

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe w Lublinie, ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2, 3, 4 i 5 oraz zarzutu 1 z wyjątkiem dotyczącym części tego zarzutu i żądania modyfikacji warunku poprzez dopuszczenie wykazania się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 10 lat.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** 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, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Muzeum Narodowe w Lublinie, ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** na rzecz **Muzeum Narodowego w Lublinie, ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 170/24

Uzasadnienie

Muzeum Narodowe w Lublinie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę Pałacu Lubomirskich na potrzeby Muzeum Ziemi Wschodnich Dawnej Rzeczypospolitej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2024 r. pod pozycją nr 2024/S 00004603-2024.

W dniu 15 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w zakresie dot. doświadczenia wymaganego od wykonawcy,
- 2) art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w zakresie dot. doświadczenia wymaganego od osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy,
- 3) art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy Pzp w zw. z art. 439 ustawy Pzp przez pozorne wprowadzenie postanowień

dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy - poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 3%,

4)art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy Pzp w zw. z art. 439 ustawy Pzp przez wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej - tj. brak jednoznacznego odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów lub wskazania wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia,

5)art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) Pzp w zw. z art. 439 ustawy Pzp przez uzależnienie waloryzacji wyłącznie od woli Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia, a także wprowadzenia ewentualnych innych zmian będących konsekwencją poniższych modyfikacji:

1)W zakresie całego warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy pkt 7.2.4.1. SWZ Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku poprzez dopuszczenie wykazania się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 10 lat.

2)W zakresie warunku opisanego w pkt 7.2.4.1.1. SWZ, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu ukształtowania warunku w następujący sposób:

7.2.4.1.1. wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu/zespołu obiektów w grupie PKOB 1261, 1262, 1263, 1272 PKOB 1261, 1262, 1263, 1272, 1264, 1211, 1220, 1274, wpisanego wpisanego/wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 4 000 m² 3 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku budynku/zespołu budynków oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto.

lub ewentualnie poprzez rozbitcie ww. warunku na 3 składowe (z dopuszczeniem doświadczenia obejmującego zespół obiektów/budynków):

7.2.4.1.1.A wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu/zespołu obiektów wpisanego/wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 3000m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto.

oraz

7.2.4.1.1.B wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu w ramach której wykonano pod budynkiem, metodą palowania co najmniej jedną kondygnację podziemną o powierzchni co najmniej 1000 m², przy czym wartość wykonanych prac wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł brutto

oraz

7.2.4.1.1.C wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu instalacji sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych na obiekcie o powierzchni użytkowej min. 3 000 m².

3)W zakresie warunku opisanego w pkt 7.2.4.1.4 SWZ Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. warunku poprzez dopuszczenie wykazania się doświadczeniem również w formule „wybuduj”.

4)W zakresie warunku pkt 7.2.4.2.2.1. dotyczącego Kierownika budowy, Odwołujący wnosi o modyfikację jednego z wymagań w następujący sposób:

7.2.4.2.2.1.

co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika budowy posiadającą wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Osoba to powinna:

spełniać warunki określone w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami; posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, polegające na wykonywaniu tej funkcji przez co najmniej 60 miesięcy, i w tym co najmniej przez 12 miesięcy w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert,

posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami lub kontraktem przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie budynku budynku/zespołu budynków wpisanego/ych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury o wartości robót budowlanych co najmniej 7.000.000,00 zł brutto, w zakres których wchodziły prace związane z aranżacjami muzealnymi. Zakres prac musi także obejmować prace rewaloryzacyjne i renowacyjne.

Uwaga!

Za sprawowanie funkcji kierownika budowy Zamawiający uzna tylko takie inwestycje, w ramach których

proponowana osoba piastowała funkcję kierownika budowy lub robót przez co najmniej 70% okresu realizacji, liczonego od dnia rozpoczęcia robót do dnia ostatecznego odbioru robót przez Inwestora (Zamawiającego).

Lub ewentualnie:

7.2.4.2.2.1.

co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika budowy posiadającą wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Osoba to powinna:

spełniać warunki określone w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami; posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, polegające na wykonywaniu tej funkcji przez co najmniej 60 miesięcy, i w tym co najmniej przez 12 miesięcy w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert,

posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami lub kontraktem przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie budynku budynku/zespołu budynków wpisanego/ych wpisanego do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury o wartości robót budowlanych co najmniej 7.000.000,00 zł brutto i powierzchni co najmniej 2000 m², w zakres których wchodziły prace związane z aranżacjami muzealnymi. Zakres prac musi także obejmować prace rewaloryzacyjne i renowacyjne.

Uwaga!

Za sprawowanie funkcji kierownika budowy Zamawiający uzna tylko takie inwestycje, w ramach których proponowana osoba piastowała funkcję kierownika budowy lub robót przez co najmniej 70% okresu realizacji, liczonego od dnia rozpoczęcia robót do dnia ostatecznego odbioru robót przez Inwestora (Zamawiającego).

5)W zakresie waloryzacji umownej w §17 ust. 11 – 17 Odwołujący wnoszą nakazanie Zamawiającemu ukształtowania zasad waloryzacji w następujący sposób:

„11. Niezależnie od postanowień ust. 3 pkt 1) Strony przewidują możliwość wprowadzenia zmian w wysokości należnej Wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

12. Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami.

13. Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik zmian cen obiektów publicznych publikowany przez Sekocenbud, dostępny w publikacji Zagregowane Wskaźniki Waloryzacyjne (ZWW) w układzie kwartał bieżący do kwartał poprzedni, dotyczący kolejnych kwartałów począwszy od kwartału otwarcia oferty, do kwartału, w którym została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Sekocenbud.

14. Wskaźnik waloryzacji Ww (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników zmian cen obiektów publicznych dla kolejnych kwartałów począwszy od kwartału, w którym nastąpiło otwarcie oferty (kwartał 0 gdy wskaźnik jest równy 0) do kwartału za który nastąpi wystawienie faktury (kwartał n-ty) wg poniższego wzoru: (...)

gdzie:

„Ww (n)” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego kwartału;

„a” - stały współczynnik o wartości 0,1 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„W0” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 0

„W1” – wskaźnik „1” z następnego kwartału po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik zmian cen obiektów publicznych publikowany przez Sekocenbud, w układzie kwartał bieżący do kwartał poprzedni)

„W2”, „W3”,... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych kwartałów po kwartale otwarcia oferty (zmian cen obiektów publicznych publikowany przez Sekocenbud, w układzie kwartał bieżący do kwartał poprzedni)

Wn-1 – wskaźnik „n-1” z kwartału poprzedzającego kwartał za który nastąpi wystawienie faktury (zmian cen obiektów publicznych publikowany przez Sekocenbud, w układzie kwartał bieżący do kwartał poprzedni)

„Wn” – wskaźnik „n” z kwartału za który nastąpi wystawienie faktury (zmian cen obiektów publicznych publikowany przez Sekocenbud, w układzie kwartał bieżący do kwartał poprzedni)

15. Ilorazy wskaźników cen należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji Ww (n) należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

16. Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 6 miesiąca po podpisaniu

Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 15% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach Sekocenbud odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy Sekocenbud opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.

17. W sytuacji, gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład, którego będą wchodziły dwa lub więcej kwartałów, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych kwartałów objętych okresem rozliczeniowym.

6)Przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na przygotowanie oferty, tj. co najmniej do dnia 02.04.2024r

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z treścią art. 112 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Natomiast art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Zastrzeżenie zbyt wygórowanych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, prowadzi ponadto do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych - wydatkowania ich w wysokościach nadmiarowych w stosunku do cen jakie Zamawiający mógłby otrzymać od wykonawców posiadających doświadczenie analogiczne do wymaganego dokumentacją postępowania, jednak nie aż tak kazuistycznie określone i obejmujące dłuższy okres niż wymagane 5 lat, a w konsekwencji wystarczające do realizacji zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie jest kolejnym postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego na ten sam przedmiot zamówienia. Poprzednie postępowanie zostało unieważnione, gdyż wpłynęła tylko jedna oferta, której cena znacznie przekroczyła kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W poprzednim postępowaniu wpłynęło wiele pytań zawierających prośby wykonawców o zliberalizowanie postawionych warunków udziału w postępowaniu w celu dopuszczenia większej ilości wykonawców i zwiększenia konkurencyjności postępowania. Zamawiający zmienił, co prawda, warunki udziału w postępowaniu, jednak zmienione warunki nadal utrudniały konkurencję w postępowaniu czego dowodem jest okoliczność, iż wpłynęła tylko jedna oferta. Pomimo tego, w aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający powtórzył warunki z poprzedniego postępowania.

Warunki udziału w postępowaniu są na tyle kazuistyczne, że zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, spełniają je nie więcej niż dwa podmioty. W przykładowych postępowaniach prowadzonych na obiektach wpisanych do rejestru zabytków, warunki nie były aż tak rygorystyczne.

II. Zarzuty dotyczące warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Zarzut dotyczący wszystkich warunków w zakresie doświadczenia wykonawcy.

1. Zgodnie z pkt 7.2.4.1. SWZ Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy:

7.2.4.1. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

7.2.4.1.1. wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu w grupie PKOB 1261, 1262, 1263, 1272 wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 4 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto.

7.2.4.1.2. wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 2 000 m² oraz wartości robót budowlanych co najmniej 20.000.000 zł brutto,

7.2.4.1.3. wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości o wartości min. 10.000.000 zł brutto, przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich,

7.2.4.1.4. opracował projekt aranżacji muzealnej i wykonał aranżację muzealną na powierzchni min. 500 m², a wartości prac aranżacyjnych nie może być mniejszej niż 3.000.000 zł brutto,

7.2.4.1.5. wykonał (zakończył) aranżację co najmniej jednej wystawy stałej interaktywnej, obejmującej swoim zakresem

co najmniej architekturę wnętrz, grafikę oraz zabudowy wystawiennicze o powierzchni wystawy minimum 350 m² dla muzeum lub innej instytucji zajmującej się wystawiennictwem dzieł sztuki, eksponatów historycznych lub wystawienniczym prezentowaniem treści historycznych,

7.2.4.1.6. wykonał (zakończył) i uruchomił co najmniej jeden system zarządzania ekspozycją lub systemem zarządzania treścią i urządzeniami wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem kompletnego systemu zarządzania obejmującego system audio, system wideo oraz oprogramowanie stanowisk interaktywnych, przy czym wartość dostawy wraz z montażem i uruchomieniem kompletnego systemu zarządzania oraz dostawą infrastruktury i wyposażenia ekspozycji nie może być mniejsza niż 2.000.000,00 zł brutto.

Odwolujący podkreślił, iż Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony ogranicza okres, w którym wykonawcy mogą legitymować się doświadczeniem, jedynie do ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, którym jest wykonanie przebudowy pałacu wpisanego do rejestru zabytków na potrzeby muzeum, żądanie wykazania się doświadczeniem wyłącznie z ostatnich 5 lat, stanowi nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia. Zwrócić należy uwagę, iż doświadczenie przy podobnych realizacjach zdobyte w ostatnich 10 latach niczym się nie różni od doświadczenia zdobytego w ciągu ostatnich 5 lat. W ciągu ostatnich 5 lat nie doszło bowiem w tym zakresie do rozwoju żadnej szczególnej technologii, która uzasadniałaby takie ograniczenie. Podkreślenia wymaga, iż robót budowlanych na zabytkach o parametrach wymaganych przez Zamawiającego nie wykonuje się w Polsce zbyt dużo. Zatem ograniczenie okresu z którego można postłużyć się doświadczeniem prowadzi wprost do ograniczenia uczciwej konkurencji i znacznego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu i zrealizować zamówienie.

Zarzut dotyczący doświadczenia opisanego w pkt 7.2.4.1.1. SWZ

W pkt 7.2.4.1.1. SWZ Zamawiający wymaga następującego doświadczenia:

wykonał (zakończył) co najmniej jedną robotę budowlaną [realizowaną w ramach jednego zamówienia] polegającą na remoncie, przebudowie lub rozbudowie obiektu w grupie PKOB 1261, 1262, 1263, 1272 wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości, o powierzchni użytkowej min. 4 000 m² przy czym zakres realizacji obejmował wykonanie robót budowlanych i konserwatorskich, w tym podbicie i palowanie podziemnych części budynku oraz roboty instalacyjne sanitarne, elektryczne i teletechniczne, a wartość robót była nie mniejsza niż 20.000.000 zł brutto.

Jest to warunek zbyt szczegółowo opisany, zawężający dostęp do udziału w postępowaniu i nieproporcjonalny do pozostałych warunków dotyczących robót budowlanych, tj. opisanych w pkt 7.2.4.1.2., 7.2.4.1.3. SWZ.

Zamawiający w ww. warunku wymaga posiadania doświadczenia na jednym budynku dla którego stawia szereg szczegółowych wymagań, takich jak:

a) ograniczenie klasyfikacji obiektu do grupy PKOB 1261, 1262, 1263, 1272.

Ograniczenie to jest całkowicie nieuzasadnione. Przywołane powyżej grupy obejmują zarówno obiekty kulturalne typu muzea, szkoły, kina, itp. ale również obiekty w ogóle nie związane z przedmiotem zamówienia jak budynki schronisk dla zwierząt, budynki ogrodów zoologicznych, budynki sakralne (kościół, cerkwie, meczety, itp.). Dlatego też dla Odwołującego niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający dopuścił obiekty w żaden sposób niezwiązane z przedmiotem zamówienia, a jednocześnie nie dopuścił obiektów z innych grup PKOB które o wiele bardziej są zbliżone do przedmiotu zamówienia jak chociażby budynki z klasy PKOB 1264, w której klasyfikuje się budynki szpitali, PKOB 1211, w której klasyfikuje się budynki hoteli, PKOB 1220, w której klasyfikuje się budynki handlowo-usługowe, PKOB 1274 w której klasyfikuje się budynki koszarowe, PKOB 1220, w której klasyfikuje się budynki biurowe. Wymaganie aby budynek był wpisany do rejestru zabytków nieruchomości jest już wystarczającym zawężeniem możliwości wykazania się przez wykonawców posiadaniem doświadczeniem, a dodatkowe jego zawężenie jedynie do czterech klas PKOB w sposób znaczący ogranicza dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom. Ograniczenie referencyjnych budynków, które i tak muszą być wpisane do rejestru zabytków, również przez pełnioną funkcję jest zatem ograniczeniem nie tylko nieuzasadnionym, ale również niezrozumiałym. Z punktu widzenia wymagania figurowania w rejestrze zabytków nie ma bowiem różnicy pomiędzy remontem zabytkowego budynku szkolnego, kościelnego, czy też schroniska dla zwierząt (które Zamawiający dopuścił) a remontem zabytkowego budynku koszarowego, hotelowego, biurowego czy też szpitala. Dodatkowo podkreślić należy, że budynek będący przedmiotem postępowania w nieodległej przeszłości (ok. 6 lat temu) nie był budynkiem muzealnym lecz budynkiem dydaktycznym należącym do Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej. W budynku tym oprócz sal dydaktycznych znajdowały się również pomieszczenia biurowo-administracyjne.

b) ograniczeniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej powierzchni użytkowej min 4 000,00 m²

Według pkt. 9.1 Podstawowe dane techniczne z Opisu Technicznego Projektu Budowlano Architektonicznego powierzchnia użytkowa całego budynku (już po przebudowie i powiększeniu budynku o dwie kondygnacje podziemne) wynosi 4 026,52 m². W ramach przedmiotu zamówienia należy pod istniejącym budynkiem wykonać dwie kondygnacje podziemne jako nowe konstrukcje i dokonać przebudowy istniejącej zabytkowej części budynku o pow. ok. 3000,00 m². Zatem przebudowywana zabytkowa część posiada powierzchnię znacznie mniejszą niż powierzchnia wymagana w

warunku. Powoduje to, iż wymaganie doświadczenia na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków o pow. 4 000,00 m² jest nieproporcjonalne do zabytkowej części budynku wynoszącej ok. 75% wymaganej referencyjnie powierzchni, co w konsekwencji oznacza, iż cały warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

c) wymaganie doświadczenia w realizacji podbicia i palowania podziemnych części budynku

Wpisanie tego wymogu do całości warunku opisanego w pkt. 7.2.4.1.1. wymaga posiadania doświadczenia w podbiciu i palowaniu budynku zabytkowego i to z określonej grupy PKOB. Jest to wymóg całkowicie nieuzasadniony i mający na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji, gdyż nie ma absolutnie żadnych przesłanek technicznych do wymagania od wykonawcy aby doświadczenie w palowaniu miał wyłącznie na konkretnym budynku i to z zawężonej klasy PKOB. Nie ma bowiem różnicy w robotach budowlanych polegających na podbiciu budynku zabytkowego od takich samych robót dotyczących np. starej kamienicy która nie jest wpisana do rejestru zabytków. Niezależnie od rodzaju budynku i jego lokalizacji dla takich prac wykonuje się indywidualną dokumentację techniczną i monitoring prowadzonych prac. Dlatego też w ocenie Odwołującego nie jest istotne gdzie wykonawca nabył doświadczenie w tych pracach i na jakim obiekcie, ważne jest aby takie doświadczenie posiadał. Przy czym doświadczenie takie mogło być zdobyte nawet w ramach takiej realizacji przy której wykonawca wykonywał wyłącznie roboty fundamentowe i konstrukcyjne.

Dodatkowo, nie bez znaczenia dla zarzutu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest okoliczność, iż Zamawiający w sposób bardzo lakoniczny i oszczędny opisał ww. warunek. Zamawiający wymaga bowiem wyłącznie podbicia i palowania podziemnej części budynku bez określenia jakichkolwiek minimalnych parametrów charakterystycznych. W przedmiotowym postępowaniu wykonanie palowania jest robotą niezwykle skomplikowaną i wymagającą, gdyż pod istniejącym budynkiem należy wykonać dwie kondygnacje podziemne. Roboty te stanowią największy udział prac konstrukcyjnych w całości przebudowy. Dlatego niezrozumiałe jest takie ukształtowanie warunku przez Zamawiającego, przy którym wykonawca, który wykonywał takie roboty o tej wielkości i skali trudności na innych obiektach (ale akurat nie zabytkowych i np. nie wyposażonych w instalacje) nie może wziąć udziału w postępowaniu, a inny wykonawca który wykonał np. 5 pali wzmacniających narożnik budynku już potencjalnie ten warunek spełnia.

d) wymaganie wykonania robót instalacyjnych sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych

Wymaganie wykonania instalacji na budynku wpisanym do rejestru zabytków, który dodatkowo jest z zawężonej klasyfikacji PKOB i jest posadowiony na palach nie ma racjonalnego uzasadnienia. Niezależnie od rodzaju budynku (nowy, stary, zabytkowy, itp.) instalacje wykonuje się z nowych materiałów, produkowanych wg. aktualnych norm i wytycznych i nie ma absolutnie żadnego znaczenia czy te instalacje wykonuje się na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków czy też nie. W zdecydowanej większości 98% są to instalacje ukryte pod tynkami i innymi okładzinami, a ich montaż niczym się nie różni od montażu np. w kamienicy na śródmieściu, która nie jest wpisana do rejestru zabytków.

e) wymaganie aby wszystkie ww. roboty były wykonane na jednym budynku

Wymaganie to jest całkowicie nieuzasadnione, a w zestawieniu z pozostałymi wymaganiami, znacząco ogranicza dostęp do uzyskania zamówienia potencjalnym wykonawcom.

Bardzo często, przy rewitalizacji obiektów zabytkowych remontuje się cały zespół budynków/obiektów co jest przedsięwzięciem dużo bardziej skomplikowanym pod względem logistycznym i organizacyjnym, niż w przypadku tylko jednego budynku czy obiektu. Tym samym, wykonawca, który posiada większe doświadczenie, gdyż dotyczące zespołu budynków/obiektów, nie spełni warunku postawionego przez Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące warunku opisanego w 7.2.4.1.4. SWZ

W pkt: 7.2.4.1.4. SWZ Zamawiający wymaga:

opracował projekt aranżacji muzealnej i wykonał aranżację muzealną na powierzchni min. 500 m², a wartość prac aranżacyjnych nie może być mniejsza niż 3.000.000 zł brutto.

Powyższy warunek w sposób zdecydowany ogranicza udział w postępowaniu poprzez znaczące zawężenie grupy podmiotów mogących spełnić powyższy warunek dlatego też wnosimy o rozbicie ww warunku na możliwość oddzielnego wykazania się wykonaniem projektu aranżacji muzealnej o pow. min 500 m², i oddzielnym wykazaniem się wykonaniem aranżacji o wartości prac nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto.

Przedmiotowe postępowanie, pomimo wskazania w SWZ, iż jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj” w rzeczywistości jest prowadzone w formule wybuduj, gdyż Zamawiający posiada już Projekt Zagospodarowania Terenu, Projekt Architektoniczno-Budowlany, Projekt Techniczny branży konstrukcyjnej, Projekt Rozbiórki, Projekty Budowlane dla instalacji sanitarnych: gaszenia gazem, grzewczej i chłodniczej, wentylacji, wodno-kanalizacyjnej, Projekty budowlane dla instalacji elektrycznych silno i słabo-prądowych, Projekty techniczne przyłączy, Program Funkcjonalno-Użytkowy opracowany na podstawie szeregu inwentaryzacji, badań i ekspertyz i opinii oraz Układ Funkcjonalno-Przestrzenny, a wykonawca będzie miał obowiązek wykonać jedynie część projektów technicznych i ewentualnie projekt wykonawczy. Tym samym wymaganie doświadczenia w realizacjach zaprojektuj i wybuduj jest nadmiernym ograniczeniem dostępu do zamówienia.

III. Zarzuty dotyczące warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na

stanowisko

Zgodnie z pkt 7.2.4.2. SWZ Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:

7.2.4.2.2. Osobami posiadającymi wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi [osoby tworzące kluczowy zespół do kierowania robotami budowlanymi]:

7.2.4.2.2.1. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika budowy posiadającą wymagane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej. Osoba to powinna:

- spełniać warunki określone w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami;*
- posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, polegające na wykonywaniu tej funkcji przez co najmniej 60 miesięcy, i w tym co najmniej przez 12 miesięcy w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert,*
- posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami lub kontraktem przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie budynku zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury o powierzchni użytkowej min. 2 000 m² i wartości robót co najmniej 20.000.000,00 zł brutto. Zakres prac musi także obejmować prace rewaloryzacyjne i renowacyjne.*
- posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami lub kontraktem przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie budynku wpisanego do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury o wartości robót budowlanych co najmniej 7.000.000,00 zł brutto, w zakres których wchodziły prace związane z aranżacjami muzealnymi. Zakres prac musi także obejmować prace rewaloryzacyjne i renowacyjne.*

Uwaga!

Za sprawowanie funkcji kierownika budowy Zamawiający uzna tylko takie inwestycje, w ramach których proponowana osoba piastowała funkcję kierownika budowy lub robót przez co najmniej 70% okresu realizacji, liczonego od dnia rozpoczęcia robót do dnia ostatecznego odbioru robót przez Inwestora (Zamawiającego).

Wymaganie to, podobnie jak to ma miejsce w przypadku wymagań związanych z doświadczeniem wykonawcy jest nieuzasadnione przedmiotem zamówienia i ma na celu wyłącznie ograniczenie uczciwej konkurencji. W szczególności nieuzasadnione jest wymaganie zgodne z którym, Kierownik budowy ma posiadać doświadczenie kierowania budową lub robotami lub kontraktem przy co najmniej jednej inwestycji polegającej na remoncie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie budynku zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury o powierzchni użytkowej min. 2 000 m² i wartości robót co najmniej 20.000.000,00 zł brutto. Zakres prac musi także obejmować prace rewaloryzacyjne i renowacyjne. Żądanie aby doświadczenie Kierownika budowy dotyczyło wyłącznie zabytku, który jednocześnie jest budynkiem kultury o wartości robót co najmniej 20 mln. zł bardzo zawęża i tak już kazuistycznie określone specjalistyczne doświadczenie wymagane od osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy. Jest też żądaniem wyższym niż analogiczny warunek udziału w postępowaniu postawiony dla Wykonawcy. Ponadto jest to wymóg nadmierny wobec żądania już przez Zamawiającego odpowiednich uprawnień, doświadczenia na zabytkach, 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym w przez 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat. Dodatkowo, z faktu, iż Zamawiający rozdzielił te dwa warunki, wnioskować można, iż Zamawiający wymaga doświadczenia na dwóch robotach budowlanych dotyczących zabytku będącego instytucją kultury lub muzeum a okres sprawowania funkcji Kierownika budowy na każdej inwestycji musi wynosić 70% okresu trwania budowy. Zamawiający żąda również doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika budowy przy robotach na budynku zabytkowym będącym instytucją kultury o wartości robót budowlanych co najmniej 7.000.000,00 zł brutto, w zakres których wchodziły prace związane z aranżacjami muzealnymi. Wymóg więc posiadania doświadczenia na kolejnej robocie dotyczącej budynku zabytkowego, również ograniczonego tylko do instytucji kultury wraz wymaganiami co do wartości i okresu sprawowania funkcji jest warunkiem nadmiernym i zmierza jedynie do ograniczenia konkurencji.

Ponadto, analogicznie, jak w przypadku doświadczenia wymaganego od wykonawcy, wymaganie aby wszystkie ww. roboty były wykonane na jednym budynku jest całkowicie nieuzasadnione, a w zestawieniu z pozostałymi wymaganiami, znacząco ogranicza dostęp do uzyskania zamówienia. Odwołujący ponawia tutaj argumentację z zarzutu dotyczącego doświadczenia wymaganego od wykonawcy. Bardzo często, przy rewitalizacji obiektów zabytkowych remontuje się cały zespół budynków/obiektów co jest przedsięwzięciem dużo bardziej skomplikowanym pod względem logistycznym i organizacyjnym, niż w przypadku tylko jednego budynku czy obiektu. Tym samym, kierownik budowy który posiada większe doświadczenie, gdyż dotyczące zespołu budynków/obiektów, nie spełni warunku postawionego przez Zamawiającego.

IV. Zarzuty dotyczące wzoru umowy w zakresie nieprawidłowego ukształtowania zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zgodnie z §17 ust. 17. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w trakcie obowiązywania umowy nie może przekroczyć 3 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 11 ust. 2

umowy z chwili jej zawarcia. Wymaganie to pozbawia klauzulę swojej funkcji i ma na celu obejście zasad określonych w art. 439 Pzp. Konsekwencją niedziałających klauzul waloryzacyjnych jest pogorszenie rentowności realizowanych zadań, płynności finansowej wykonawców. W niektórych przypadkach doprowadziło to nawet do niewypłacalności wykonawców, którzy przestali regulować płatności wobec podwykonawców. Powstałe zatory płatnicze narażają interes Skarbu Państwa na konieczność ponownej zapłaty wynagrodzenia z tytułu solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz zakłócają ciągłość procesu inwestycyjnego, co przy wzroście cen może znacząco wpłynąć na rentowność prowadzonej inwestycji.

Nieprawidłowe ukształtowanie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy było przedmiotem kontroli Najwyższej Izby Kontroli w 2021 roku, w wyniku której stwierdzono, że stosowanie nieprecyzyjnych i niedziałających klauzul waloryzacyjnych można uznać za niecelowe, nierzetelne i niegospodarne.

Zaproponowany limit istotnie odbiega od limitów stosowanych przez innych zamawiających publicznych. Przykładowo od grudnia 2023 Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad podwyższyła limit waloryzacji do 15%. Zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów lub wskazania wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Zgodnie z §17 ust. 12. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) zmiana cen materiałów lub kosztów ma być określana względem ceny materiałów lub kosztów wskazanych w kosztorysie wykonawczym (kosztorysie inwestorskim – zawierającym szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej). Wykaz rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia nie został określony przez Zamawiającego.

§17 ust. 12. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) odsyła do §4 ust. 1 pkt 15), zgodnie z którym wykaz ten zwany w projekcie umowy kosztorysem wykonawczym ma zostać sporządzony przez Wykonawcę w bliżej nieokreślonym terminie.

§4 ust. 1 pkt 15) zobowiązuje Wykonawcę do sporządzenia kosztorysów wykonawczych na łączną kwotę stanowiącą cenę ofertową brutto.

§17 ust. 13. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) określa procedurę porównania ceny materiałów i kosztów z kosztorysów wykonawczych (inwestorskich – zawierające szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej) z cenami bieżącymi. Za bieżące ceny referencyjne uznano ceny średnie – region lubelski zawarte w biuletynie Sekocenbud na kwartał poprzedzający złożenie wniosku.

Zobowiązanie Wykonawcę do sporządzenia kosztorysów wykonawczych na łączną kwotę stanowiącą cenę ofertową brutto (określone w §4 ust. 1 pkt 15)) może spowodować, że konieczne będzie zastosowanie innych cen niż ceny średnie – region lubelski. Co więcej często zdarza się, że pewne elementy rzeczywiście uwzględnione w kosztorysach nie posiadają swoich odpowiedników w biuletynie Sekocenbud. Co więcej Zamawiający pomimo limitu w wysokości 3% w §17 ust. 12 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) stwierdził, że waloryzowane będą tylko te materiały i koszty, których wartość zmieni się co najmniej o 5 %.

Zamawiający w §17 ust. 12. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) oraz w §17 ust. 14. wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) zobowiązał Wykonawcę do wykazania wpływu zmian na koszt wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający przyznał sobie prawo do swobodnej oceny wniosku Wykonawcy i odmowy dokonania zmiany umowy bez obiektywnych kryteriów.

Takie ukształtowanie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy sprawia, że klauzula waloryzacyjna przestaje pełnić swoją funkcję i jest czysto iluzoryczna.

Kopia odwołania została przekazana przez Zamawiającego Wykonawcom w dniu 16 stycznia 2024 r. drogą elektroniczną za pośrednictwem poczty e-mail oraz zamieszczona w dniu 16 stycznia 2024 r. na stronie internetowej, na której są udostępnione dokumenty zamówienia.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w części żądania postawione w odwołaniu i na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, wnosząc o umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego żądań przedstawionych w odwołaniu na posiedzeniu niejawnym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego

w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Zamawiającego i załączony do złożonej w dniu 26 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie dowód, tj.: Przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o sprostowaniu/zamianie ogłoszenia.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w części żądania postawione w odwołaniu i na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp wnosi o umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego żądań, tj. dokonania modyfikacji pkt 7.2.4.1.1. SWZ oraz pkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu (zarzut ten uwzględnił w całości); dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt 7.2.4.1.4 SWZ (zarzut uwzględnił w części); dokonania modyfikacji pkt 7.2.4.2.2.1 (zarzut uwzględnił w części); dokonania modyfikacji wzoru umowy w zakresie dotyczącym waloryzacji umownej w § 17 ust. 11-17 wzoru umowy (zarzut uwzględnił w części). Natomiast Odwołujący na posiedzeniu w dniu 5 lutego 2024 r. oświadczył, że wycofuje zarzuty odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego z wyjątkiem punktu 1 w zakresie dotyczącym żądania modyfikacji warunku poprzez dopuszczenie wykazania się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 10 lat, jak i żądania przesunięcia terminu składania ofert. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale 7 SWZ „Warunki udziału w postępowaniu” podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczące:

„7.2.4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

7.2.4.1. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: (...)”.

Powyższe zakwestionował Odwołujący we wniesionym odwołaniu, wskazując że Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony ogranicza okres, w którym wykonawcy mogą legitymować się doświadczeniem, jedynie do ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, którym jest wykonanie przebudowy pałacu wpisanego do rejestru zabytków na potrzeby muzeum, żądanie wykazania się doświadczeniem wyłącznie z ostatnich 5 lat, stanowi nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia. Odwołujący także wskazał, iż doświadczenie przy podobnych realizacjach zdobyte w ostatnich 10 latach niczym się nie różni od doświadczenia zdobytego w ciągu ostatnich 5 lat. W ciągu ostatnich 5 lat nie doszło bowiem w tym zakresie do rozwoju żadnej szczególnej technologii, która uzasadniałaby takie ograniczenie, zwłaszcza że robót budowlanych na zabytkach o parametrach wymaganych przez Zamawiającego nie wykonuje się w Polsce zbyt dużo. Zatem ograniczenie okresu z którego można posłużyć się doświadczeniem prowadzi wprost do ograniczenia uczciwej konkurencji i znacznego zawężenia kręgu potencjalnych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „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.”.

Z kolei § 9 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 1 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, stanowi, że:

„W celu potwierdzenia spełnienia 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:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty; (...)

4. W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz:

1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat; (...)"

Niewątpliwym jest, że Zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej a art. 116 ustawy Pzp konkretyzuje te warunki. Tak więc Zamawiający, chcąc ocenić doświadczenie wykonawcy, może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, przy czym, mając na uwadze treść § 9 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu Zamawiający może dopuścić, aby wykaz ten dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat. Taką informację (informację o przedłużeniu okresu, z którego doświadczeniem wykonawca może się posługiwać) Zamawiający powinien wskazać w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający – jak wprost wynika z SWZ – w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wymagał wykazania się doświadczeniem zdobytym „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: (...)”. Tak skonstruowany warunek – warunek w zakresie dotyczącym posiadanego doświadczenia (jego okresu) jest zgodny z obowiązującymi przepisami, gdyż § 9 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów zawiera jedynie uprawnienie Zamawiającego, które pozwala na wydłużenie okresu z jakiego doświadczeniem wykonawca może się wykazać i nie stanowi obowiązku nałożonego na Zamawiającego.

W tym postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem zdobytym „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert” - jak wyjaśnił Zamawiający – podyktowane było następującym na przestrzeni ostatnich lat postępem technicznym w konserwacji i renowacji zabytków, sposobu i metod prowadzenia robót budowlanych w zabytkach, a także metody wykonawstwa aranżacji wystaw, które znacząco się różnią od tych sprzed 5 lat. Powoduje to zatem niewyobrażalną wręcz zmianę w realizacji tak specjalistycznych robót. Przedmiotem zamówienia jest bowiem obiekt wpisany do rejestru zabytków województwa lubelskiego.

Tak postawiony warunek nie ogranicza też konkurencji. Istnieje bowiem wiele obiektów doświadczeniem w realizacji, których wykonawcy mogą się legitymować. Sam Odwołujący przedstawił – jak oświadczył w celach wyłącznie poglądowych - wykaz jedynie przykładowych inwestycji, w których prowadzone były roboty budowlane i, które wpisane są do rejestru zabytków. Tymczasem na przestrzeni chociażby już ostatnich dwóch lat wszczęto kilkadziesiąt tysięcy postępowań dotyczących robót budowlanych. Tak więc posiadanie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego i uzyskanego w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, nie jest niczym wyjątkowym. Okoliczność, iż warunku tego nie spełnia Odwołujący nie oznacza jeszcze, iż doszło do naruszenia konkurencji. Ciężar dowodu spoczywa przecież na Odwołującym, który tej kwestii (naruszenia konkurencji) w żaden sposób nie wykazał.

Reasumując Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że doszło w kwestionowanym zakresie do naruszenia przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie sformułował zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego terminu na składanie ofert. W treści odwołania zawarł jedynie takie żądanie. Wniósł bowiem o „przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na przygotowanie oferty, tj. co najmniej do dnia 02.04.2024r.”, co stanowi – jak podkreślał na rozprawie – konsekwencję zmiany warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak to wykonawca musi wskazać czynności lub zaniechania Zamawiającego, które naruszają prawo a w odniesieniu do tej kwestii Odwołujący tego nie uczynił. Nie da się tego naprawić poprzez jego uzupełnienie na rozprawie. Izba nie jest bowiem związana żądaniami odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w 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:

