

WYROK

Warszawa, 18 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A;

02-673 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego TEATR ROZMAITOŚCI, ul. Marszałkowska 8 00-590 Warszawa,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

a) Adamietz Warszawa sp. z o.o., ul. Zagadki 19; 02-227 Warszawa,

b) Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12; 80-338 Gdańsk,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A; 02-673 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A; 02-673 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego TEATR ROZMAITOŚCI, ul. Marszałkowska 8; 00-590 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A; 02-673 Warszawa na rzecz zamawiającego TEATR ROZMAITOŚCI, ul. Marszałkowska 8; 00-590 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego TEATR ROZMAITOŚCI, ul. Marszałkowska 8; 00-590 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 351/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Rozmaitości z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Budowa budynku TR Warszawa – Etap I*”.

31 stycznia 2025 roku, wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści SWZ w zakresie warunków udziału

w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie wykonawcy oraz osób skierowanych do realizacji zamówienia) oraz kryteriów oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret drugie ii) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

3.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Pzp poprzez ustalenie w Rozdziale XVII ust. 2 oraz 4 i 5 SWZ kryterium oceny ofert w zakresie Doświadczenia Kierownika Budowy

oraz Doświadczenia Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający realną konkurencję w ramach postępowania, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści SWZ (oraz odpowiednio we właściwych postanowieniach Ogłoszenia) w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego odwołania, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a treść SWZ, jako sformułowana niezgodnie z przepisami Pzp, uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, a w konsekwencji – uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia i jego pozyskanie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1 dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ.

Zamawiający w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i wykonali: *„co najmniej jedną umowę o roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej dla którego wydano pozwolenie na użytkowanie, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra, o wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto, przy czym w ramach realizowanych robót związanych budową budynku, wykonawca robót budowlanych prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra”*.

Odwołujący stoi na stanowisku, że z uwagi na przedmiot zamówienia i jego wartość w pełni adekwatne dla potwierdzenia odpowiedniego doświadczenia przez wykonawców jest spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret pierwsze i drugie SWZ, natomiast warunek udziału określony w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ został sformułowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla oceny zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez poszczególnych wykonawców, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający oczekuje od potencjalnych wykonawców doświadczenia w budowie budynku użyteczności publicznej:

- który został posadowiony w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra;
- którego wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wyniosła co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto;
- w ramach którego, wykonawca robót budowlanych prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra.

Każdy ze wskazanych elementów warunku określonego przez zamawiającego należy uznać za nieadekwatny, a utrzymanie warunku w zaproponowanym w SWZ brzmieniu może prowadzić do uzyskania przez zamawiającego minimalnej liczby ofert, a w skrajnym przypadku nawet jednej oferty w prowadzonym postępowaniu.

Okolicznością notoryjną jest fakt, że jedynym miastem w Polsce z tunelami metra jest m. st. Warszawa, które posiada dwie linie metra. W żadnym innym polskim mieście nie wybudowano linii metra. Już tylko z tego względu zaproponowany warunek istotnie zawęży grono potencjalnych wykonawców i dyskryminuje wykonawców nierealizujących prac na terenie m. st. Warszawy. Sporny warunek, który w tak rażąco ogranicza honorowane doświadczenie wykonawców stoi też w sprzeczności z podstawowym doświadczeniem wszystkich istotnych wykonawców, którzy w praktyce muszą mierzyć się z realizacją obiektów budowlanych w trudnych warunkach geologicznych czy realizowanych w gęstej zabudowie. Realizacja newralgicznych dla powodzenia inwestycji robót ziemnych w trudnych warunkach geologicznych czy w gęstej zabudowie niesie za sobą nabycie wystarczającego doświadczenia w zakresie możliwości zapewnienia bezpiecznej realizacji robót budowlanych oddziaływających na tunel metra, który znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji, która zamierza zrealizować zamawiający. Nie ulega wątpliwości, że tego typu skomplikowane prace ziemne zlecane są przez wszystkich generalnych wykonawców wyspecjalizowanym podwykonawcom, którzy dysponują odpowiednim sprzętem, doświadczeniem i zapleczem inżynierskim do prowadzenia tego typu robót. Analogicznie sytuacja wygląda w kwestii monitoringu wpływu realizacji robót na obiekty będące w strefie bezpośredniego lub potencjalnego oddziaływania realizowanej inwestycji. Usługi tego typu świadczone są przez wyspecjalizowane podmioty, czy to z zakresu robót ziemnych czy to z rynku usług geodezyjnych. Nieadekwatne jest również wiązanie w ramach warunku kwestii realizacji budynków użyteczności publicznej, wartości zrealizowanych prac konstrukcyjnych oraz wpływu na tunel metra. Rodzaj obiektu i wartość zrealizowanych prac konstrukcyjnych nie ma istotnego wpływu na skalę potencjalnej ingerencji w obiekty podziemne lub obiekty sąsiednie. Potencjalną skalę ingerencji mogą określać gabaryty wykopu, w szczególności jego głębokość, sposób

zabezpieczenia wykopu czy technologia prowadzenia robót ziemnych.

Należy również podkreślić, że pomimo przeniesienia na wykonawców pewnego zakresu prac projektowych w nowym postępowaniu nie wpływa to ogólną specyfikę inwestycji realizowanej w systemie „buduj”. Zamawiający zapewnia projekt budowlany i projekty wykonawcze, które szczegółowo opisują warunki prowadzenia prac ziemnych, w tym ich etapowanie czy też szczegółowo określa zasady wykonania monitoringu. Wykonawcy mają zastosować się do wytycznych projektowych w tym zakresie (dowód: *Opis Techniczny Tom 11 Konstrukcja TRW w zakresie budowy Teatru TR w Warszawie i dokumenty powiązane*

(w dokumentacji Postępowania), *Projekt Monitoringu Tom 24 Projekt monitoringu wpływu inwestycji na otoczenie w zakresie budowy Teatru TR w Warszawie i dokumenty powiązane (w dokumentacji Postępowania)*).

Do analogicznych wniosków doszedł sam zamawiający w ramach poprzedniego, zakończonego unieważnieniem postępowania pn. „*Budowa budynku TR Warszawa na placu Defilad w Warszawie*”, postępowanie nr PZP.TR-2.2022, którego przedmiotem było kompleksowe wykonanie budynku Teatru Rozmaitości. Podobne założenia przyjął również inny zamawiający publiczny podległy m. st. Warszawie, tj. Muzeum Sztuki Współczesnej, który zrealizował obiekt (nową siedzibę) na Placu Defilad w Warszawie w bezpośrednim sąsiedztwie planowanej nowej siedziby Teatru Rozmaitości. Oba obiekty (Muzeum Sztuki Nowoczesnej oraz Teatr Rozmaitości) realizowane są w tożsamy warunkach geologicznych

i analogicznym wpływem na tunel metra.

Próżno szukać w uprzednio prowadzonym postępowaniu w ramach wymaganego od wykonawców (czy też od personelu skierowanego do realizacji zadania) doświadczenia jakichkolwiek oczekiwań zamawiającego względem realizacji prac w pobliżu tunelu metra, czy wymagań w zakresie monitoringu tunelu metra. Należy podkreślić, że zamawiający w ramach postępowania zastrzegł sobie możliwość weryfikacji wiedzy i doświadczenia potencjalnych wykonawców w ramach jednego z kryteriów oceny ofert w postaci wykonania przez oferentów „*Koncepcji realizacji robót budowlanych*” (Rozdział 17 ust. 6 SWZ).

W podobny sposób zostały określone warunki udziału i kryteria oceny ofert przez Muzeum Sztuki Współczesnej w ramach postępowania pn. „*Budowa Muzeum Sztuki Współczesnej*”, nr sprawy: 04/MSN/PN/2018.

Należy również podkreślić, że poprzednie postępowanie prowadził w trybie dialogu konkurencyjnego, a sposób jego prowadzenia wywoływał kontrowersje. Finalnie zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wszystkich wnioskodawców w liczbie 4 (czterech), przy czym finalne oferty złożyło jedynie 2 (dwa) podmioty, w tym odwołujący. Sposób procedowania przez zamawiającego nowego postępowania podważa zasadę zaufania na rynku zamówień publicznych w relacji zamawiający publicznych i wykonawców niezbędną do zbudowania konkurencyjnego i prawidłowo funkcjonującego rynku zamówień publicznych. Wszyscy 4 (czterej) uczestnicy poprzedniego postępowania zaangażowali istotne zasoby w prowadzone spotkania negocjacyjne dzieląc się swoim doświadczeniem i *know-how* w celu wypracowania odpowiedniego modelu współpracy od strony zarówno technicznej, jak i formalno-organizacyjnej. Spotkania dotyczyły szerokiego spektrum zagadnień od kwestii *stricte* technicznych, finansowych, umownych, czy też rozwiązań w zakresie BIM. Wreszcie 2 (dwa) podmioty, które złożyły oferty przedłożyły zamawiającego *mock-up* konstrukcji stalowej

o wartości kilkudziesięciu tysięcy złotych. Sumarycznie każdy z oferentów nie tylko dzielił się z zamawiającym swoją wiedzą i doświadczeniem, ale wydatkował na udział w dialogu konkurencyjnym i przygotowanie ofert istotne kwoty rzędu setek tysięcy złotych. Obecnie zamawiający w nowym postępowaniu wprowadził warunki i kryteria oceny ofert, które nie obowiązywały w poprzednim postępowaniu, który obejmował wykonanie całego obiektu, a nie tylko jego części, jak w postępowaniu. Te warunki i kryteria dyskryminują część z wykonawców ubiegających się o zamówienie w poprzednim postępowaniu organizowanym przez zamawiającego i faworyzują, co najmniej jednego z ówczesnych uczestników postępowania. Odwołujący ma świadomość, że w ramach nowego postępowania nie mają uprzywilejowanej pozycji względem innych, potencjalnych wykonawców w ramach nowego postępowania, ale działanie zamawiającego ewidentnie wpływa na ograniczenie dostępności przedmiotowego zamówienia. Tym samym nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie zapewnia możliwości zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zaproponowane przez odwołującego zmiany niewątpliwie pozwolą rozszerzyć krąg potencjalnych wykonawców, nie wpływając na możliwość wyłonienia przez zamawiającego podmiotu dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe wpłynie na zapewnienie konkurencyjności postępowania oraz dopuści szersze grono wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, co bezspornie stanowić będzie nie tylko wyraz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, lecz także zasady proporcjonalności. Doświadczenie pokazuje, że zapewnienie konkurencyjności postępowań w zakresie istotnych inwestycji miejskich pozostaje poważnym problemem, o czym świadczy pozyskanie 2 (dwóch) ofert w poprzednim postępowaniu organizowanym przez zamawiającego, czy też pozyskanie tylko 3 (trzech) ofert w postępowaniu pn. „*Budowa Muzeum Sztuki Współczesnej*”. Jednocześnie pozostawienie aktualnego brzmienia spornego warunku stawiać będzie

w uprzywilejowanej sytuacji oferentów już współpracujących z podmiotami zależnym od m. st. Warszawy, w tym wykonawcę realizującego inwestycję pn. „Budowa Muzeum Sztuki Współczesnej” i dyskryminuje część uczestników poprzedniego postępowania organizowanego przez zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:

- Wykreślenie w całości postanowienia określonego w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ.

Zarzut nr 2 dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret drugie ii) SWZ.

Zamawiający w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret drugie ii) SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią następujące warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i skierują do realizacji zamówienia osobę pełniącą funkcję Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych, który: „*posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy) przy budowie, co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra, o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto, przy czym w ramach realizowanych robót związanych z budową budynku wykonawca robót budowlanych prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra*”.

Argumentacja i wnioski przedstawione w uzasadnieniu dla zarzutu nr 1 pozostaje w pełni adekwatne dla zarzutu nr 2 w zakresie doświadczenia Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych. Warunek ten odnosi się do analogicznych wymagań stawianych w ramach kwestionowanego przez odwołującego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy

i również stanowi przejaw braku proporcjonalności warunku. Jak wskazano powyżej kompetencje w zakresie prowadzenia robót ziemnych i wykopów skumulowane są

u podmiotów specjalizujących się w prowadzeniu robót ziemnych. Podobnie wygląda kwestia pozyskiwania doświadczenia przez personel na czynnym tunelu metra, co rażąco ogranicza możliwość uzyskania doświadczenia postulowanego, w ocenie odwołującego nadmiernie, przez zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:

• Modyfikację postanowienia określonego w Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret drugie ii) SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

“*ii. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy) przy budowie co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra, o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto, przy czym w ramach realizowanych robót związanych z budową budynku wykonawca robót budowlanych prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra*”.

Zarzut nr 3 dotyczący kryteriów oceny ofert w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych, o których mowa w Rozdziale XVII ust. 2 oraz 4 i 5 SWZ.

Zamawiający w Rozdziale 17 ust. 2 i 4-5 SWZ określił kryteria oceny ofert w sposób następujący: 2. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej z poszczególnych części zamówienia Zamawiający będzie kierował się niżej opisanymi kryteriami:

Kryterium 1. Cena (C) - waga: 80 %;

Kryterium 2. Doświadczenie Kierownika Budowy (DKbud) - waga: 5 %;

Kryterium 3. Doświadczenie Kierownika Robót konstrukcyjno - budowlanych (DKrkb) - waga: 5 %; 4) Kryterium 4. Koncepcja realizacji robót budowlanych (K) - waga 10%.

Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy, w przypadku, gdy osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, obok doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadać będzie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy) przy budowie budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto, przy czym w ramach realizowanych robót związanych z budową budynku, wykonawca robót prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra - za takie doświadczenie Zamawiający przyzna 5 pkt, przy czym nie więcej niż 5 pkt. Doświadczenie oceniane w ramach tego kryterium, Wykonawca zobowiązany jest wskazać w odpowiedniej rubryce Wykazu osób na potrzeby oceny ofert według Załącznika nr 10 do SWZ (Zamawiający, przy ocenie tego kryterium, weźmie pod uwagę wyłącznie pierwszą pozycję opisu doświadczenia

wskazaną przez Wykonawcę na potrzeby pozyskania punktów w ramach kryterium). Jeśli jedno doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy pozwalać będzie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz przyznanie punktów w ramach niniejszego kryterium, Wykonawca może powołać się na to doświadczenie i otrzymać punkty w ramach niniejszego kryterium oraz wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych, w przypadku, gdy osoba skierowana do pełnienia funkcji, ponad doświadczenie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadać będzie dodatkowe doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy) przy budowie budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto, przy czym w ramach realizowanych robót związanych z posadowieniem budynku wykonawca robót budowlanych prowadził monitoring przemieszczeń tuneli metra - za takie doświadczenie Zamawiający przyzna 5 pkt, przy czym nie więcej niż 5 pkt. W ramach Doświadczenia ocenianego w tym kryterium, Wykonawca zobowiązany jest wskazać w odpowiedniej rubryce Wykazu osób na potrzeby oceny ofert według Załącznika nr 10 do SWZ, w którym Wykonawca zobowiązany będzie opisać doświadczenie ww. osoby służące wykazaniu spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz dodatkowe doświadczenie na potrzeby przyznania punktów w ramach kryterium (Zamawiający, przy ocenie tego kryterium, weźmie pod uwagę wyłącznie pierwszą pozycję opisu doświadczenia wskazaną przez Wykonawcę na potrzeby pozyskania punktów w ramach kryterium). W wypadku, w którym Wykonawca w treści tego załącznika poda jedno wymagane doświadczenie, Zamawiający nie przyzna punktów w ramach tego kryterium, przyjmując, że zostało ono wskazane na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (UWAGA! Doświadczenie to musi dotyczyć innej budowy niż podanej w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod rygorem braku przyznania punktów w ramach przedmiotowego kryterium)”.
Konsekwencją kwestionowania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu określonych w zarzutach nr 1 i nr 2 jest kwestionowanie korespondujących z nimi kryterium oceny ofert, które nie weryfikują w sposób adekwatny doświadczenia wykonawcy i osób skierowanych do realizacji zadania w kontekście przedmiotu zamówienia. Pozostawienie kryteriów oceny ofert zaproponowanych przez zamawiającego, z tych samych względów, co określone w uzasadnieniu do zarzutów nr 1 i nr 2 doprowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasady proporcjonalności.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:

- Modyfikację postanowienia określonego w Rozdziale 17 ust. 2 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„2. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej z poszczególnych części zamówienia Zamawiający będzie kierował się niżej opisanymi kryteriami:

Kryterium 1. Cena (C) - waga: ~~80%~~ 90%;

Kryterium 2. Doświadczenie Kierownika Budowy (DKbud) – waga: 5 %;

Kryterium 3. Doświadczenie Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych (DKrkb) – waga: 5 %;-4)

Kryterium 4 2. Koncepcja realizacji robót budowlanych (K) - waga 10%”.

Wykreślenie w całości postanowienia określonego w Rozdziale 17 ust. 4 SWZ.

Wykreślenie w całości postanowienia określonego w Rozdziale 17 ust. 5 SWZ.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

[ad. zarzut nr 1 i nr 2]

Zamawiający wskazuje, że 14 lutego 2025 r. poinformował wykonawców o zmianie warunków udziału w postępowaniu, uregulowanych w m.in. Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) tiret trzecie SWZ oraz Rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret drugie ii) SWZ, a więc warunków objętych odpowiednio zarzutami nr 1 i 2 odwołania. Na skutek tej zmiany, modyfikacji uległa merytoryczna zawartość wymagań zamawiającego w tym zakresie bowiem, w ramach warunków udziału w postępowaniu:

- w zakresie doświadczenia wykonawcy,
- w zakresie doświadczenia Kierownika Robót konstrukcyjno-budowlanych,

zamawiający nie wymaga już kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia związanego z wykonaniem budynku użyteczności publicznej posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra.

W świetle powyższego, odwołanie powinno podlegać oddaleniu, o czym wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba

Odwoławcza: Skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zobowiązana jest również uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy (...). Mając na uwadze brzmienie art. 552 ust. 1 Pzp nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy. W konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 stycznia 2022 r. czynności tej nie ma w postępowaniu (brak substratu zaskarżenia). Nie istnieje zatem podstawa, na którą powoływał się Odwołujący (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lutego 2022 r., KIO 280/22).

(dowód: informacja o zmianie SWZ zamieszczona na platformie zakupowej postępowania (<https://trwarszawa.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/462862/budowa-budynku-tr-warszawaetap-i>).

[ad. zarzut nr 3]

Zamawiający, 14 lutego 2025 r. poinformował także o zmianie kryteriów oceny ofert, określonych w Rozdziale XVII ust. 2 oraz 4 i 5 SWZ. Na skutek tej zmiany, obniżeniu (z 5 pkt do 3 pkt) obniżona została waga każdego z tych kryteriów. Wspomniane kryteria brzmią następująco:

„1) Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium *Doświadczenie Kierownika Budowy*, w przypadku, gdy osoba skierowana do pełnienia funkcji *Kierownika Budowy*, obok doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadać będzie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy) przy budowie budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto - za takie doświadczenie Zamawiający przyzna 3 pkt, przy czym nie więcej niż 3 pkt. Doświadczenie oceniane w ramach tego kryterium, Wykonawca zobowiązany jest wskazać w odpowiedniej rubryce Wykazu osób na potrzeby oceny ofert według Załącznika nr 10 do SWZ (Zamawiający, przy ocenie tego kryterium, weźmie pod uwagę wyłącznie pierwszą pozycję opisu doświadczenia wskazaną przez Wykonawcę na potrzeby pozyskania punktów w ramach kryterium). Jeśli jedno doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji *Kierownika Budowy* pozwalać będzie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz przyznanie punktów w ramach niniejszego kryterium, Wykonawca może powołać się na to doświadczenie i jednocześnie otrzymać punkty w ramach niniejszego kryterium oraz wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu;

2) Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium *Doświadczenie Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych*, w przypadku, gdy osoba skierowana do pełnienia funkcji, obok doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadać będzie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w branży konstrukcyjnej lub kierownika budowy (nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy) przy budowie budynku użyteczności publicznej, posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra o łącznej wartości robót budowlanych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku, wynoszącej co najmniej 50 000 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) netto - za takie doświadczenie Zamawiający przyzna 3 pkt, przy czym nie więcej niż 3 pkt. W ramach Doświadczenia ocenianego w tym kryterium, Wykonawca zobowiązany jest wskazać w odpowiedniej rubryce Wykazu osób na potrzeby oceny ofert według Załącznika nr 10 do SWZ, w którym Wykonawca zobowiązany będzie opisać doświadczenie ww. osoby służące wykazaniu spełnieniu warunku udziału w postępowaniu oraz dodatkowe doświadczenie na potrzeby przyznania punktów w ramach kryterium (Zamawiający, przy ocenie tego kryterium, weźmie pod uwagę wyłącznie pierwszą pozycję opisu doświadczenia wskazaną przez Wykonawcę na potrzeby pozyskania punktów w ramach kryterium). Jeśli jedno doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji *Kierownika Budowy* pozwalać będzie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz przyznanie punktów w ramach niniejszego kryterium, Wykonawca może powołać się na to doświadczenie i jednocześnie otrzymać punkty w ramach niniejszego kryterium oraz wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu”.

(dowód: informacja o zmianie SWZ zamieszczona na platformie zakupowej postępowania (<https://trwarszawa.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/462862/budowa-budynku-tr-warszawaetap-i>).

Mając na uwadze, że ww. wymagania stanowią kryteria oceny ofert, w treści odwołania brak jest jakichkolwiek zarzutów kwestionujących ich zgodność z przepisami art. 239 i nast. ustawy Pzp, a zarzuty te nie mogą być uzupełnione po wniesieniu odwołania. Już z tego względu, odwołanie – jako w żaden sposób niepoparte faktycznym zarzutem – zasługuje na oddalenie.

Niezależnie od powyższego, trzeba wskazać, że zgodnie z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

- 1) Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia;
- 2) Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub

wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Oceniane w ramach przedmiotowego kryterium doświadczenie Kierownika Budowy i Kierownika Robót Konstrukcyjno-Budowlanych dotyczą robót budowlanych, których elementy są istotną cechą przedmiotu zamówienia, a tym samym kryterium to, spełnia wszystkie wymagania przytoczonego przepisu. Przedmiotem zamówienia będzie bowiem posadowienie budynku w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra, a łączna wartość robót konstrukcyjnych związanych z wykonaniem głównej konstrukcji budynku przekraczać będzie 50 mln złotych. Na dokumentację projektową składa się m.in. projekt monitoringu inwestycji na otoczenie, obejmujący przede wszystkim wytyczne w zakresie monitoringu tunelu metra, a dokumentacja projektowa była uzgadniana i opiniowana przez Metro Warszawskie. W ocenie służb merytorycznych zamawiającego, oddziaływanie robót na tunel metra i jego potencjalne skutki, stanowią najistotniejsze ryzyko związane z oddziaływaniem wykopów prowadzonych w związku z realizowaną inwestycją, w tym w kontekście realności wystąpienia tych skutków oraz ich konsekwencji finansowych. Należy zaznaczyć, że działania związane z wybudowaniem przedmiotowego budynku, w tym w szczególności głębokie wykopy, a następnie dociążanie gruntu (podłoża) nowymi konstrukcjami prowadzić będą do przemieszczeń tego gruntu, a w tym wypadku, do także przemieszczeń obiektów metra znajdujących się pod ziemią. Wymóg szczelności tuneli metra (z uwagi na ich charakter, w tym duże prędkości pociągów) wymaga, aby zachowane były graniczne, dopuszczalne przemieszczenia i realizowana była ciągła ich kontrola. W przypadkach tego rodzaju inwestycji, projekty budowlane muszą być uzgadniane przed wydaniem pozwolenia na budowę z służbami technicznymi Metra, a w projektach takich określa się technologie wykonania robót. W oparciu o analizę techniczną dotyczącą charakteru prac, służby techniczne Metra - poza kryteriami dotyczącymi przemieszczeń – określają również sposób ich monitorowania, w tym procedury powiadamiania i wymagają stosowania projektu monitoringu uzgodnionego z tymi służbami.

(dowód: Projekt monitoringu wpływu na otoczenie (załącznik do dokumentacji projektowej); Opinia Metra Warszawskiego w przedmiocie projektu budowlanego (załącznik do dokumentacji projektowej)).

Dochowanie wspomnianym wymogom i obowiązkom (płynącym z dokumentacji projektowej oraz uzgodnień i wytycznych Metra), spoczywa na osobach kierujących daną inwestycją i robotami budowlanymi powodującymi przedmiotowe oddziaływanie (w tym wypadku na kierowniku budowy i kierowniku robót konstrukcyjno-budowlanych), a tym samym, ich doświadczenie w realizowaniu podobnych inwestycji o podobnej skali jest istotnym czynnikiem mogącym mieć przełożenie na jakość realizowanych robót. W ocenie zamawiającego, takie doświadczenie osób kierujących robotami (w toku nabywania, którego, dane osoby miały możliwość praktycznego stosowania obowiązujących lub równoważnych norm, wytycznych, instrukcji), może przyczynić się do zminimalizowania ryzyka negatywnego wpływu inwestycji na funkcjonowanie metra, w tym ograniczenia prędkości pociągów, a nawet wstrzymanie kursowania pociągów metra, rodzących istotne negatywne następstwa, w tym finansowe.

W świetle powyższego, zamawiający uprawniony jest do premiowania tego rodzaju doświadczenia jak opisane w kwestionowanym kryterium, zwłaszcza, że zostało ono ustanowione na niewygórowanym, proporcjonalnym poziomie, jeśli chodzi o punktację (po max. 3 pkt dla każdej z osób, nie więcej łącznie niż 6 pkt), a jednocześnie:

- 1) kryterium cena wynosi 80 pkt;
- 2) pozostałe kryteria poza cenowe wynoszą 14 pkt.

Ustanowienie przedmiotowego kryterium, nie eliminuje też żadnego wykonawcy - jeśli chodzi o możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie i nie sposób twierdzić, że narusza konkurencyjność postępowania. Co więcej, kryteria oceny ofert nie mają na celu równania pozycji wszystkich wykonawców, wręcz przeciwnie, uprawniają do jej różnicowania. Istotnym jest przy tym, że każdy z wykonawców, ma możliwość pozyskania punktów w przedmiotowym kryterium nawet wówczas, gdy jako podmiot nie realizował prac, do których odwołuje się sporne kryterium. Jest to wyłącznie kwestia pozyskania odpowiednio doświadczonych zasobów osobowych, których zaangażowanie w realizację zamówienia – mając na uwadze przedmiot wspomnianego doświadczenia – przełożyć może się również na eliminację ryzyk obciążających wykonawcę. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miała być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast, aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z 25 marca 2022 r. KIO 610/22).

W kontekście rzekomego naruszenia przez zamawiającego konkurencyjności postępowania, zwrócić należy uwagę, że zamawiający, na skutek zmian opublikowanych

14 lutego 2025 r., zmienił wszystkie warunki udziału w postępowaniu (tak dotyczące podmiotu jak i osób skierowanych do realizacji zamówienia), referujące do doświadczenia przy budowie budynku użyteczności publicznej posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra, a doświadczenie to jest obecnie wyłącznie premiowanym jako dodatkowe doświadczenie dwóch najważniejszych osób kierujących robotami budowlanymi. Mając więc na uwadze, że premiowane doświadczenie jest związane z przedmiotem zamówienia i ze szczególnie istotnym – z uwagi na bezpieczeństwo inwestycji – obszarem realizacji zamawianych robót, ustanowienie przedmiotowego kryterium, należy uznać za uprawnione oraz zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W świetle powyższego, również zarzut nr 3 zasługuje na oddalenie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 odnoszących się do warunków doświadczenia Izba wskazuje, że zamawiający 14 lutego 2025 roku, zmienił treść skarżonych warunków, co oznacza, że na chwilę orzekania brak było substratu zaskarżenia - zamawiający nie wymaga już kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia związanego z wykonaniem budynku użyteczności publicznej posadowionego w strefie bezpośredniego oddziaływania wykopu na czynny tunel metra. Tym samym cała argumentacja odwołującego, odnosząca się również w swoim zakresie na rys historyczny wcześniejszego postępowania czy też innych postępowań pozostaje irrelevantna z punktu widzenia okoliczności istniejących

w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Oznacza to, że również wnioski dowodowe powołane przez odwołującego pozostają bez znaczenia na wynik rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wydania wyroku jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wydanie wyroku musi być bowiem oparte na całokształcie okoliczności faktycznych i prawnych ustalonych w toku całego postępowania, tj. do momentu zamknięcia rozprawy. Z powyższego wynika konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności Zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego (vide: wyrok KIO z 15 września 2022 roku, sygn. akt KIO 2290/22).

Skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy (vide: wyrok KIO z 23 sierpnia 2021 roku, sygn. akt KIO 1932/21).

Stan rzeczy - o którym mowa w przepisie art. 552 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 KPC - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (vide: wyrok KIO z 28 kwietnia 2021 roku, sygn. akt KIO 967/21).

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wobec zmian dokonanych przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania, a skutkujących sytuacją wykonawcy w kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów, zarzuty nr 1 i 2 są niezasadne – brak substratu zaskarżenia.

W zakresie zarzutu nr 3 Izba wskazuje, że zamawiający 14 lutego 2025 r. poinformował także o zmianie kryteriów oceny ofert, określonych w Rozdziale XVII ust. 2 oraz 4 i 5 SWZ.

W pierwszej kolejności Izba przypomni stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia

4 grudnia 2003 r. (C-448/01) stwierdził: Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania, Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnosnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów) (vide: wyrok KIO z 1 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1607/21).

Kryteria oceny ofert określone dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o udziale w postępowaniu, na sposób przygotowania przez niego oferty oraz na treść oferty składanej przez wykonawcę

w postępowaniu. Oznacza to, że stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dokumentach zamówienia i w taki sposób, który został w tych dokumentach określony, stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Obowiązek odpowiednio ustalenia i opublikowania

z wyprzedzeniem zasad i warunków dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym metodologii oceny ofert, która będzie stosowana przez zamawiającego, realizuje zasadę przejrzystości postępowania (por. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon i Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis* i innym, ECLI:EU:C:2008:40, pkt 33–45) – (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021).

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do stanowiska odwołującego wskazuje, że kryteria oceny ofert, ustalone w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego, w żadnej mierze nie dyskryminują odwołującego, nie ograniczą tym samym konkurencyjności postępowania, co najwyżej może zaistnieć sytuacja, w której odwołujący otrzyma mniejszą liczbę punktów

w ramach skarżonych kryteriów oceny ofert. Kryteria oceny ofert jako obiektywny czynnik oceny wykonawcy usankcjonowany przepisami ustawy Pzp dają bowiem zamawiającemu możliwość przyznania punktacji, tym wykonawcom, którzy w najbardziej korzystny sposób wykażą się doświadczeniem osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby kryteria opracowane przez zamawiającego, są jak najbardziej proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, albowiem odnoszą się do kluczowych stanowisk na projekcie, dających szansę na prawidłową i sprawną realizację inwestycji. Kryteria powyższe nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Okoliczności przeciwnej odwołujący nie wykazał.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 25 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 610/22,

„W zamówieniach publicznych dostępu do zamówienia nie można utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Wymagania zawarte przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia czy

w warunkach udziału w postępowaniu determinują krąg podmiotów mogących ubiegać się

o zamówienie. Kryteria oceny ofert stanowią instrument pozwalający zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Istotny jest zatem zarówno właściwy dobór kryteriów w zależności od przedmiotu zamówienia, ale także ich opis dokonany w taki sposób, aby wykonawca składający ofertę posiadał konkretną wiedzę o tym, które elementy i w jaki sposób będą podlegały ocenie. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału

w postępowaniu, gdyż pozwala potencjalnemu wykonawcy ocenić szanse na uzyskanie zamówienia. Właściwy dobór kryteriów daje także zamawiającemu możliwość osiągnięcia celu postępowania, tj. wyboru oferty spełniającej jego oczekiwania i realizację zamówienia. Ważne jest aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....