresie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane jak i świadczeniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu wskazanego w warunku budynku przez jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia jest wymogiem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, uzasadnionym potrzebami Zamawiającego.

Na wstępie wskazania wymaga, że doświadczenie pozostaje w ścisłym związku z danym wykonawcą, z czym wiąże się konieczność wykonywania przez dany podmiot tego zakresu zamówienia, dla którego to doświadczenie jest wymagane. Dotyczy to także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co wynika z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, zgodnie z którymi: *3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonują poszczególni wykonawcy.*

Następnie zauważenia wymaga, że w sytuacji, gdy w postępowaniu zostały określone warunki z różnych dziedzin (profesji) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wzajemnie uzupełnić doświadczenie z takich różnych profesji.

Z treści odwołania wynika, że argumentacja Odwołującego zmierza do wykazania, że sporny warunek dotyczy właśnie takich różnych dziedzin i w związku z tym nie istnieje uzasadnienie do utrzymania wymogu, aby co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia go spełnił w całości, tj. zarówno w odniesieniu do przygotowania postępowania, jak też w odniesieniu do pełnienia nadzoru inwestorskiego.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Treść dokumentów zamówienia, w szczególności powyżej przedstawionego Opisu Przedmiotu Zamówienia i Projektowanych postanowień umowy określająca zakres obowiązków Inżyniera, związanych z przygotowaniem postępowania wskazuje, że wbrew stanowisku Odwołującego przedmiot zamówienia w zakresie przygotowania postępowania nie polega wyłącznie na pełnieniu funkcji właściwych dla podmiotów prawniczych czy zajmujących się doradztwem zamówieniowym, lecz także na merytorycznym doradztwie z zakresu wiedzy inżynierskiej.

W związku z tym wymóg legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w przygotowaniu postępowania zarówno od strony formalno – prawnej, wymagającym wiedzy prawniczej, jak też w zakresie doradztwa prowadzonego przez profesjonalną kadrę inżynierską, tj. wykonawcę posiadającego doświadczenie w takim przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak również w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego, należy uznać za pozostający w ścisłej korelacji z przedmiotem zamówienia.

Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający stwierdził, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że na rynku są wykonawcy, którzy spełniają postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji należy uznać, iż nie zostało wykazane, aby sporne zastrzeżenie do warunku udziału zawartego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. pkt 1 lit a i b) SWZ było nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jak też, aby naruszało uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Ścisłe powiązanie w analizowanym postępowaniu koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia kompetencji, a w związku z tym doświadczenia wykonawcy, wskazuje, iż postulowane przez Odwołującego sumowanie potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu spełnienia warunku udziału opisanego w pkt 9.2.4. pkt 1 lit. a i b) SWZ należy uznać za żądanie nie odpowiadające uzasadnionym potrzebom

wykazany przez Zamawiającego. Postulowane przez Odwołującego dysponowanie przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kilkoma zasobami, na poziomie niższym niż wymagany od pojedynczych wykonawców, w okolicznościach analizowanej sprawy oznaczałoby nierówne traktowanie wykonawców.

Celem określania warunków udziału w postępowaniu jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Jak zauważył Odwołujący zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego koncepcją Budynek TR Warszawa na Placu Defilad będzie jednym z najnowocześniejszych teatrów w Europie. Architektura teatru pozwoli na realizację zróżnicowanej działalności artystycznej TR Warszawa, łączącej teatr eksperymentalny z przedstawieniami dla szerokiej publiczności. W foyer teatru znajdzie się przestrzeń spotkań i miejsce odbywania się wydarzeń około programowych, a także restauracja, bistro, punkt informacyjny dla publiczności wraz z kasami biletowymi oraz szatnia. Górne piętra w budynku to ośrodek poszukiwań artystycznych, programów rezydencyjnych i działań edukacyjnych, a także studio audio, studio wideo, sale prób, w tym sala prób czytanych; pomieszczenia techniczne i zaplecze znajdują się w środkowej części budynku oraz na jego podziemnych kondygnacjach. Przedmiotowa inwestycja obejmuje, oprócz elementów typowo teatralnych, również wykonanie i zaaranżowanie przestrzeni w sposób, który odpowiada bardziej muzeom, galeriom czy też innym obiektom użyteczności publicznej. Nie jest to obiekt hermetyczny, który wiąże się wyłącznie z jednym, przeważającym charakterem działalności.

W ocenie Izby w sprawie zostało wykazane, że charakter zamówienia uzasadnia wymóg, aby jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia legitymował się wymaganym dla wykonania przedmiotu zamówienia doświadczeniem, nie narusza on zatem zasad proporcjonalności. Przedmiot zamówienia wymaga bowiem kompleksowego doświadczenia koniecznego do należytego wykonania zamówienia. W związku z tym dla oceny należytego wykonania zamówienia, zważywszy na jego przedmiot, zakres i stopień skomplikowania, a także uwarunkowania, w jakich zamówienie będzie realizowane, tak postawiony warunek należy uznać za określający minimalny poziom zdolności wymaganych od wykonawców, gwarantujący realizację zamówienia na właściwym poziomie jakości.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w okolicznościach analizowanej sprawy nie doszło zatem do naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp. Nie została ograniczona możliwość złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Sporny warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób uzasadniony potrzebami Zamawiającego, specyfiką przedmiotu oraz koniecznością wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy, posiadającego doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 117 ust. 1 ustawy Pzp, który zezwala zamawiającemu na określenie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Ad zarzut numer 2 dotyczący naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 Pzp

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy Pzp: *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.*

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Zdaniem Odwołującego naruszenie tych przepisów nastąpiło przez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale 9 pkt 9.2.4. ppkt 1 lit. a) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, bowiem ogranicza możliwość posłużenia się doświadczeniem związanym z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie do obiektów zgodnych z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261 w sytuacji, gdy takie (tj. odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego) doświadczenie można zdobyć również poprzez świadczenie podobnych usług określonych dla całej grupy 126 PKOB.

W tym zakresie zwraca uwagę, że Zamawiający, po wniesieniu odwołania dokonał zmiany SWZ w zakresie wymagania doświadczenia w przygotowaniu jednego postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, które miało zarówno uwzględniać warunki kontraktowe FIDIC oraz dotyczyć wybudowania obiektu kulturalnego zgodnie z kwalifikacją obiektów budowlanych PKOB 1261, uwzględniając część żądań odwołania. W związku z tym zgodzić się należy z Zamawiającym, że zarzuty odwołania Odwołującego w zakresie, w jakim są uzasadnione tym, iż zestawienie

tych dwóch cech w ramach jednego referencyjnego doświadczenia jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, straciły na aktualności bowiem aktualne brzmienie warunku w tym zakresie, jest zbliżone do żądań Odwołującego zawartych w petitum odwołania.

Z uwagi jednak, iż zarzut został postawiony w szerszym zakresie, podlegał on rozpoznaniu przez Izbę. Nie znalazł on jednak potwierdzenia.

W szczególności za nietrafioną należy uznać argumentację Odwołującego, z której wynika, że w okolicznościach analizowanego postępowania podmiot legitymujący się jedynie doświadczeniem w przygotowaniu postępowania na całkowicie odmienne inwestycje np. budowę oczyszczalni ścieków lub infrastruktury drogowej (teza 38. str. 12 odwołania) miałby posiadać adekwatne doświadczenie do przedmiotu zamówienia. Nie można podzielić także poglądu, że wykonawca, który nie ma doświadczenia w pełnieniu nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu budynku, wskazanego w opisie warunku, a jedynie w zakresie rozbudowy obiektu kulturalnego, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia dotyczy budowy budynku od postaw, nadto budowy w szczególnych uwarunkowaniach, co wymaga odpowiedniego przygotowania postępowania na wyłonienie wykonawcy takiego zadania, jest w stanie zagwarantować należyte wykonanie zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 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).

Przewodnicząca: