Sygn. akt: KIO 540/23
Sygn. akt: KIO 561/23

WYROK
z dnia 27 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Członkowie: **Elżbieta Dobrenko**
Adriana Urbanik
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 marca 2023 r. i 20 marca 2023 r.
w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 27 lutego 2023 r. przez odwołującego:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedz Gdańsku** (ul. Opacka 12, 80338 Gdańsk) w sprawie o sygn. akt: KIO 540/23;

B.**Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 561/23;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa)
przy udziale:

A.wykonawcy **Mostostal S.A. siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 540/23;

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedz Gdańsku** (ul. Opacka 12, 80338 Gdańsk) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 561/23;

C.wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9 01204 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 540/23 i o sygn. akt: KIO 561/23

orzeka:

I. W sprawie o sygn. akt: KIO 540/23

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu I. odwołania (str 3) wskazanego w punkcie 1 ppkt 1) lit. a) oraz ppkt 3);

2.Uwzględnia odwołanie w części w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punkcie I.1.1) lit. l) oraz w punkcie 2) i częściowo w punkcie 5) co do podkryterium a) „*Analiza ryzyka*" w Kryterium 2 oraz podkryterium c): „*Wywiad z kierownictwem budowy*" w Kryterium 3 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w następujący sposób:

a.Usunięcie w Kryterium 3 podkryterium c): „*Wywiad z kierownictwem budowy – 30%*";

b.*Usunięcie* w Kryterium 2 podkryterium a): „*Analiza ryzyka- 37%*";

c.Skreślenie w Kryterium 2 podkryterium c): „*Jakość mock 'up elewacji*" i e): „*Organizacja pracy*" postanowienia: „*Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium średnio mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.";*

3.W zakresie pozostałym – nie ujętym w punkcie 1 i 2 sentencji - oddala odwołanie;

4.Kosztami postępowania odwoławczego w 50 % obciąża zamawiającego - **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddzia zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) oraz w 50% odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **KORPORACJA BUDOWLAN DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (ul. Opacka 12, 80338 Gdańsk) i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od zamawiającego **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORST BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (ul. Opacka 12, 80338 Gdańsk) kwotę **12.781 zł 50 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt jeden złotych 50 groszy) obejmującą 50 % kwoty

uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz 50 % kwoty wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę oraz noclegu w dniach 13 marca 2023 r. i 20 marca 2023 r.

4.3.zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWL "CALBUD" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (ul. Opacka 12, 80338 Gdańsk) na rzecz zamawiającego **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) kwotę 1800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem 50 % kwoty wynagrodzenia pełnomocnika.

II.W sprawie o sygn. akt: KIO 561/23

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu [III] odwołania (str 2) wskazanego w punkcie [4]);

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punkcie [I] – [1] oraz w punkcie [II]- [2] i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w następujący sposób:

a)Zmianę terminu składania ofert co najmniej na dzień 15 maja 2023 r.

b)Skreślenie w Kryterium 2 w podkryterium: a): „*Analiza ryzyka*", c):"*Jakość mock'up elewacji*" oraz e): „*Organizacja pracy*" postanowienia w brzmieniu: „*Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium łącznie mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona*.",

c)Usunięcie w Kryterium 3 podkryterium c): „*Wywiad z kierownictwem budowy- 30%*";

d)W ramach Kryterium 3 podkryterium: b) - „*Kompetencje kierownictwa budowy" oraz* w ramach Kryterium 2 podkryteriów: a) *„Analiza ryzyka"* , c) „*Jakość mock'up elewacji*"; d) „*Technologia zarządzania budową*"; e) „*Organizacja pracy*"– sformułowanie kryteriów oceny oraz zasad przyznawanej punktacji według obiektywnych reguł przyznawania punktów umożliwiających wykonawcom ustalenie preferencji Zamawiającego, za które przyznawać będzie konkretne punkty;

3.W zakresie pozostałym – nie ujętym w punkcie 1 i 2 sentencji - oddala odwołanie;

4.Kosztami postępowania odwoławczego w 50 % obciąża zamawiającego - **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddzia zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) oraz w 50 % odwołującego **Mostostal S.A. siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa)i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od zamawiającego **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) na rzecz odwołującego **Mostostal S.A. siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa) kwotę **11.800 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) obejmującą 50 % kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz 50 % kwoty wynagrodzenia pełnomocnika;

4.3.zasądza od odwołującego **Mostostal S.A. siedzibą w Warszawie** (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa) na rzecz zamawiającego **"TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział zamawiającego: TR Warszawa** (Marszałkowska 8, 00590 Warszawa) kwotę 1800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem 50 % kwoty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……
……
……

Sygn. akt: KIO 540/23
Sygn. akt: KIO 561/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 27 lutego 2023 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego przez Zamawiającego: TEATR ROZMAITOŚCI" Oddział TR Warszawa na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Budowa budynku TR Warszawa na placu Defilad w Warszawie". Numer referencyjny: PZP.TR2.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 1 kwietnia 2022 r. pod nr 2022/S 065-167591.

Sygn. akt: KIO 540/23

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o., PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedzibą w Gd

(Odwołujący lub Odwołujący Konsorcjum) wskazał, że wnosi odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
-ukształtowania kryteriów i sposobu oceny ofert w sposób niezgodny z wymogami ustawy PZP i dyrektywy PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych
-nieprawidłowego opisania przedmiotu zamówieniu w zakresie możliwych zmian wynagrodzenia wykonawcy oraz treści postanowień umownych w zakresie umownej waloryzacji wynagrodzenia,
-nieprawidłowego określenia zakresu kluczowych części zamówienia, dla których wyłączona została możliwość podwykonawstwa,
- niezgodnego z prawem wskazania przesłanek odrzucenia oferty -
w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego (…) .
W punkcie I wskazał na następujące zarzuty:
1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1) art. 239 ust. 2 w zw. z art. 240 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp:
a) przez ustalenie kryterium 1. Cena – waga 60%, w ramach którego wprowadzono nieprzejrzyste zasady oceny ofert, poprzez warunkowanie sposobu oceny ofert (zastosowanie wzoru) od tego, ile ofert zostanie złożonych. Wprowadzenie dwóch, różnych metod oceny ofert w kryterium „cena" w zależności od ilości złożonych ofert, dających znacząco rozbieżne wyniki oceny, w sytuacji stosowania kryteriów jakościowych o wadze 40%, powoduje, że wykonawcy na podstawie dokumentów zamówienia nie znając ilości składanych ofert, nie mogą ustalić, w jaki sposób będą oceniane ich oferty, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości postępowania.
b) przez brak ograniczeń ilościowych dla ocenianego doświadczenia (im więcej tym wyższa ocena).
c) przez sprzeczności w opisie sposobu sporządzenia ofert w zakresie kryterium 2. „Metodyka" polegające na wymogu anonimizacji przedstawianych dokumentów, podczas gdy jednocześnie jako podlegające ocenie w tych dokumentach jest wskazanie nazwy podwykonawców, łańcuchów dostaw, nazwisk kluczowego personelu, wykazów doświadczenia, które to informacje umożliwią identyfikację zarówno wykonawcy jak i pozostałych elementów podlegających anonimizacji, co czyni wymóg obiektywizmu oceny ofert niemożliwymi do wypełnienia, a w przypadku ich faktycznej anonimizacji czyni wspomniane kryteria fikcyjnymi i kompletnie niezwiązanymi z jakościową oceną oferty – w związku z brakiem możliwości oceny wiarygodności opisywanych okoliczności.
d) w Kryterium „Podwykonawstwo" poprzez sposób, w jaki Zamawiający je opisał i zamierza oceniać, co powoduje naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nieuzasadnione preferowanie podwykonawców lokalnych mających siedziby i realizujących roboty w Warszawie.
e) przez sprzeczności pomiędzy ocenianymi cechami w kryteriach „Podwykonawstwo" a „Potencjał kadrowy" i „Kompetencje kierownictwa budowy" polegający na tym, że w kryterium „Podwykonawstwo" wyższa ocena przyznawana ma być im większy zakres czynności został zlecony podwykonawcom, a w kryterium potencjał kadrowy i kompetencje kierownictwa wyżej oceniana jest współpraca oparta na umowach o pracę. Narusza to także zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, ponieważ zgodnie z rynkowymi standardami kluczowy personel i kierownictwo budowy zatrudniany jest zarówno w ramach stosunku pracy jak i umów cywilnoprawnych, które wobec kwalifikacji w SWZ (zasób własny to umowa o pracę) będą traktowane jako umowy podwykonawcze.
f) w Kryterium „Jakość mock`up elewacji", które w świetle sposobu, w jaki zostało opisane w dokumentacji technicznej, może być ocenione wyłącznie w ramach badania zgodności tej próbki z warunkami zamówienia i w braku tej zgodności skutkować odrzuceniem oferty, podczas gdy zaproponowany sposób przyznawania punktów nie jest związany z jakością wykonania tego elementu, która w każdym przypadku musi spełnić wymagania techniczne wskazane w dokumentacji, a wyłącznie niemożliwymi do obiektywnej oceny wrażeniami osób oceniających, co wprost narusza zasadę przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji. Żądana do wykonania makieta nie ma żadnej wartości artystycznej, jest standardowym elementem stalowym z blachy mocowanej na śruby i w każdym wypadku ma wypełniać wymogi opisane w dokumentacji technicznej.
g) w zakresie kryterium „Potencjał Kadrowy", w którym niezgodne z zasadami przejrzystości i proporcjonalności jest przyznawanie wyższej oceny w związku ze sposobem zatrudnienia kierownika BIM (na umowę o pracę), podczas gdy standardy rynkowe wykonywania czynności w zakresie modelowania BIM dotyczą wysokiej klasy specjalistów branży projektowej, którzy w większości zatrudniani jako osoby prowadzące działalność gospodarczą w ramach realizacji samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub są członkami zespołów wyspecjalizowanych firm projektowych.
h) przez domaganie się wskazania w dokumencie „Potencjał Kadrowy" i ocenę doświadczenia osoby na stanowisku projektanta, co jest niezwiązane z przedmiotem zamówienia, który obejmuje wyłącznie roboty budowlane,
i) w zakresie kryterium „Potencjał Kadrowy", w którym niezgodne z zasadami przejrzystości i proporcjonalności jest

przyznawanie wyższej oceny w związku ze sposobem zatrudnienia projektanta i specjalistów technologii teatralnej, akustyki, automatyki, spawalnictwa, metalurgii (na umowę o pracę), podczas gdy standardy rynkowe zatrudniania takich specjalistów równorzędnie traktują kontrakty B2B i wykonywane są w ramach działalności gospodarczej lub w ramach zespołów specjalistycznych firm podwykonawczych.

j) w zakresie kryterium „Kompetencje kierownictwa budowy", w którym niezgodne z zasadami przejrzystości i proporcjonalności jest przyznawanie wyższej oceny w związku ze sposobem zatrudnienia kierownika budowy lub Dyrektora Kontraktu, podczas gdy standardy rynkowe wykonywania czynności w zakresie kierowania budową lub robotami dotyczą wysokiej klasy specjalistów pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie opisane w prawie budowlanym, którzy zatrudniani są równorzędnie na zasadach B2B jako osoby prowadzące działalność gospodarczą. Ponadto, naruszenie w/w przepisów Pzp poprzez niezwiązane z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalne punktowanie doświadczenia we współpracy z „architektem klasy światowej" jako niemożliwe do obiektywnej oceny i niedotyczące żadnej uzasadnionej potrzeby zamawiającego.

k) w zakresie kryterium „Kompetencje kierownictwa budowy" poprzez sposób, w jaki opisał je i zamierza oceniać zamawiający, który powoduje naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nieuzasadnione prawnie preferowanie osób realizujących roboty w Warszawie.

l) w zakresie kryterium „Wywiad z kierownictwem budowy", które zawiera nieprzejrzyste, nieobiektywne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia kryteria oceny kompetencji zarządczych opisanych m.in. jako „koncentracja na zadowoleniu klienta, ugodowość, dostosowanie", które mają być oceniane w sposób opisany w tabeli opierający się wyłącznie na subiektywnych ocenach cech osobowości, które nie są związane z obowiązkami kierownika budowy, w tym wynikającymi z prawa budowlanego dla wykonującego samodzielną funkcję techniczną w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi. W konsekwencji kryterium to jako niemożliwe do obiektywnej oceny, narusza zasadę przejrzystości, proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji.

2) art. 236 Pzp polegające na wskazaniu w SWZ nieprzewidzianych przez ustawę przesłanek odrzucenia oferty w przypadku uzyskania określonej ilości punktów w toku oceny ofert w kryteriach: Analiza ryzyka, Mock`up, organizacja pracy.

3) art. 439 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 -3 Pzp przez określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które są nieprzejrzyste poprzez niezgodność zaproponowanego wzoru z jego opisem i brak prawidłowej definicji stałego współczynnika „a" zastosowanego we wzorze waloryzacji oraz uwzględnienie w koszyku waloryzacyjnym wskaźnika, który nie występuje w PUDS.

4) art. 121 Ppz poprzez niezgodne z tym przepisem określenie jako kluczowego zadania i w konsekwencji zastrzeżenie samodzielnego wykonywania przez wykonawcę zadań w zakresie BIM, podczas gdy nie jest to w żadnym rozumieniu kluczowa część zamówienia i zgodnie z praktyką rynkową leży w kompetencjach specjalistycznych firm projektowych lub samodzielnych ekspertów wykonujących tego typu zakresy jako podwykonawcy. (dotyczy wzoru umowy DANE KONTRAKTOWE subklauzula 4.1 i 5.1.(b)),

5) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ustawy Pzp – tj. naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez opisanie kryteriów oceny ofert innych niż cena, w ramach: „Kryterium 2. Metodyka (M) a) Analiza ryzyka", „Kryterium 2. Metodyka (M) b) Podwykonawstwo", „Kryterium 2. Metodyka (M) c) Jakość mock'up elewacji", „Kryterium 2. Metodyka (M) e) Organizacja pracy", „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – a) Potencjał kadrowy", „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – b) Kompetencje kierownictwa budowy", „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – c) Wywiad z kierownictwem budowy" w sposób niezrozumiały, niejasny, za pomocą niedookreślonych sformułowań, co skutkuje pozostawieniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej.

W punkcie II odwołania wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany treści SWZ w następujący sposób:

i.Zmianę w SWZ następujących elementów kryteriów oceny ofert:

a)W kryterium „Cena" pozostawienie tylko jednego wzoru, na podstawie którego będzie dokonana ocena punktowa niezależnie od ilości złożonych ofert.

b)usunięcie obowiązku fikcyjnej anonimizacji dokumentów składanych z ofertą.

c)W kryterium „Podwykonawstwo" usunięcie z pkt 5) zasad oceny ofert określenia „lokalnym" w odniesieniu do pochodzenia podwykonawców.

d) usunięcie kryterium „Jakość mock`up elewacji" w całości.

e)usunięcie sprzeczności pomiędzy ocenianymi cechami w kryteriach „Podwykonawstwo" a „Potencjał kadrowy" i

„Kompetencje kierownictwa budowy” poprzez usunięcie z zasad oceny ofert w tych kryteriach wszelkich odniesień do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a ponadto usunięcie z dokumentu „Wymagania BIM” obowiązku zatrudniania BIM Manager bezpośrednio przez Generalnego Wykonawcę.

f)usunięcie z zakresu wymaganego opracowania „Potencjał Kadrowy” oraz z zasad oceny tego kryterium konieczności wykazania osoby „projektanta” jako nieprzewidzianego w dotychczasowych dokumentach postępowania ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

g)w kryterium „Kompetencje kierownictwa budowy” usunięcie z zasad oceny odniesienia do Warszawy jako miejsca zdobywania doświadczenia oraz usunięcie doświadczenia z „architektem klasy światowej”,

h)usunięcie oceny cech osobowości kierownictwa budowy poprzez usunięcie z kryterium „Wywiad z kierownictwem budowy” punktu b) opisującego zasady oceny w zakresie kompetencji zarządczych, łącznie z tabelą wskazującą na punktowane cechy i przypisane im punkty.

ii.usunięcie przewidzianych w SWZ informacji o odrzuceniu oferty w przypadkach uzyskania określonej liczby punktów w ramach oceny ofert.

iii.zmianę wzoru waloryzacji w subklazuli 13.7 Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez uwzględnienie w nim wymienionych w opisie składników koszyka waloryzacyjnego i prawidłowe oznaczenie stałego współczynnika „a” i wskazanie jego faktycznego znaczenia we wzorze.

iv.zmianę postanowień załącznika DANE KONTRAKTOWE przez usunięcie z subklazuli 4.1. i 5.1(b) wykonania BIM jak kluczowej części zamówienia wymaganej do osobistego wykonania przez Wykonawcę oraz wykreślenie z dokumentu „Wymagania BIM” obowiązku bezpośredniego zatrudnienia BIM manager przez generalnego wykonawcę.

v.usunięcie subkryteriów „Kryterium 2. Metodyka (M) a) Analiza ryzyka”, „Kryterium 2. Metodyka (M) b) Podwykonawstwo”, „Kryterium 2. Metodyka (M) c) Jakość mock’up elewacji”, „Kryterium 2. Metodyka (M) e) Organizacja pracy”, „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – a) Potencjał kadrowy”, „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – b) Kompetencje kierownictwa budowy”, „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – c) Wywiad z kierownictwem budowy”.

2.przekazanie zmiany SWZ niezwłocznie wszystkim wykonawcom oraz zamieszczenie jej na stronie internetowej postępowania;

3.nakazanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert odpowiedniego do prawidłowego przygotowania oferty.

W punkcie III odwołania wskazał: „Odwołujący ma legitymację do złożenia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 Pzp). Odwołujący podnosi, że kwestionowane przez niego w treści odwołania postanowienia SWZ są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia Wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, złożenia korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Odwołujący jako wykonawca zaproszony do złożenia oferty może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie a następnie należycie je zrealizować i uzyskać od Zamawiającego wynagrodzenie. Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp”.

W punkcie IV w uzasadnienie zarzutów podał:

AD. KRYTERIA OCENY OFERT

1.Kryterium Cena. Zamawiający różnicuje sposób oceny ofert w zależności od ilości otrzymanych ofert, stosując różne wzory. W przypadku, gdy wpłynie nie więcej niż 3 oferty, zależność punktowa między ofertami zachowa „liniowy” charakter. W przypadku zaś gdy wpłyną 4 oferty, to zamawiający proponuje dwa wzory, które mają zastosowania w zależności od tego czy cena badanej oferty jest niższa, czy wyższa od średniej ceny ofert. Metoda ta powoduje, że wynik punktowy ofert wyższych niż średnia jest nieproporcjonalnie niższy niż pozostałych ofert. Ma to swoje uzasadnienie w takim postępowaniu jak przedmiotowe, gdzie aż 40% oceny ofert zależy od czynników pozacenowych, z których część, co wykazuję poniżej, niestety nie ma nic wspólnego z jakością oferty. Wydaje się, że metoda ta stanowi dopuszczalny sposób oceny oferty, powodując presję na formułowanie cen na niskim poziomie, niezależnie od kryteriów pozacenowych w wariancie 4 ofert. Efekt ten nie wystąpi natomiast w przypadku, gdy wpłyną 3 oferty i ocenione zostaną według wzoru „liniowego”. W takiej sytuacji elementy pozacenowe znacząco zwiększą swój wpływ na ostateczną kolejność ofert, umożliwiając przy założeniu wysokich ocen w kryteriach pozacenowych wysokie kwotowanie cenowe. Taka dwoistość możliwej oceny w zależności nie od zawartości badanej oferty, a od ilości złożonych ofert powoduje niezgodny z Pzp i dyrektywą 2014/24/UE stan nieprzejrzystości postępowania.

2.Kryteria pozacenowe. Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest

najkorzystniejsza ekonomicznie. Należy wyraźnie określić, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy. (…) Ponadto należy przypomnieć, że instytucje zamawiające mają swobodę ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia. Aby zachęcić do tego, by w zamówieniach publicznych większą uwagę zwracano na jakość, państwa członkowskie powinny mieć prawo - gdy uznają to za stosowne - zabronić stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu do celów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, bądź też ograniczyć stosowanie tych czynników. Aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia. (…) Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. W odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny w niniejszej dyrektywie przedstawiono otwarty wykaz możliwych kryteriów udzielenia zamówienia, który obejmuje aspekty środowiskowe i społeczne. Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Powyższe fragmenty tez (90) i (92) preambuły Dyrektywy 2014/24/UE mają wprost zastosowanie do oceny zasadności zarzutów odwołania, gdyż mają one swoje normatywne skutki w brzmieniu poszczególnych przepisów ustawy Pzp. W takim kontekście stanowią niezbędne wskazówki do ich interpretacji. W taki też sposób zostały w niniejszym odwołaniu użyte wskazówki interpretacyjne zawarte w Dyrektywie i podkreślone przez odwołującego powyżej.

3.Zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do przestrzegania zasad zawartych w art. 16 Pzp. Poszanowanie tych zasad wymaga, aby kształtując kryteria oceny ofert i szczegółowe zasady ich ocen, zamawiający zapewnił możliwość obiektywnej oceny i uwzględnił ją przy ustalaniu kryteriów jakościowych. Także po to, aby zachować przejrzystość postępowania, rozumianą jako możliwość jednoznacznej oceny swojej sytuacji przez wykonawców, w szczególności zrozumienia, jak poszczególne elementy oferty będą ocenione. Zaskarżone kryteria pozacenowe nie spełniają tego wymogu. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a ocenie, która ma uzyskać aż 40% wpływu na wynik postępowania, podlegać będą wyobrażenia osób oceniających pisemne opracowania wykonawców, których związek z jakością robót jest co najwyżej pośredni oraz pogadanka z kierownikiem budowy, od którego zamawiający oczekuje: koncentracji na zadowoleniu klienta, otwartości, ugodowości i elastyczności, podczas gdy obowiązki kierownika budowy, które faktycznie mogą wpłynąć na wysoką jakość wykonania zamówienia to: koncentracja na zgodności robót z prawem budowlanym i dokumentacją budowlaną, rozumienie zapisów dokumentacji technicznej, brak „elastyczności" i „ugodowości" przy egzekwowaniu realizacji harmonogramu. Takich cech nie da się obiektywnie oceniać w „wywiadach", stąd formułowanie takich kryteriów oceny ofert jest niezgodne z prawem zamówień publicznych.

4.Kryteria oceny ofert i zasady ich oceny naruszają zasadę uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz zasady formułowania pozacenowych kryteriów oceny ofert.

5.W ocenie Odwołującego objęte zarzutami elementy oceny ofert są niedopuszczalne w świetle podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, ale też w ogóle nie przełożą się na jakość realizacji zamówienia, a w niektórych aspektach mogą negatywnie na nią wpłynąć.

6.Za niedopuszczalną należy uznać w szczególności sytuację, w której model oceny ofert nie pozwala wykonawcom na rzetelną ocenę swojej sytuacji w postępowaniu, gdyż o jego wyniku zadecydują w znacznym stopniu kryteria odwołujące się do nieobiektywnych, zależnych od cech osobistych, poziomu rozwoju społecznego, kwalifikacji i doświadczenia osób oceniających. Takie ukształtowanie zasad oceny ofert nie odnosi się przedmiotu zamówienia, faworyzuje poszczególne oferty ze względu na parametry lub okoliczności, które z punktu widzenia prawnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego nie mają jakiegokolwiek znaczenia. Właśnie taka sytuacja zachodzi w niniejszym postępowaniu.

7.Powyższe uwagi potwierdzają wniosek, że zamawiającemu nie wolno przyjąć takiego modelu oceny ofert, który premiuje pewne oferty w związku z okolicznościami, które są sprzeczne z zasadami prawa zamówień publicznych, tak jak wskazanie Warszawy jako siedziby podwykonawcy lub miejsca zdobywania doświadczenia lub współpracę kierownictwa budowy z architektami, którzy projektowali na różnych kontynentach. W takim przypadku bowiem zamawiający nie tylko narusza zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz także obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Przykładowo NSA wyraża stanowisko, że „ocena ofert

powinna być dokonywana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, o jakiej mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p.". TSUE natomiast stwierdza kategorycznie, że „kryteria takie powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług".

8.W zakresie kryterium „Jakość mock`up elewacji". Zamawiający ma prawo uzyskać próbki zamówienia razem z ofertą, ale znowu z zachowaniem zasady proporcjonalności i adekwatności co do przedmiotu zamówienia i w celu oceny zgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający zaś czyni z takiej próbki kryterium oceny, jednocześnie formułując zasady jej oceny w sposób nieróżnicujący, w zakresie w jakim mógłby się domagać określonej jakości produktu. Zamawiający w każdej pozytywnej ocenie makiety wymaga pełnej zgodności z dokumentacją techniczną, przyznając dodatkowe punkty nie za jakość makiety, a za nieobiektywne „rozumienie niektórych bądź wszystkich celów AESS czy przewyższanie innych ofert pod każdym względem", a kompletnej dokumentacji warsztatowej przeciwstawia dokumentację przejrzystą, kompletną i spójną, by jeszcze wyżej ocenić dokumentację warsztatową przewyższającą inne oferty pod każdym względem. Wykonawcy nie mogą wiedzieć, co kryje się za tak formułowanymi wymaganiami, a ten brak możliwości ich zobiektywizowania dyskwalifikuje tak opisane kryteria oceny z zamówień publicznych. Jeżeli Zamawiającemu zależy na „jakości i wyjątkowości elewacji", to powinien zapewnić „wyjątkową jakość" dokumentacji projektowej, tak aby Zamawiający mógł domagać się oczekiwanego efektu, do którego jest uprawniony przy zamówieniu w formule „wybuduj", gdy precyzyjnie i jasno opisze to w dokumentach zamówienia.

9.Powyższe zatem niezbicie dowodzi, że przyjęty przez tegoż Zamawiającego opis kwestionowanego kryterium oraz sposób przyznawania punktacji nie gwarantuje, że w Postępowaniu zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza.

AD. NIEZGODNE Z PZP PRZESŁANKI ODRZUCENIA OFERTY

6) W ramach opisu pozacenowych kryteriów oceny ofert zamawiający wskazał, że w przypadku otrzymania określonej (poniżej 50% maksymalnej ilości punktów) za dane kryterium, oferta podlegać będzie odrzuceniu. PZP zawiera ścisły katalog przyczyn odrzucenia oferty, a żaden z zaskarżonych przypadków w ustawie nie występuje. Zamawiający zastrzegł powyższe w odniesieniu do kryteriów: „Analiza ryzyka", „organizacja pracy" i „Jakość Mock`up elewacji", z których dwa pierwsze są kryteriami niewymiernymi i w odniesieniu do których dokumentacja zamówienia nie stawia żadnych specyficznych wymagań. Zasadą jest też, że ocena ofert w zakresie kryteriów wyboru, następuje po ustaleniu, że nie podlegają one odrzuceniu i dotyczy tych ofert, które nie zostały odrzucone Powyższe jest uzasadnione zasadą przejrzystości i zasadą równego traktowania wykonawców. Pomieszanie w SWZ tych porządków powinno zostać naprawione poprzez usunięcie w/w, niezgodnych z PZP zapisów o odrzuceniu ofert.

AD. WALORYZACJI WYNAGRODZENIA

10. Odwołujący wskazuje, że w Warunkach Szczególnych Kontraktu (WSK) załączonych do SWZ Zamawiający określił zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sposób niedający wykonawcom jasnej informacji, jak będzie kształtowało się wynagrodzenie w przypadku zmiany cen i kosztów. Wskazano tam tzw. koszyk waloryzacyjny składający się z czterech pozycji: 1) Wskaźnik PBM – publikowany przez Prezesa GUS wskaźnik zmian cen produkcji budowlano- montażowej; 2) Wskaźnik B1 – wskaźnik zmian cen blach stalowych gr. 8mm ze stali S235JR wg. specyfikacji S915, punkt 5.5.7.2- 4%; obliczany na podstawie danych publikowanych przez PUDS; 3) Wskaźnik B2 – wskaźnik zmian cen blach stalowych gr. 20mm ze stali nierdzewnej, S235JRH lub S355 J0 JR wg. specyfikacji S915 punkt 5.5.9 - 4%, obliczany na podstawie danych publikowanych przez PUDS; 4) Wskaźnik P – wskaźnik zmian cen profili stalowych konstrukcji do FT-I ze stali S355J2 wg specyfikacji S915 – 2%; obliczany na podstawie danych publikowanych przez PUDS. Natomiast w podanym wzorze znalazły się trzy z opisanych składników koszyka. Wydaje się też, że jeden ze wskaźników przypisanych do PUDS nie jest dostępny w tej publikacji. SWZ w powyższym zakresie powinien zostać poprawiony.

AD. ZAKAZ PODWYKONAWSTWA W ZAKRESIE BIM

11.Art. 121 Pzp pozwala na ograniczenie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w zamówieniach, poprzez wskazanie które z kluczowych zadań w ramach zamówienia powinny być wykonane bezpośrednio przez głównego wykonawcę. Także do właściwego rozumienia i stosowania tego przepisu konieczne jest stosowanie zasad zamówień wyjaśnionych w pkt 3. uzasadnienia. Zdaniem odwołującego wykonanie BIM, czyli modelu 3D dokumentacji projektowej nie może być uznane za kluczowe zadanie zamówienia na roboty budowlane. Nie kwestionując ogromnej przydatności tego nowoczesnego narzędzia zarządzania dokumentacją projektową i realizacją robót, jest to jednak zakres mieszczący się w przedmiocie usług towarzyszących robotom – stanowiąc w istocie sposób prezentacji dokumentacji projektowej wykorzystywany dla sprawnej realizacji robót i zarządzania ryzykami kolizji.

Oprócz tego praktyka rynkowa realizacji modelowania BIM opiera się na zlecaniu tych zadań wyspecjalizowanym firmom projektowym, które zawsze stanowią zasoby podwykonawcze w systemach Generalnego Wykonawstwa.

12.Kompetencje i zasoby zapewniające wymaganą przez Zamawiającego jakość modelowania BIM najsprawniej zostaną zapewnione w systemach podwykonawczych, a nie bezpośredniego zatrudnienia poszczególnych osób przez Wykonawcę.
13.W takiej sytuacji zarówno brak spełnienia w odniesieniu do wykonania modelu BIM przesłanki „kluczowego zadania" z art. 121 PZP, jak również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności z art. 16 PZP potwierdza, że wymóg ten jest niezgodnym z prawem oczekiwaniem zamawiającego i powinien zostać uchylony.
Ad. NIEPRAWIDŁOWE OPISANIE KRYTERIÓW OCENY OFERT INNYCH NIŻ CENA
14.Zgodnie z przepisem art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, natomiast w myśl art. 240 ust. 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku (…) (sygn. KIO 712/15), kryteria oceny ofert powinna również cechować zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. W konsekwencji opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji. Oznacza to, że zamawiający, formułując kryteria oceny ofert, nawet najbardziej złożone i rozbudowane, powinien zadbać o to, aby były one nie tylko mierzalne, ale również skonstruowane w taki sposób, by wynik oceny oferty wykonawcy był dla niego wynikiem przewidywalnym (wyrok (…) sygn. KIO 3285/22). W wyroku (…) (sygn. KIO 2113/22), Krajowa Izba Odwoławcza wytłumaczyła, że w konsekwencji przyjęcia regulacji z art. 240 ustawy Pzp chodzi o to, by wykonawcy mogli się zorientować i wziąć pod uwagę przy przygotowaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności powinni móc tak skonstruować ofertę, aby uznana została za najkorzystniejszą – jednak żeby tak się stało, kryteria oceny ofert w postępowaniu powinny zostać opisane w taki sposób, aby nie pozostawiały żadnej dowolności co do tego, w jaki sposób i w jakiej procedurze (jeśli taka jest stosowana) oferty będą oceniane. Tylko tak dokonany opis będzie gwarantował realizację zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.
15. Powyższe potwierdza również prawodawstwo unijne. Zgodnie z motywem 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. W odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny w dyrektywie 2014/24/UE przedstawiono otwarty wykaz możliwych kryteriów udzielenia zamówienia, który obejmuje aspekty środowiskowe i społeczne. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Stosownie do art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru.
16.W konsekwencji, każde z kryteriów oceny ofert powinno być jasno opisane, tak aby wśród wykonawców zapoznających się z danym kryterium było możliwe jednolite rozumienie znaczenia tego opisu. Oznacza to, że zarówno tam, gdzie kryteria mają charakter umożliwiający arytmetyczne porównanie np. poziomów, ilości, itp., jak i tam, gdzie kryteria odwołują się do wrażeń subiektywnych, np. estetyka, smak, wrażenia zapachowe, sposób oceny ofert powinien wskazywać, za co i ile punktów będzie przyznawane przez zamawiającego – tak więc nawet jeśli zamawiający zdecyduje się na zastosowanie kryteriów oceny ofert o cechach subiektywnych, musi zapewnić obiektywny sposób ich oceny, co oznacza w szczególności ocenę w tych samych warunkach i według tych samych zasad (tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, (…) s. 750).
17.W zakresie objętym niniejszymi zarzutami, Zamawiający posłużył się tzw. kryteriami niewymiernymi, które różnią się tym od kryteriów wymiernych, że nie mają do nich zastosowania reguły arytmetyczne. Jednak konieczna jest ich kwantyfikacja, która polega na stopniowaniu sposobu spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Takie kryteria opisuje się za pomocą odpowiednich wyrazów wartościujących wraz z właściwą im wartością punktową. Nie ulega wątpliwości, że takie kryteria lub subkryteria je uszczegóławiające powinny być sformułowane jednoznacznie, a osoby dokonujące ich oceny powinny posiadać fachową wiedzę, umożliwiającą ich obiektywną ocenę. To właśnie proces oceny oferty z perspektywy kryteriów niewymiernych ma istotne znaczenie, a szczególnie jego poszczególne elementy, takie, jak: liczba osób powołanych do komisji przetargowej, kompetencje tych osób, waga przypisana poszczególnym kryteriom niewymiernych oraz opis spełniania tych kryteriów. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku (…) (sygn. KIO 567/14), rozwiązania przyjęte przez zamawiającego mają pozwalać na zobiektywizowanie oceny ofert – również wtedy, gdy same kryteria nie mają charakteru obiektywnego.

18.Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu kryteria zastosowane przez Zamawiającego, objęte niniejszymi zarzutami, są niejasne i budzą wiele wątpliwości.
19.W zakresie „Kryterium 2. Metodyka (M) a) Analiza ryzyka": Czym są podstawowe ryzyka? Które ryzyka Zamawiający uzna za podstawowe, a które nie? Na czym polegać może ewentualny błąd w zakresie działań zapobiegających lub minimalizujących ryzyko? Co Zamawiający rozumie jako „minimalny, akceptowalny zakres działań zapobiegających i minimalizujących wpływ tych ryzyk" i czym się różni od zakresu „standardowego"? W jaki sposób Zamawiający rozróżni punktację w ramach podejścia „Nieakceptowalnego", gdzie można uzyskać od 0 do 4 pkt, jakie elementy wpłyną na wartościowanie? Analogiczne pytanie dotyczy podejścia „Dobrego" i „Bardzo dobrego".
20.W zakresie „Kryterium 2. Metodyka (M) b) Podwykonawstwo", Zamawiający wskazał, że dokona oceny ofert w oparciu o takie zasady, jak m.in. „im lepiej zasady doboru, motywowania i rozliczania podwykonawców służą jakości ich prac – tym wyższa ocena", nie określił jednak jak będą oceniane te zasady i wg jakich kryteriów. Omawiane kryterium jest bardzo subiektywne i taka będzie jego ocena, mając na uwadze fakt, że nie zostało wyjaśnione w jaki sposób dobór lub motywowanie, oraz za pomocą jakich metod, przekłada się na jakość prac podwykonawców. Dodatkowo, premiowanie dłuższego czasu pracy z podwykonawcami nie jest zgodne z swobodą działalności gospodarczej i preferuje podwykonawców, którzy są dłużej obecni na rynku, eliminując praktycznie możliwość wykazywania się współpracą z podwykonawcami, którzy są nowymi podmiotami na rynku. Zamawiający nie opisał również w jaki sposób oceniane będzie bezpieczeństwo łańcucha dostaw i wg jakich kryteriów.
21.W zakresie „Kryterium 2. Metodyka (M) c) Jakość mock'up elewacji" Zamawiający wskazał, że będzie oceniać m.in. jasność dokumentacji warsztatowej – nie wskazując wg jakich kryteriów będzie ona oceniana. Pomijając fakt, że ewentualna ocena „jasności" dokumentacji warsztatowej zależna jest od doświadczenia, zrozumienia i ogólnie percepcji intelektualnej odbiorcy, Zamawiający nie wskazał jak będzie wartościował oferowane podejścia, biorąc pod uwagę to, że np. w zakresie podejścia nieakceptowalnego można uzyskać od 0 do 4 pkt. Zamawiający nie określił również w jaki sposób i wg jakich kryteriów będzie oceniane „odpowiednie zrozumienie celów specjalnych wymagań AESS zawartych w opisie technicznym S001 i specyfikacji A970".
22.W zakresie kryterium „Kryterium 2. Metodyka (M) e) Organizacja pracy" Zamawiający wskazał, że w ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Organizacja pracy", o którym mowa w pkt 17 IDW. Zasady oceny tego kryterium są bardzo niejasne i nieprecyzyjne.
Zamawiający wskazuje, że „oferta opisuje wszystkie istotne sposoby oddziaływania budowy na otoczenie" – w jaki sposób wykonawca ma ocenić, że wykazał wszystkie istotne sposoby? Jaki jest ich katalog? Wg jakich kryteriów oceniana będzie ich „istotność"? Zamawiający nie wskazał również, jak będzie wartościował oferowane podejścia, biorąc pod uwagę to, że np. w zakresie podejścia nieakceptowalnego można uzyskać od 0 do 4 pkt.
23.W zakresie kryterium „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – a) Potencjał kadrowy" Zamawiający wskazał, że będzie dokonywał oceny ofert wg zasady „im lepsze zasady promujące rozwój personelu i podwykonawców Wykonawcy – tym więcej punktów". Nie wskazał jednak, wg jakich kryteriów te zasady będą oceniane, na czym ma polegać to, że jedne zasady są „lepsze", a inne są „gorsze". Dodatkowo, zasada promująca „stałą współpracę, szczególnie na podstawie stosunku pracy", jest niezgodny ze swobodą prowadzenia działalności gospodarczej i nie odzwierciedla dynamiki rynku pracy, ponieważ pomija fakt, że każdy przedsiębiorca może ustalić swoje zasady współpracy z personelem w sytuacji, w której stosunek pracy nie jest obligatoryjny. Nie można zapominać, że stosunki cywilnoprawne nie muszą być wcale gorsze, pod względem ochrony i warunków, od umów o pracę, czy też innych źródeł stosunku pracy. Takie podejście Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
24.Podobne zastrzeżenia Odwołujący podnosi w zakresie kryterium „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – b) Kompetencje kierownictwa budowy". Zamawiający wskazał, że „im bardziej współpraca z kierownictwem jest stała, szczególnie na podstawie stosunku pracy – tym więcej punktów". Jeśli jeden z wykonawców współpracuje z danym kierownikiem przez 7 lat na podstawie umów cywilnoprawnych, a drugi współpracuje z danym kierownikiem przez 5 lat, ale na podstawie stosunku pracy, to który z wykonawców otrzyma więcej punktów? W ocenie Odwołującego preferowanie stosunków pracy jest również niezgodne z zasadą wolności gospodarczej. Ponadto, Zamawiający wskazał, że „im większe doświadczenie we współpracy z architektem klasy światowej (realizującym projekty na różnych kontynentach) – tym więcej punktów". W takim razie, jeśli jeden z wykonawców współpracuje od wielu lat z bardzo uznawanym architektem, ale realizującym projekty w Europie, a drugi z wykonawców współpracuje o wiele krócej z architektem, który zrealizował np. dwa projekty (jeden w Europie, drugi w Ameryce Północnej), którego oferta uzyska więcej punktów? Dodatkowo, Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, preferując doświadczenie w realizacji inwestycji budowlanych w szczególności na terenie m. st. Warszawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2021 r. (sygn. KIO 1847/21) wyraźnie wskazała, że granice swobody Zamawiającego przy kształtowaniu kryteriów oceny ofert, wyznacza zasada uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców.
25.W zakresie kryterium „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – c) Wywiad z kierownictwem budowy" Zamawiający kolejny raz użył nieprecyzyjnych zwrotów. W zakresie rozwiązywania sytuacji problemowych Zamawiający ma ocenić odrębnie rozwiązanie każdego z problemów – jaka jest różnica pomiędzy „argumentacją pokazującą właściwe rozumienie zasad i przepisów" a „argumentacją poprawną i pogłębioną"? Z kolei w zakresie kompetencji zarządczych Zamawiający będzie oceniał każdego z kandydatów – jak Zamawiający będzie oceniał reakcje kandydatów jako „niewłaściwe, nerwowe", „schematyczne, usztywnione", „nastawienie pozytywne, spokojne"? Co oznacza „wyjątkowa gotowość współpracy" i „zrozumienie interlokutora"? Nie tylko są to określenia nieprecyzyjne, które pozwalają Zamawiającemu na zupełnie swobodną, uznaniową i arbitralną ocenę oferty wykonawcy, lecz jeszcze ich ocena wymaga specjalistycznej i fachowej wiedzy, której nie posiadają, wg wiedzy Odwołującego, członkowie Komisji Przetargowej. Nie wynika bowiem z dokumentów zamówienia ani również z informacji dostępnych publicznie, aby którykolwiek z członków Komisji Przetargowej miał kompetencje do fachowego oceniania stanów nerwowych kandydatów. To, że ktoś w sposób dynamiczny i szybki przekazuje swoje stanowisko, nie musi oznaczać tego, że jest nerwowy – zresztą nie wiadomo w jaki sposób i wg jakich kryteriów Zamawiający chciał to oceniać. Nie ulega również wątpliwości, że nie można personelu wykonawcy obciążać odpowiedzialnością za „zrozumienie interlokutora", jeśli ten właśnie interlokutor nie potrafi w sposób prawidłowy i precyzyjny wyrazić swoich myśli.
26.Z powyższej argumentacji wynika przede wszystkim to, że Zamawiający uchybił obowiązkowi opisu oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, pozostawiając w ten sposób sobie praktycznie nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym Zamawiający zdaje się zapominać, że kryteria oceny ofert muszą bowiem służyć ocenie dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewnić obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu lub usługi (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r., sygn. KIO 2045/17). Inaczej nie będzie zachowana zasada równego traktowania wykonawców. Zamawiający naruszając zasadę równego traktowania wykonawców naruszył również zasadę uczciwej konkurencji, która, w odniesieniu do relacji między wykonawcami, gwarantuje stosunek równorzędnej konkurencji w uzyskaniu zamówienia publicznego (zob. opinia Rzecznik Generalnej Ch. Stix-Hackl z dnia 1 lipca 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, pkt 34-36, ECLI:EU:C:2004:399).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie: wykonawca Budimex z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Mostostal S.A. siedzibą w Warszawie – wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9/03/2023) podał, że:
1)uwzględnia zarzut z punktu 1a) dotyczący zastosowania dwóch wzorów do oceny ofert w kryterium cena i zobowiązuje się do wprowadzenia niżej opisanej zmiany do specyfikacji warunków zamówienia;
2)w zakresie pozostałych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie jako nieuzasadnionego (.).
W uzasadnieniu stanowiska podał:
W pierwszej kolejności Zamawiający kwestionuje interes Odwołującego we wniesieniu odwołania, wskazany przez Odwołującego w jego treści. Odwołujący stwierdził co następuje: *Odwołujący podnosi, że kwestionowane przez niego w treści odwołania postanowienia SWZ są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia Wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, złożenia korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego".*
W żaden sposób zaskarżone przez Odwołującego postanowienia SWZ nie uniemożliwiają Odwołującemu (ani żadnemu innemu wykonawcy) wzięcia udziału w postępowaniu. Każdy z wykonawców zaproszonych do składania ofert może złożyć konkurencyjną ofertę, mającą realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie wskazuje na czym miałoby polegać naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Fakt, iż wykonawca musi się wykazać czymś więcej, niż najniższą ceną nie uniemożliwia uzyskania zamówienia. Owszem, dla uzyskania przedmiotowego zamówienia, Odwołujący, podobnie, jak każdy inny wykonawca, musi wykazać się zrozumieniem przedmiotu zamówienia oraz umiejętnością doboru odpowiedniej do przedmiotu zamówienia metodyki postępowania a także dysponować odpowiednio kwalifikowanym personelem. Nie jest to jednak ograniczenie możliwości uzyskania zamówienia. Wręcz przeciwnie: Odwołujący, podobnie, jak jego konkurenci, ma szansę wykazać, że jego oferta w większym stopniu gwarantuje najwyższą jakość i terminowość realizacji zamówienia, co może mu pozwolić na uzyskanie zamówienia mimo zaoferowania nieznacznie wyższej ceny. Część zarzutów odwołania zdaje się wynikać z niezrozumienia specyfiki inwestycji będącej przedmiotem zamówienia. Siedziba TR Warszawa na Placu Defilad jest częścią kompleksu dwóch budynków: teatru i nowej siedziby Muzeum Sztuki Nowoczesnej. Inwestycja ta jest jednym z flagowych elementów projektu Nowego Centrum Warszawy, wieloletniego projektu zmian w centrum miasta. Będzie istotnym elementem przyszłego warszawskiego Placu Centralnego, serca nowoczesnej metropolii. Budynek TR Warszawa będzie jednym z najnowocześniejszych teatrów w Europie. Został zaprojektowany przez światowej klasy

architekta: pracownię Thomas Phifer & Partners z Nowego Jorku. Budynek, sam w sobie stanowić ma dzieło sztuki, które będzie wizytówką miasta. Dlatego budowę trzeba powierzyć najwyższej klasy specjalistom.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów należy stwierdzić co następuje.

1. Dwa wzory w kryterium „Cena"

Odwołujący twierdzi, że zastosowanie dwóch różnych wzorów do oceny ofert w zależności od liczby ofert jest nieprzejrzyste. Nie sposób się z tym zgodzić. Zamawiający podał jednoznaczne warunki stosowania obu wzorów, co powoduje, że działanie Zamawiającego jest w pełni przewidywalne, wyłączające jakąkolwiek uznaniowość.

Niemniej, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego Zamawiający rezygnuje ze stosowania popularnego wzoru w przypadku wpłynięcia mniej, niż czterech ofert. Ponieważ w takiej sytuacji nie można policzyć średniej miarodajnej (średniej ceny z pominięciem skrajnych), wyliczenia zostaną oparte na zwykłej średniej cenie ofert.

Tym samym Zamawiający skreśla w pkt 17.1 IDW ppkt i) oraz wyraz „ii)", a także dodaje na końcu punktu zdanie: „W przypadku, gdy wpłynie mniej niż 4 oferty Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o ten sam wzór ze zmianą, iż zamiast średniej miarodajnej Cśr będzie oznaczać średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert."

2. Brak ograniczeń ilościowych dla ocenianego doświadczenia (im więcej tym wyższa ocena).

Odwołujący nie sprecyzował tego zarzutu w treści uzasadnienia, ani nie sformułował żądania w tym zakresie. Zamawiający nie rozumie tego zarzutu, w szczególności z jakich przepisów Odwołujący wywodzi konieczność określenia ograniczeń ilościowych i w jaki sposób oraz w jakim celu takie ograniczenia miałyby zostać wprowadzone. Zamawiający nie przewiduje przyznawania kolejnych punktów w miarę kolejnych lat doświadczenia, lecz skalę 0-1-2 zasadzającą się na odchyleniu od średniej, przeciętnej.

3. Anonimizacja

Zamawiający nie widzi niczego złego, a tym bardziej sprzeczności, w przyjętej zasadzie dokonywania oceny zanonimizowanych ofert w zakresie kryterium 2 – Metodyka. Tym bardziej Zamawiający nie widzi żadnego uzasadnienia co do naruszenia interesu Odwołującego w tym zakresie. Zamawiający nie wymaga żadnych „wykazów doświadczenia" wykonawców, nazwiska kluczowego personelu stanowią część informacji związanych z kryterium 3, a łańcuchy dostaw, czy podwykonawcy nie muszą identyfikować wykonawcy (jeśli nie – sekretarz komisji zapewni, aby ocena w ramach maksymalnej liczby subkryteriów dokonała się bez ujawniania członkom zespołu oceniającego danych umożliwiających identyfikację wykonawcy).

4. Lokalni podwykonawcy

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieuzasadnione preferowanie podwykonawców lokalnych mających siedziby i realizujących roboty w Warszawie.

Po pierwsze, SWZ nie wspomina nic o siedzibie podwykonawców. Po drugie, jest to uzasadnione specyfiką prowadzenia robót budowlanych na terenie m. st. Warszawy. Ktoś, kto nie realizował robót w Warszawie, nie ma pojęcia o liczbie instytucji, z którymi musi uzgodnić niemal każde roboty, o kolejności, w jakiej należy występować o poszczególne decyzje oraz panujących w nich pragmatykach służbowych. Brak tej wiedzy spowodował opóźnienie wielu warszawskich inwestycji. Dla minimalizacji tego ryzyka Zamawiający preferuje podmioty znające te skomplikowane realia. Zamawiający nie wymaga jednak zatrudniania podwykonawców, tym bardziej lokalnych – wykonawca może wykazać, że samodzielnie poznał warunki prowadzenia robót i posiada niezbędne zdolności.

Dodatkowo należy wskazać, że inkryminowane subkryterium ma wagę 1%, co oznacza, że preferencja Zamawiającego w tym zakresie jest minimalna i w pełni uzasadniona przedmiotem zamówienia.

5. Podwykonawstwo

Pierwszy zarzut opiera się na jakimś nieporozumieniu: Zamawiający nie preferuje jak największego zakresu podwykonawstwa. Zamawiający preferuje umiejętność określenia zakresu podwykonawstwa i wskazania podwykonawców – w przypadku korzystania z nich, o czym świadczy następujący fragment kwestionowanego podkryterium:

(…) *im lepiej Wykonawca umie określić zakres prac przewidzianych do zlecenia podwykonawcom i wskazać kluczowych podwykonawców (co najmniej w zakresie konstrukcji stalowej, elewacji oraz wentylacji i klimatyzacji) – tym wyższa ocena*
(…)

Drugi zarzut dotyczy preferowania zatrudnienia kluczowego personelu na umowę o pracę, w ramach którego Odwołujący stwierdza, że standardem rynkowym jest zatrudnianie pracowników na umowy cywilnoprawne. Być może jest to standardem dla Odwołującego i innych wykonawców, którzy optymalizując koszty zmuszają pracowników do samozatrudnienia. Działanie takie co do zasady narusza prawa pracownicze, stanowi oszukańczą praktykę wobec Funduszu Ubezpieczeń Społecznych i narusza zasady uczciwej konkurencji – firmy zatrudniające „na zlecenie" uzyskują nieuprawnioną przewagę konkurencyjną wobec zatrudniających na umowę o pracę. Jest więc dokładnie odwrotnie niż twierdzi Odwołujący. Polityką zakupową i interesem państwa polskiego jest promowanie cywilizowanych, europejskich standardów zatrudnienia, gwarantujących pracownikom stabilność stosunku pracy oraz godną emeryturę. Zamawiający

ma prawo stosować tego typu klauzulę społeczną, zwłaszcza, że jej waga jest niewielka.
Przede wszystkim jednak: Zamawiający nie promuje umów o pracę, lecz stabilność współpracy wykonawcy z kluczowym personelem. Po pierwsze, chodzi o wiarygodność deklaracji wykonawców co do rzeczywistego dysponowania określonymi osobami. Częstą, niestety, praktyką wykonawców jest wskazywanie w ofercie osób uzyskujących wysoką punktację bez intencji ich zatrudniania, a następnie ich wymiana. Przyjęte kryteria mają minimalizować to ryzyko. Po drugie, ważne jest zapewnienie stałości zatrudnienia kluczowego personelu wykonawcy na budowie. Ponieważ zmiana kluczowego personelu odbija się negatywnie na jakości i tempie prac, w szczególności na jakości współpracy z inwestorem i nadzorem, Zamawiający ma prawo przeciwdziałać takim zmianom. Trwałość stosunku prawnego łączącego wykonawcę z jego personelem minimalizuje ryzyko zmian. Są to więc kryteria związane z przedmiotem zamówienia, mające służyć jego większej jakości.

6. Mock'up elewacji

Odwołujący kwestionuje kryterium odnoszące się do jakości mock'up elewacji. Po pierwsze, Zamawiający odmawia Odwołującemu prawa do kwestionowania kryteriów przyjętych przez Zamawiającego. W żaden sposób nie naruszają one interesu Odwołującego, a realizują istotne interesy Zamawiającego. Idealnie zespawana, pomalowana i skręcona elewacja budynku ma być jego kluczową cechą charakterystyczną. Fałszem jest zdanie Odwołującego: *„Żądana do wykonania makieta nie ma żadnej wartości artystycznej, jest standardowym elementem stalowym z blachy mocowanej na śruby i w każdym wypadku ma wypełniać wymogi opisane w dokumentacji technicznej*."
Twierdzenie to jest tym bardziej skandaliczne, że kwestia elewacji była przedmiotem dialogu i Zamawiający uprzedzał wykonawców o tym, że takie kryterium będzie stosowane, a wykonawcy, łącznie z Odwołującym, demonstrowali pełne zrozumienie. Jeśli Odwołujący nie będzie w stanie zmontować odpowiedniej jakości mock'up – jego oferta zostanie odrzucona niezależnie od tego jak atrakcyjną cenę zaoferuje. Rozstrzygające zdanie w tym zakresie będzie miał architekt, autor dokumentacji projektowej. Jakość oraz estetyka wykonania, którą będzie oceniał nie poddaje się bardziej precyzyjnej kwantyfikacji, niż opisana w specyfikacji.

7. Kierownik BIM oraz pkt 4) podwykonawstwo BIM

Sporządzenie dokumentacji BIM obiektu jest dla Zamawiającego kluczowym elementem zamówienia, co było przedmiotem dialogu, w trakcie którego wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, przekonywali Zamawiającego o swoich kompetencjach w tym zakresie. Sporządzenie modelu ma służyć nie tylko wykryciu błędów projektowych, ale przede wszystkim zamknięciu ceny kontraktowej. Następnie przez cały czas budowy narzędzie będzie używane do bieżącego zarządzania budową, a po jej zakończeniu będzie służyć do zarządzania obiektem. Od jakości wykonania tej części zamówienia będzie zależeć nie tylko proces budowy, ale i długoletniego utrzymania. Wykonanie tej części zamówienia jest znacznie trudniejsze od np. wykonania konstrukcji czy instalacji. Dlatego Zamawiający przesądził, że wykonawca musi ten zakres prac wykonać przy pomocy własnego zespołu.

8. Projektant

Zamawiający ma prawo żądać, aby w zespole wykonawcy był projektant, a Odwołujący nie ma prawa tego kwestionować. Żądanie to nie narusza interesu Odwołującego a jest uzasadnione słusznym interesem Zamawiającego oraz związane z realizacją zamówienia. Projektant ze strony wykonawcy jest niezbędny na etapie sporządzania BIM, a także później do współpracy z autorem dokumentacji projektowej. 9, 10. Zatrudnienie kluczowego personelu
Odwołujący po raz kolejny myli stałość współpracy ze sposobem zatrudnienia. Zamawiający odniósł się do tego zarzutu w pkt 5.
Odnosząc się dodatkowo do kwestii współpracy z architektem klasy światowej: jest to kryterium bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia (Odwołujący nie może tego nie wiedzieć, a jeśli już, to nie powinien się do tej niewiedzy przyznawać) i obejmuje jeden z najtrudniejszych aspektów realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie poprzestał jedynie na użyciu w dokumentach zamówienia tego pojęcia, ale wskazał, w jaki sposób należy je rozumieć. W zakresie interpretacji spornego pojęcia Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów mogących stanowić uzasadnienie dla zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp.

11. Doświadczenie kierownictwa budowy w Warszawie

Zamawiający wyjaśnił powody, dla których promuje doświadczenie w realizacji inwestycji na terenie m. st. Warszawy w pkt. 4 odpowiedzi na odwołanie. Te same względy przesądziły o przyznaniu jednego punktu w subkryterium odnoszącym się do kierownictwa budowy o wadze 1%. Dodatkowo Zamawiający wskazuje na podobieństwo tego wymagania do posiadania w zespole osoby o doświadczeniu w obsłudze zamówień finansowanych ze środków unijnych, co jest w podobny sposób uzasadniane i dopuszczone do stosowania wieloma wyrokami KIO oraz kontroli instytucji unijnych.

12. Kompetencje kierownictwa budowy

Odwołującemu nie podoba się również wywiad z kierownictwem budowy, w ramach którego będą oceniane m. in. kompetencje miękkie. Odwołujący uważa, że jest to kryterium niemożliwe do obiektywnej oceny. Nic bardziej mylnego. Fakt, iż jest to ocena niewymierna nie oznacza, że jest subiektywna. Zamawiający, przy pomocy biegłego rekrutera

przeprowadzi zarówno test, jak i rozmowę kwalifikacyjną przy zachowaniu najwyższych standardów profesjonalizmu. Na marginesie warto również zauważyć, że źródłem inspiracji dla przedmiotowego podkryterium (podobnie jak dla szeregu innych podkryteriów kwestionowanych przez Odwołującego) było opracowanie pn.: Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk Ver. 2.0., Warszawa 2020 r., dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

13. Minimalny poziom jakości

W przypadku trzech podkryteriów kryterium Metodyka Zamawiający przyjął, że oferta, która otrzyma mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona, co Odwołujący kwestionuje.

Po pierwsze, Zamawiający podważa prawo Odwołującego do kwestionowania tej zasady, gdyż jej stosowanie nie może spowodować, że Odwołujący może ponieść szkodę w swoim interesie. Odwrotnie, niezastosowanie tej zasady może przynieść szkodę Zamawiającemu w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazujący minimalnego poziomu jakości uzyska zamówienie.

Po drugie, nie jest prawdą, że „żaden z zaskarżonych przypadków w ustawie nie występuje". Wręcz przeciwnie: zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający jednoznacznie przewidział w warunkach zamówienia, iż w przypadku, gdy oferta nie wykaże minimalnego poziomu jakości w ramach trzech podkryteriów – zostanie odrzucona.

Zamawiający ma pełne prawo wymagać, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał minimalne kompetencje np. w zakresie zarządzania ryzykiem. Oferta uznana za nieakceptowalną z merytorycznego punktu widzenia musi zostać odrzucona.

To samo dotyczy pozostałych subkryteriów, w których stosowana jest ta zasada. Np. jeśli wykonawca nie będzie w stanie wykonać mock'up minimalnej jakości, cały sens przedmiotowej inwestycji zostaje podważony. To właśnie stalowa elewacja doskonale pospawana, pomalowana i zmontowana ma być jej znakiem rozpoznawczym.

Po trzecie, jest to praktyka nie tylko zgodna, ale i zalecana przez prawo Unii Europejskiej. Dyrektywy milczą na ten temat, pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającym, zakładając odpowiedni poziom ich kompetencji. W przypadku krajów kandydujących do członkostwa w UE Komisja Europejska wymaga dokonywania zamówień zgodnie z podręcznikiem PRAG (Practical Guide to Contract Procedures for EU External Actions). Podręcznik ten, zarówno w czasach, gdy był stosowany w Polsce do wydawania funduszy przed-akcesyjnych, jak i obecnie zaleca odrzucenie oferty nie osiągającej 80% możliwych do uzyskania punktów za ocenę techniczną.

Po czwarte, jest do dobra praktyka rynkowa. Jako przykład jej stosowania można wskazać Highways Agency (angielski odpowiednik Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad), który standardowo stosuje przy ocenie kryteriów jakościowych na roboty budowlane klauzulę:

Minimalny poziom jakości w niniejszym zamówieniu to osiągnięcie znormalizowanej oceny na poziomie 60% dla każdej części oferty jakościowej. Oferta, która nie osiągnie minimalnych wymagań jakościowych może nie być brana pod uwagę w dalszym procesie udzielania zamówienia oraz, jeśli zostanie odrzucona, wykonawca zostanie o tym poinformowany. Jeśli wykonawca nie zostanie odrzucony, znormalizowane oceny osiągnięte przez ofertę zostaną wykorzystane w dalszych kalkulacjach.

Praktyka ta jest rekomendowana przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju w dokumencie Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE. Dokument ten zaleca również stosowanie wielu kryteriów oceny ofert zbliżonych do stosowanych w niniejszym postępowaniu.

Po piąte, praktyka ta jest rekomendowana przez Urząd Zamówień Publicznych we wspomnianej wcześniej publikacji dotyczącej pozacenowych kryteriów oceny ofert, która w przypadku wielu kryteriów rekomenduje stosowanie zasady odrzucania ofert poniżej minimalnego poziomu jakości. Poradnik ten zawiera jednoznaczną rekomendację (nr 8): Oferty poniżej wyznaczonego minimalnego poziomu jakości powinny być odrzucane.

14. Waloryzacja wynagrodzenia

Zamawiający nie rozumie pierwszego z zarzutów dotyczącego nieokreślenia współczynnika „a". Zdaniem Zamawiającego został on jednoznacznie określony w legendzie do wzoru waloryzacyjnego i wynosi „0,1".

Jeśli chodzi o zarzut drugi, Zamawiający dokona zmiany treści kl13.7 pkt 4 nadając jej nową treść m. in. wprowadzając następujący wzór z opisem:

„4. Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o Współczynnik zmiany cen (Wn) wyliczony według wzoru:

gdzie:

„a" jest stałym współczynnikiem o wartości 0,1

„b" jest wagą wskaźnika PBN i wynosi 0,75

„c" jest wagą wskaźnika B1 oraz B2 i wynosi 0,05

„d" jest wagą wskaźnika P i wynosi 0,05"

15. Zakaz podwykonawstwa w zakresie BIM

Zamawiający odniósł się do tego zarzutu w ramach pkt. 7 powyżej.

16. Swoboda wyboru

Odwołujący kwestionuje sposób oceny ofert polegający, jego zdaniem, na użyciu niezrozumiałych i nieprecyzyjnych pojęć i żąda ich zdefiniowania. Zamawiający odrzuca ten zarzut.

Po pierwsze, Zamawiający posługuje się pojęciami wystarczająco jasnymi i precyzyjnymi, aby doświadczony wykonawca zrozumiał ich treść. Specyfikacja pisana jest przez profesjonalistów dla profesjonalistów, co do zasady: przez inżynierów dla inżynierów. Z inżynierskiego punktu widzenia jest zrozumianym czym są ryzyka budowlane, które z nich są podstawowe a powinno też być znane w jaki sposób należy tym ryzykom zapobiegać oraz jak można minimalizować ich wpływ na budżet i termin realizacji projektu. Jeśli wykonawca tego nie wie, to Zamawiający nie chce powierzyć mu realizacji inwestycji – i ma do tego prawo. Fakt, że inne osoby, czy to profani, czy specjaliści z innych branż (socjolodzy, biolodzy, prawnicy, śpiewacy operowi) nie rozumieją pojęć zawartych w specyfikacji pozostaje bez wpływu na jej przejrzystość. Ani nie jest rolą Zamawiającego, ani specyfikacja nie jest właściwym miejscem na definiowanie czym jest ryzyko albo co to są istotne błędy.

Po drugie, nie jest prawdą, że Zamawiający ma obowiązek formułowania kryteriów w taki sposób, aby „model oceny ofert pozwolił wykonawcom na rzetelną ocenę swojej sytuacji w postępowaniu". Odwołujący zdaje się postulować przydzielanie punktów, np. za liczbę zidentyfikowanych ryzyk, tak, aby mógł mieć pewność, że w przypadku wymienienia np. pięciu ryzyk otrzyma maksymalną liczbę punktów. Zamawiający uznaje taki postulat za absurdalny. Nie ma i nie może istnieć żadna racjonalna wymierna metoda oceny jakości opracowanej przez wykonawcę analizy ryzyka (i innych podobnych dokumentów stanowiących podstawę oceny ofert).

Już dokument Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne opublikowany przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego kilkanaście lat temu sugerował kwantyfikację kryteriów niewymiernych w taki sposób. Wśród przykładów podano kryterium Analiza ryzyka sugerując następujący opis oceny ofert:

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stosuje analogicznie, acz bardziej precyzyjne i jednoznaczne określenia.

Po trzecie, taki sposób oceny jest rekomendowany jako dobra praktyka w publikacji Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju przywołanej wyżej.

Po czwarte, przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny stanowi implementację rekomendacji zawartych w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych przywołanej powyżej. Po piąte, ten sposób oceny był już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która potwierdziła, wyrokiem KIO (sygn. akt: KIO 2619/18), że:

W przedstawiony przez Zamawiającego sposób dokonania oceny, wpisany jest pewien margines swobody, w ramach którego dokonywali oceny członkowie komisji. Jednakże jest to jedynie margines, a sposób sformułowania zasad dokonywania oceny nie oznacza, że jest to ocena całkowicie dowolna.

Gołosłowne są więc twierdzenia Odwołującego o arbitralnej ocenie. Ocena ofert w ramach kryteriów pozacenowych przyjętych przez Zamawiającego nie jest ani arbitralna, ani dowolna. Mieści się w ramach określonych zarówno ustawą Pzp, jak i prawem unijnym:

Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. (art. 240 ust. 2 Pzp)

Oczywistym jest, że przyjęte zasady oceny ofert nie pozostawiają Zamawiającemu nieograniczonej swobody oceny. Przeciwnie, swoboda ta jest mocno ograniczona.

Zamawiający podzielił kryteria na szereg podkryteriów, a te z kolei na subkryteria. Zasady oceny ofert w ramach każdego z nich zostały opisane maksymalnie precyzyjnie biorąc pod uwagę specyfikę tych kryteriów. Ponieważ nie są to kryteria wymierne, Zamawiający nie mógł posłużyć się wzorem arytmetycznym, lecz dokonał postulowanej w literaturze kwantyfikacji kryteriów. Zamawiający przedstawił informacje pozwalające odpowiednio wykwalifikowanemu wykonawcy zrozumieć wymagania i odnieść się do nich w najlepszy, dostępny danemu wykonawcy sposób.

Ocena ofert w kryteriach technicznych zostanie dokonana przez inżynierów, specjalistów w zakresie zlecania i zarządzania realizacją inwestycji budowlanych. Ocena ta będzie dokonana po anonimizacji ofert, aby zapewnić bezstronność i obiektywizm członków zespołu oceniającego. Oceny skrajne zostaną odrzucone, aby dodatkowo chronić proces oceny przed ewentualną dowolnością. Rzetelny oferent nie powinien obawiać się zademonstrować swojej

metodyki realizacji zamówienia oraz kluczowego personelu przeznaczonego do jego realizacji – chyba, że nie ma nic do zaoferowania.

Odwołujący na rozprawie w dniu 13 marca 2023 r. oświadczył, że cofa zarzut podniesiony w punkcie 3), który to zarzut dotyczył określenia – z naruszeniem art. 439 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 -3 Pzp - zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które są nieprzejrzyste poprzez niezgodność zaproponowanego wzoru z jego opisem i brak prawidłowej definicji stałego współczynnika „a" zastosowanego we wzorze waloryzacji oraz uwzględnienie w koszyku waloryzacyjnym wskaźnika, który nie występuje w PUDS.

Sygn. akt: KIO 561/23

Odwołujący – wykonawca Mostostal (Odwołujący 2 lub Odwołujący Mostostal) podał, że wnosi odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie:

(I)określenia przez Zamawiającego terminu składania ofert (pkt 16.1. SWZ) oraz

(II) kryteriów oceny ofert w postępowaniu tj. kryterium 2 – Metodyka (M) oraz kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia pkt 16 ppkt 3 lit. d) SWZ) oraz wyodrębnionych w ich ramach podkryteriów,

(III)określenia w Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy w brzmieniu nadanym w Szczególnych Warunkach Umowy kary umownej za nieosiągnięcie specjalnego kamienia milowego Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU),

- mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (…) i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

(1)art. 131 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZPpoprzez określenie terminu składania ofert w sposób nieuwzględniający złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty wraz z innymi opracowaniami, których złożenie wymagane jest w terminie złożenia oferty,

(2)art. 240 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 241 ust. 3 PZP oraz art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 PZPpoprzez określenie kryteriów oceny ofert, tj. kryterium 2 – Metodyka (M) oraz kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówieniapkt 16 ppkt 3 lit. d) SWZ) oraz wyodrębnionych w ich ramach podkryteriów w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, w sposób pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach a także w sposób dotyczący właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej.

(3)art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP w związku z art. 239 ust. 1 PZPpoprzez określenie przesłanki odrzucenia oferty nieprzewidzianej przepisami PZP ,

(4)art. 8 ust. 1 PZP i art. 16 pkt 1 PZP w związku z art. 3531 i art. 5 Kodeksu cywilnegopoprzez określenie w Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy w brzmieniu nadanym w Szczególnych Warunkach Umowy kary umownej za nieosiągnięcie specjalnego kamienia milowego Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU) w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i wymaganiami określonymi w szczegółowych przepisach ustawy Pzp oraz w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zobowiązań, tj. zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, (…).

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu

(a) zmiany terminu składnia ofert co najmniej na dzień 15 maja 2023 r. a także

(b) zmiany zapisów SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, tj. kryterium 2 – Metodyka (M) oraz kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oraz wyodrębnionych w ich ramach podkryteriów poprzez zmianę wag przyznanych tym kryteriom na kryterium 2 – Metodyka (M) 35% oraz kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 5%, a także poprzez sformułowanie kryteriów oceny w sposób jednoznaczny i zrozumiały, niepozostawiający Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, a także w sposób nieodnoszący się do właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, co najmniej poprzez:

(i)usunięcie w kryterium 2 – Metodyka (M) podkryterium a), c) oraz e) zapisu „Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium łącznie mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.",

(ii) usunięcie w kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" podkryterium c) Wywiad z kierownictwem budowy oraz podkryterium a – Potencjał kadrowy, a także usunięcie w kryterium 2 – Metodyka (M) podkryterium b - Podwykonawcy

(iii)usunięcie w zakresie podkryterium b – Kompetencje kierownictw budowy zapisów pkt 1, pkt 3, pkt 4, pkt 5, oraz postanowień dotyczących całkowicie uznaniowej i nietransparentnej oceny ofert, a także usunięcie w kryterium 2 – Metodyka (M) podkryterium b – Podwykonawstwo,

(iv)sformułowanie kryteriów oceny w ramach kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji

zamówienia" podkryterium b - Kompetencje kierownictwa budowy oraz podkryteriów a i c – e w ramach kryterium 2 – Metodyka oraz zasad przyznawanej punktacji w ramach tych podkryteriów w sposób zgodny z przepisami PZP, i tym samym – jednoznaczne zdefiniowanie obiektywnych reguł przyznawania punktów umożliwiających wykonawcom bezsporne ustalenie preferencji Zamawiającego, za które przyznawać będzie konkretne punkty, co pozwoli na obiektywnie mierzalną i weryfikowalną ocenę oferty Wykonawcy dokonaną przez Zamawiającego,

(v)usunięcie w całości Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy w brzmieniu nadanym w Szczególnych Warunkach Kontraktu: za zwłokę w osiągnięciu specjalnego kamienia milowego: Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU) względem terminu określonego w Harmonogramie - w wysokości 0,5% Ceny Kontraktowej netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

a także

- zasądzenieod Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO") oraz
- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania. (…)

Odwołujący wskazał na naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia podnosząc (…) Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ prowadzi działalność w zakresie wykonania robót budowlanych oraz obiektów budowlanych i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w wyniku Postępowania. Sformułowanie zaś przez Zamawiającego terminu składania ofert oraz kryteriów oceny ofert, a także przesłanki odrzucenia oferty w sposób niezgodny z przepisami PZP, uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a co za tym idzie – uniemożliwia Odwołującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący może ponieść tym samym szkodę w postaci uniemożliwienia mu ubiegania się o zamówienie i pozbawienia możliwości udzielenia mu zamówienia, prowadzących do nieuzyskania spodziewanego zysku, pomimo tego, że Odwołujący przeszedł pozytywnie wstępną weryfikację na etapie dopuszczenia do udziału w Postępowaniu".

W uzasadnieniu zarzutów podał:

Kluczowe elementy stanu faktycznego

1.Zamawiający prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia (…).

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 01 kwietnia 2022 r., Dz.U./S S65 01/04/2022 167591-2022-PL (w aktach postępowania u Zamawiającego)

Dowód: SWZ wraz z załącznikami (w aktach postępowania u Zamawiającego)

2. W pkt 16.1. SWZ Zamawiający określił termin składania ofert na dzień 3 kwietnia 2023 r. Oznacza to, że od dnia udostępnienia SWZ wraz z załącznikami do dnia składania ofert Wykonawcy mają 45 dni na przygotowanie oferty wraz z wymaganymi opracowaniami na potrzeby kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności na przygotowanie mock'up elewacji.

Dowód: SWZ (w aktach postępowania u Zamawiającego)

3.Zamawiający w pkt 17.1. SWZ określił także kryteria oceny ofert oraz określił wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej. I tak kryterium 1 – Cena (C) Zamawiający przyznał wagę – 60%, kryterium 2 – Metodyka (M) Zamawiający przyznał 25%, a kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" Zamawiający przyznał 15%. Ponadto w ramach kryterium 2 – Metodyka (m) oraz kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" Zamawiający wyodrębnił podkryteria. W kryterium 2 są to: a) Analiza ryzyka – 37%, Podwykonawstwo – 21%, c) Jakość mock'up elewacji – 21 %, d) Technologia zarządzania budową – 14% oraz e) Organizacja pracy – 7%. W kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" Zamawiający wyróżnił natomiast podkryterium a) Potencjał kadrowy – 40%, b) Kompetencje kierownictwa budowy – 30% oraz c) Wywiad z kierownictwem budowy – 30%. W opisie sposobu oceny w poszczególnych podkryteriach Zamawiający posługuje się niejasnymi, niezdefiniowanymi pojęciami takimi jak np. podstawowe ryzyka, minimalny akceptowalny zakres działań, istotne ryzyka związane z realizacją zamówienia (kryterium 2 a), istotne sposoby odziaływania budowy na otoczenie, istotne błędy, wszystkie istotne sposoby (kryterium 2 e), specjaliści (kryterium 3 a), architekt klasy światowej (realizujący projekty na różnych kontynentach) (kryterium 3 b), a także używa niedookreślonych pojęć w zakresie ustalania poziomu spełnienia preferencji Zamawiającego w kryterium oraz przyznawanych punktów takich jak im więcej, im lepiej, im dłużej tym wyższa ocena (kryterium 2 b i kryterium 3 a i b), czy „W ramach każdego z punktów oferta może otrzymać od 0 do 2 punktów, przy czym: 0 -nieadekwatne lub brak informacji; 1 - słabe, przeciętne, standardowe; 2 - bardzo dobre, wyjątkowe, dostosowane do specyfiki zamówienia" (kryterium 3 a i b). Dowód: SWZ (w aktach postępowania u Zamawiającego)

Argumentacja w zakresie naruszenia art. 131 ust. 1 pzp w związku z art. 16 pzp

4.Zamawiający w SWZ określił termin składania ofert na dzień 3 kwietnia 2023 r. W przepisach PZP nie określono minimalnego terminu składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego. Niezależnie od powyższego, termin składania ofert powinien zostać określony zgodnie z ogólną zasadą przewidzianą w art. 131 ust. 1

PZP. Zgodnie z art. 131 ust. 1 PZP, *„Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone*.". Zgodnie z tym przepisem w każdym przypadku Zamawiający powinien wyznaczyć termin składania ofert zgodnie z art. 131 ust. 1 PZP, a dodatkowo w przypadku określenia ustawowych terminów minimalnych tak wyznaczony termin nie może być krótszy od tych terminów minimalnych. W przedmiotowym Postępowaniu zarówno ze względu na złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do przygotowania oferty i jej złożenia, przyznanie wykonawcom 45 dni na sporządzenie i złożenie oferty należy uznać za nieodpowiadające wymogom określonym w art. 131 ust. 1 PZP.

5.W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę że Zamawiający na etapie dialogu konkurencyjnego udostępnił wykonawcom jedynie projekt architektoniczny budowlany, natomiast projekty wykonawcze wielobranżowe zostały udostępnione wykonawcom dopiero jako załącznik do SWZ a więc w dniu 17 lutego 2023 r. Same zaś formularze kosztorysów ofertowych stanowiących Tom IV, na których wykonawcy są zobowiązani wyliczyć cenę oferty zgodnie z pkt. 14.1. SWZ, liczą ponad 4.000 tysięcy pozycji. Ponadto w ramach obliczenia ceny wykonawcy powinni sporządzić Tabelę Elementów Rozliczeniowych (Zbiorcze Zestawienie Kosztów) na podstawie kwot warunkowych zawartych właśnie w formularzach kosztorysów ofertowych. Wykonawcy zobowiązani są także sporządzić obszerną dokumentację w zakresie kryteriów oceny ofert, a przede wszystkim wykonać i dostarczyć na wskazane przez Zamawiającego miejsce realizacji inwestycji mock'up (makietę) elewacji budynku. Wykonanie oraz dostarczenie mock'up-u elewacji musi odpowiadać szczegółowym wytycznym wskazanym w pkt. 13.2. SWZ. Przy wartości zamówienia szacowanej przez Odwołującego na poziomie kilkuset milionów złotych, każde z podkryteriów przekłada się na znaczne różnice w ocenie ofert i powoduje, że oferta z niewielką różnicą w punktacji w kryterium 2 c, będzie mogła być o kilkadziesiąt milionów złotych droższa od pozostałych ofert. Ocena w podkryterium - Jakość mock-up elewacji (kryterium 2 c), nie jest zatem bez znaczenia dla ogólnej oceny oferty, a więc przygotowanie mock'up elewacji w najwyższej jakości, pozwalającej uzyskać maksymalną punktację dla tego podkryterium jest niezwykle istotne. Do tego, zgodnie z pkt. 13.2. lit. g) SWZ Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą dokumentacji warsztatowej wykonanego mock'up-u.

6. Określenie terminu w sposób niezgodny z art. 131 ust. 1 PZP, narusza także ogólne zasady prowadzenia przez Zamawiającego postępowania określone w art. 16 PZP, nakazujące prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób proporcjonalny.

7.Mając powyższe na względzie termin składania ofert wyznaczony na dzień 3 kwietnia 2023 r. nie odpowiada ogólnym wymaganiom dla terminu składania ofert określonym w art. 131 ust. 1 PZP, jak również ogólnym zasadom udzielania zamówień określone w art. 16 PZP. Z tych też względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu określenia terminu składania ofert w sposób uwzględniający w sposób należyty zarówno złożoności i specyfiki przedmiot zamówienia jaki i czasu niezbędnego do przygotowania oferty, jak i jej złożenia, nie krótszy jednak niż do dnia 15 maja 2023 r.

ARGUMENTACJA W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 240 UST. 1 I UST. 2 PZP, ART. 241 UST. 3 PZP ORAZ ART PZP I ART. 17 UST. 1 PZP ORAZ ART. 226 UST. 1 PKT. 5 PZP W ZWIĄZKU Z ART. 239 UST. 1 PZP

8.Zamawiający w SWZ określił wagi dla kryterium 2 i kryterium 3 w ten sposób, że kryterium 2 – Metodyka (M) przyznał wagę 25% a kryterium 3 kryterium - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia przyznał aż 15%. Taki podział wag pomiędzy te dwa kryteria w ocenie Wykonawcy jest nieproporcjonalny w stosunku do celu jakiemu mają służyć kryteria oceny ofert. Zgodnie bowiem z art. 239 ust. 2 PZP, najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. Zgodnie natomiast z art. 240 ust. 2 PZP, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Stąd też w art. 240 ust. 1 PZP oraz w art. 241 ust. 1 PZP przewidziano zasady określania kryteriów oceny ofert, zgodnie z którymi Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Z powyższym koresponduje określony w art. 241 ust. 3 PZP zakaz formułowania kryteriów oceny ofert w sposób odnoszący się do właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Formułując poszczególne podkryteria oceny ofert w ramach kryterium 2 – Metodyka (M) i kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" Zmawiający opisał podkryteria oceny ofert w sposób niezgodny z powyższymi zasadami, jednak w zakresie podkryteriów kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" przeważającą część podkryteriów odniósł do właściwości wykonawcy. Szczegółowo kwestie te zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia, jednakże z tego względu Wykonawca postuluje o zmianę proporcji wag przyznanych poszczególnym kryteriom na 35% - kryterium 2 oraz 5% - kryterium 3. Po sformułowaniu podkryteriów oceny ofert zgodnie w wymogami PZP kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" nie będzie miało aż tak istotnego

znaczenia, aby przypisywać termu kryterium wagę aż 15 %. Powyższe wynika również z tego, że na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający nie sformułował żadnych warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnoszącej się do dysponowania osobami uczestniczącymi w realizacji zamówienia. Przykładanie zatem na tym etapie, aż tak znacznej wagi nie służy osiągnięciu celu jakiemu ma służyć określenie jakościowych kryteriów oceny ofert.

9.Przechodząc do poszczególnych zapisów podkryteriów w ramach kryterium 3 - „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia", należy wskazać, (…), że „Kryterium oceny ofert musi być związane z przedmiotem zamówienia. Tylko takie kryterium pozwala bowiem na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera bowiem „ofertę najkorzystniejszą", a nie „najlepszego wykonawcę". Jakkolwiek twierdzenie to może wybrzmieć dyskusyjnie w odniesieniu do wykonawcy, to do takiego wniosku prowadzi analiza Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem wyboru jest bowiem oferta. Oferta złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a więc dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ocenie nie podlegają więc przymioty wykonawcy – te oceniane są w ramach warunków udziału w postępowaniu i badania zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy – ale zalety zaproponowanej przez niego oferty.".

10.Powyższa uwaga ma szczególne znaczenie w odniesieniu do przewidzianego w art. 241 ust. 3 PZP zakazu formułowania kryteriów oceny ofert w odniesieniu do właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. (…) „Kryterium oceny ofert może także stwarzać pozór kryterium o charakterze społecznym, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, ale w swej istocie być kryterium o niedozwolonym charakterze podmiotowym. Do takiego wniosku doszedł Prezes UZP w wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający ustanowił kryterium polegające na ocenie charakteru stosunku prawnego łączącego wykonawcę z personelem. Zamawiający premiował nawiązanie stosunku pracy. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP zauważył, że jest to kryterium podmiotowe o charakterze dyskryminującym podmioty zatrudniające dane osoby na podstawie umów prawa cywilnego. Jednocześnie zauważył, że w przypadku gdy zamawiający stwierdzi konieczność zatrudnienia określonej grupy osób na podstawie stosunku pracy, wymóg ten winien znaleźć się w opisie przedmiotu zamówienia i być wymogiem równym dla wszystkich wykonawców. Brak jest jednocześnie uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego dla formułowania tego rodzaju kryterium oceny ofert. W uproszczeniu można powiedzieć, że kryterium związane z przedmiotem zamówienia nie będzie miało siłą rzeczy charakteru podmiotowego, zaś kryterium o charakterze podmiotowym nigdy nie będzie prowadziło do oceny przedmiotu zamówienia. Tym samym w sytuacjach spornych zamawiający powinien wykazać, że kryterium w swej istocie odnosi się do przedmiotu zamówienia, co już samo w sobie wyklucza jego podmiotowy charakter."

11.W odniesieniu do kryterium 3 takie właśnie niedozwolone kryteria podmiotowe stanowi w całości podkryterium c – Wywiad z kierownictwem budowy oraz całość podkryterium a Potencjał kadrowy a także zapisy pkt 1, pkt 3 i pkt 5 podkryterium b – Kompetencje kierownictwa budowy. W zapisach tych Zamawiający wykracza poza ocenę oferty, wchodząc niejako w kompetencje Wykonawcy w zakresie doboru współpracowników oraz formy współpracy z tymi osobami. W zakresie podkryterium c – Wywiad z kierownictwem budowy, sposób oceny w ramach kryterium stanowi opis rozmowy kwalifikacyjnej na stanowisko kierownika budowy, którą to rozmowę powinien prowadzić wykonawca dobierając kadrę do współpracy, a nie Zamawiający w ramach oceny oferty wykonawcy. To bowiem wykonawca, poprzez swoje doświadczenie, renomę oraz pozycję na rynku budowlanym w zakresie realizacji inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia, daje Zamawiającemu rękojmię właściwego doboru kadry kierowniczej, posiadającej nie tylko odpowiednie uprawnienia, wiedzę i doświadczenie zawodowe, ale także „miękkie" kompetencje, które Zamawiający chce oceniać w ramach podkryterium c.

12.Tak samo należy oceniać kryterium oceny łączące stałość współpracy z formą zatrudnienia na umowę o pracę, a także kryterium odnoszące się do promowania rozwoju personelu i podwykonawców Wykonawcy. Jako niedozwolone kryterium podmiotowe należy także uznać ocenę w ramach kryterium współpracy z architektem klasy światowej. Pomijając to, że Zamawiający nie określił precyzyjnie kryterium uznania architekta za architekta klasy światowej, oczywistym jest, że przyjęte kryterium geograficzne (realizacja projektów na różnych kontynentach) nie ma związku z klasą architekta ani tym bardziej z przedmiotem zamówienia. Z tych też względów, wskazane powyżej zapisu, jako niezgodne z art. 241 ust. 3 PZP powinny zostać przez Zamawiającego usunięte.

13.Ponadto Zamawiający w podkryterium a i podkryterium b w odniesieniu do kryterium ilościowego – dającego opisać się zarówno liczbą specjalistów jak i liczbą określonych realizacji w ramach doświadczenia zawodowego - sformułował kryterium wg zasady „im więcej tym lepiej". Ponadto Zamawiający nie określił przy tym także branż czy też dziedzin specjalistów, którymi ma dysponować Wykonawca, wskazując jedynie „im większą liczbą specjalistów Wykonawca dysponuje na etapie składania ofert - tym więcej punktów" (kryterium 3 podkryterium a pkt 2) , czy „im większe doświadczenie specjalisty w jego branży - tym więcej punktów" (kryterium 3 podkryterium a pkt 4). Ponadto przyjęty przez Zamawiającego system przyznawania punktów w podkryterium a i podkryterium b wskazuje, że punktacja będzie

przyznawana subiektywnie przez członków komisji przetargowej. Nie sposób bowiem do kryteriów ilościowych odnieść ocenę polegającą na uznaniu danej ilości czy to specjalistów czy też ich doświadczenia za nieadekwatną (0 pkt) czy też słabą, przeciętną, standardową (1 pkt) bądź bardzo dobrą, wyjątkową, dostosowaną do specyfiki zamówienia (2 pkt).

14.Powyższe w sposób rażący narusza nie tylko zasady określania kryteriów oceny ofert, ale także ogólne zasady udzielania zamówień publicznych. Ponadto takie określenie kryteriów, które nie pozwala wykonawcom ustalić warunków uzyskania maksymalnej liczby punktów w danym kryterium powoduje, że tak określone kryterium jest nieefektywne i jedynie pozornie zmierza do weryfikacji doświadczenia kadry wykonawcy.

15.Z tych też względów Zamawiający powinien sformułować zapisy SWZ wyłącznie w zakresie kryterium 3 podkryterium b – Kompetencje kierownika budowy w sposób jednoznaczny i zrozumiały, wskazując górną granicę oczekiwanego przez Zamawiającego czy to doświadczenia, za które zostanie przyznana maksymalna liczba punktów. Również system przyznawania punktów powinien zostać powiązany z określonymi ilościowo preferencjami Zamawiającego. I tak, przyjęte do podkryterium b doświadczenie kierownictwa budowy można sformułować w następujący sposób:

Doświadczenia na stanowisku Kierownika/Dyrektora Kontraktu przez okres:

a.0-2 lata doświadczenia – 0 pkt

b.3-5 lat doświadczenia – 2 pkt

c.5-7 lat doświadczenia – 3 pkt

d.pow. 8 lat doświadczenia – 4 pkt czy

Doświadczenie na stanowisku Kierownika/Dyrektora Kontraktu przez okres co najmniej 24 miesięcyprzy realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie budynku/budynków użyteczności publicznej o wartości:

a.50 - 99 mln zł brutto – 0 pkt

b.100-149 mln zł brutto – 1 pkt

c.150 – 199 mln zł brutto – 2 pkt

d.200 – 249 mln zł brutto – 3 pkt

e.pow. 250 mln zł brutto – 4 pkt albo

Doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy przez okres: a.0-2 lata doświadczenia – 0 pkt

b.3-5 lat doświadczenia – 2 pkt

c.5-7 lat doświadczenia – 3 pkt

d.pow. 8 lat doświadczenia – 4 pkt czy

Doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy:

a. przez okres co najmniej 18 m-cy przy realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie budynku/budynków o wartości 50-100 mln zł brutto – 1 pkt
b. przez okres co najmniej 18 m-cy przy realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie budynku/budynków w zabudowie śródmiejskiej o wartości 50-100 mln zł brutto – 2 pkt
c. przez okres co najmniej 24 m-cy przy realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie budynku/budynków o wartości min. 100 mln zł brutto – 3 pkt
d. przez okres co najmniej 24 m-cy przy realizacji jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie budynku/budynków w zabudowie śródmiejskiej o wartości min. 100 mln zł brutto – 4 pkt

16.Stosownie do modyfikacji zapisów pkt 17.1. SWZ Zamawiający powinien odpowiednio zmodyfikować zapisy pkt 13.2. ppkt 2 lit. e i lit. f SWZ.

17.W odniesieniu do kryterium 2 – Metodyka (M) w pierwszej kolejności należy wskazać, że w podkryterium a – Analiza ryzyka, podkryterium c – Jakość mock-up elewacji oraz podkryterium e – Organizacja pracy, Zamawiający wskazał, że „Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium łącznie mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.”. Przedmiotowy zapis wskazuje jednak na nieuprawnione połączenie kwestii niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia a kryteriami oceny ofert.

18.Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast wybór oferty najkorzystniejszej zgodna z art. 239 ust. 1 PZP odnosi się do ofert niepodlegających odrzuceniu. Tym samym Zamawiający najpierw ocenia czy w stosunku do ofert nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty przewidziane w art. 226 ust. 1 PZP, dopiero następnie poddaje ocenie oferty nie podlegające odrzuceniu wg kryterium oceny ofert. Wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP niezgodność z warunkami zamówienia powinna odnosić się do wymagań określonych przez Zamawiającego co do treści czy formy dokumentów zawierających informacje podawane w celu oceny ofert wg określonych kryteriów, i to jeżeli stanowią treść oferty. Odrzuceniu mogą zatem

podlegać wyłącznie oferty, które nie zawierają w ogóle elementów określonych przez Zamawiającego w pkt. 13.2. ppkt 2) SWZ, nie zaś oferty, które wg Zamawiającego powinny otrzymać mniej niż 50% punktów możliwych do uzyskania w kryterium. Ilość przyznanych w kryterium oceny punktów nie przesądza bowiem o tym, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego też zapisy w podkryteriach a, c i e uznać należy jako niezgodne z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, który zawiera zamknięty katalog przesłanek odrzucenia, które nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Jako takie zapisy te powinny zostać usunięte z zapisów SWZ.

19.Na marginesie należy wskazać, że pomimo przyznania w podkryterium b – Podwykonawcy oraz podkryterium d – Technologia zarządzania budową 0 - 4 pkt ofertom, które nie spełniają wymagań SWZ, Zamawiający nie przewidział tej samej sankcji odrzucenia oferty dla ofert, które otrzymają w tych podkryteriach łącznie mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów.

20.We wszystkich zaś podkryteriach w kryterium 2 – Metodyka (M) usunięte powinny zostać wszystkie oceny określane jako „Nieakceeptowalne", za które Zamawiający zamierza przyznać od 0 do 4 punktów. Ocena powinna zatem rozpoczynać się od poziomu oceny „Akceptowalne", która będzie odnosić się do podstawowych informacji dotyczących danego kryterium, za które możliwe będzie otrzymanie najniższej liczby punktów, a w kolejnych poziomach, wraz ze wzrostem szczegółowości podawanych informacji, ilość przyznawanych punktów wzrastałaby odpowiednio aż do maksymalnej liczby punktów.

21.Dla umożliwienia dokonania obiektywnej i weryfikowalnej oceny w poszczególnych podkryteriach konieczne byłoby także odnoszenie przez Zamawiającego poszczególnych poziomów ocen do jednoznacznych i zrozumiałych terminów w sposobie oceny ofert. Zamawiający rozróżnia bowiem ocenę ofert, a tym samym przyznaną punktację od niezdefiniowanych pojęć takich jak „podstawowe ryzyka", „minimalny, akceptowalny zakres działań", istotne ryzyka", czy „zrozumienie niektórych celów specjalnych", „istotne sposoby oddziaływania", „istotne błędy", „istotne sposoby" czy „wszystkie sposoby", a także „Mock-up oraz dokumentacja przewyższa wykonanie innych ofert pod każdym względem.". Powyższe sformułowania nie pozwalają Wykonawcy ustalić warunków uzyskania maksymalnej liczby punktów w danym kryterium powoduje, że tak określone kryterium jest nieefektywne i jedynie pozornie zmierza do weryfikacji doświadczenia wykonawcy. Określenia takie powinny zostać bezwzględnie usunięte i zastąpione określeniami jasnymi i zrozumiałymi. Dopiero tak precyzyjnie określonym cechom czy parametrom Zamawiający może przyporządkować właściwą punktację, by w jasny, niebudzący wątpliwości sposób, móc przyznawać punkty za ocenę poszczególnych elementów kryterium 2 - Metodyka, nie naruszając przy tym powołanych zasad prowadzenia postępowania. Dokonywanie tej oceny nie może być oparte na dowolności i umożliwiać całkowicie arbitralną ocenę poszczególnych członków komisji. W przeciwnym razie generować będzie powstanie naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taką zaś arbitralną ocenę umożliwia oparcie oceny w kryteriach ocen na nieprecyzyjnych i niezrozumiałych określeniach różnicujących przyznawaną punktację.

22.Jeżeli chodzi natomiast o podkryterium b – Podwykonawstwo, to w ocenie Odwołującego kryterium to ma również charakter niedozwolonego kryterium podmiotowego, które odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy. Bezsprzecznie o takim charakterze tego podkryterium świadczy ocena w zakresie zasad doboru, motywowania i rozliczania podwykonawców służących jakości ich prac, czy ocena zakresu dostosowania do zakresu czynności objętych zamówieniem i zdolności Wykonawcy zakresu prac planowanych do zlecenia lokalnym podwykonawcom, czy w ogóle ocena w zakresie umiejętności określenia zakresu prac przewidzianych do zlecenia podwykonawcom oraz wskazania kluczowych podwykonawców, jak również długości współpracy z podwykonawcami. Dodatkowo ocena ofert w zakresie podwykonawców dyskryminuje wykonawców, którzy na etapie składania ofert nie mogą określić zakresu prac przewidzianych do wykonania podwykonawców i wskazać kluczowych podwykonawców, w sytuacji gdy takie wymogi nie wynikają z przepisów PZP.

23.Oceniając kwestie wskazane w podkryterium b – Podwykonawcy ponownie Zamawiający wchodzi w rolę Wykonawcy. To bowiem wykonawca, poprzez swoje doświadczenie, renomę oraz pozycję na rynku budowlanym w zakresie realizacji inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia, daje Zamawiającemu rękojmię właściwego doboru podwykonawców oraz zapewnienia dostaw stali i bezpieczeństwa dostaw, co Zamawiający chce oceniać w ramach podkryterium b.

24.Stosownie do modyfikacji zapisów pkt 17.1. SWZ Zamawiający powinien odpowiednio zmodyfikować zapisy pkt 13.2. ppkt 2 lit. e i lit. f SWZ.

Argumentacja w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 pzp i art. 16 pkt 1 pzp w związku z art. 3531 i art. 5 kc

25.W Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy w brzmieniu nadanym w Szczególnych Warunkach Umowy Zamawiający zastrzegł następującą karę umową:

„*Za zwłokę w osiągnięciu specjalnego kamienia milowego: Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU) względem terminu określonego w Harmonogramie - w wysokości 0,5% Ceny Kontraktowej netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*;"

26.Odwołujący wskazuje, że przedmiotowa kara umowna została ustalona przez Zamawiającego w sposób nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz standardu obowiązującego na rynku budowlanym zarówno prywatnym, jak

i publicznym. Niezależnie od innych celów zastrzegania kar umownych nie ulega wątpliwości, że kluczową ich rolą jest ułatwienie naprawienia / dochodzenia szkody przez Zamawiający powstałej z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po jego stronie. Należy również podkreślić, że Zamawiający zastrzegł sobie możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, co w pełni zabezpiecza jego rzeczywisty interes finansowy. Odwołujący pragnie zwrócić również uwagę na poziom marż w budownictwie, które oscylują na poziomie kilku %, co niewątpliwe powinno być uwzględnianie przez zamawiających na etapie określania kar umownych. Jednocześnie Wykonawca pragnie podkreślić, że zastrzeganie wysokich kar umownych nie może stanowić próby przerzucania na Wykonawców odpowiedzialności za ewentualne błędy Zamawiającego na etapie przygotowania inwestycji skutkujące koniecznością narzucania restrykcyjnych terminów realizacji. W ocenie Odwołującego zaproponowana kara umowna narusza naturę stosunku prawnego i zasady współżycia społecznego wynikające z art. 3531 k.c. i art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji narusza również zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynikające z art. 16 ustawy Pzp.

27.Nie ulega wątpliwości, że zaproponowany w Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy poziom kary umownej za nieosiągnięcie w terminie specjalnego kamienia milowego Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU) w wysokości 0,5 % Ceny Kontraktowej netto za każdy dzień zwłoki powoduje, że maksymalnie po kilkunastu dniach zwłoki Wykonawca w zasadzie traci cały zysk kalkulowany dla realizowanego projektu. Uwzględniając szacunkową wartość zamówienia na poziomie 500 000 000,00 zł netto, to za każdy dzień niedotrzymania terminu realizacji Wykonawca zobligowany byłby do zapłaty kary umownej na poziomie ok. 2 500 000,00 zł. Po tygodniu zwłoki Wykonawcy w osiągnięciu przedmiotowego specjalnego kamienia milowego Zamawiającemu przysługiwałoby już uprawnienie do naliczenia kary umownej na poziomie 17 500 000,00 zł. Naliczenie kar umownych na zaproponowanym przez Zamawiającego poziomie mogłoby zachwiać nawet najlepiej prosperującym Wykonawcą. Wobec powyższego, jak również wobec stopnia skomplikowania zadania inwestycyjnego objętego prowadzonym postępowaniem racjonalnie działający Wykonawca powinien odpowiednio skalkulować ryzyko i ująć w cenie ofertowej odpowiednio wysokich kwot na wypadek wystąpienia zdarzenia uprawniającego Zamawiającego do naliczenia przedmiotowej kary umownej. Jednocześnie Wykonawca, który w lekceważący sposób podejdzie do kalkulacji przedmiotowego ryzyka będzie w uprzywilejowanej sytuacji, a oferty złożone w postępowaniu będą nieporównywalne. Zmaterializowanie się ryzyka nieosiągnięcia specjalnego kamienia milowego nie jest też mitygowane przewidzianym w Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 2 Umowy warunkiem naliczenia kary umownej za nieosiągnięcie kamienia milowego w postaci niedotrzymania Czasu na ukończenie.

28.Odwołujący zwraca uwagę, że w postępowaniach o podobnej wartości i charakterystyce zamawiający nie wprowadzali kar umownych na tak wysokim poziomie i za wystarczające do ochrony własnego interesu uznawali kary umowne na poziomie zbliżonym do przewidzianych w Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 1 i 2 Umowy, co potwierdza analiza innych postępowań i poziomów kar umownych ustalanych przez innych zamawiających publicznych: (…).

29.Wobec powyższego Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:

• Usunięcie w całości Subklauzuli 8.8 pkt 1 ppkt 3 Umowy w brzmieniu nadanym w Szczególnych Warunkach Kontraktu:
za zwłokę w osiągnięciu specjalnego kamienia milowego: Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU) względem terminu określonego w Harmonogramie - w wysokości 0,5% Ceny Kontraktowej netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; (…).

. ..... **Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego** przystąpienie zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: KORPORACJA BUDOWLANA DORACO sp. z o.o PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE "CALBUD" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz wykonawca Budime wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9/032023) podał:

(…)

Jeden z zarzutów odwołania (III) dotyczący kary umownej został przez Zamawiającego uwzględniony. Zamawiający dokonał obniżenia wysokości kary do 0,1%, co w jego przekonaniu powoduje, że postępowanie odwoławcze powinno być w tym zakresie umorzone. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego za zasądzeniem od Odwołującego na rzecz Zamawiającego wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie faktury, która zostanie złożona do akt postępowania odwoławczego".

W uzasadnieniu stanowiska wskazał:

W pierwszej kolejności Zamawiający kwestionuje interes Odwołującego we wniesieniu odwołania. W tym zakresie Odwołujący stwierdził co następuje: „Sformułowanie zaś przez Zamawiającego terminu składania ofert oraz kryteriów oceny ofert, a także przesłanki odrzucenia oferty w sposób niezgodny z przepisami PZP, uniemożliwia Odwołującemu

złożenie oferty, a co za tym idzie – uniemożliwia Odwołującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia". W żaden sposób stosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert wraz z zasadą, iż uzyskanie w ramach niektórych kryteriów poniżej minimalnej liczby punktów skutkuje odrzuceniem oferty nie uniemożliwiają Odwołującemu (ani żadnemu innemu wykonawcy) złożenia oferty. Każdy z wykonawców zaproszonych do składania ofert może złożyć konkurencyjną ofertę, ofertę mającą realne szanse na uzyskanie zamówienia. Fakt, iż wykonawca musi się wykazać czymś więcej niż najniższą ceną nie uniemożliwia złożenia oferty. Owszem, dla uzyskania przedmiotowego zamówienia, Odwołujący, podobnie, jak każdy inny wykonawca, musi wykazać się zrozumieniem przedmiotu zamówienia oraz umiejętnością doboru odpowiedniej do przedmiotu zamówienia metodyki postępowania oraz dysponowaniem odpowiednio kwalifikowanym personelem. Po drugie, Zamawiający kwestionuje prawo Odwołującego do dyktowania mu jakimi kryteriami powinien się on kierować przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Dobór odpowiednich kryteriów oceny ofert jest suwerennym prawem każdego zamawiającego, który jako inwestor odpowiedzialny za realizację celu publicznego odpowiada za przyjęcie optymalnych warunków zamówienia, w tym kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie ma prawa żądać skreślenia jakiś kryteriów czy podkryteriów, ani zmiany ich wag. Zarówno kryteria, jak i ich wagi zostały opracowane starannie przez zespół ekspertów z zakresu zlecenia i rozliczania robót budowlanych i odzwierciedlają słuszne i obiektywnie uzasadnione interesy Zamawiającego. Odwołujący krytykuje wchodzenie przez Zamawiającego w rolę wykonawcy, a sam czuje się uprawniony pouczać Zamawiającego co powinno być dla niego ważne i jak bardzo. Nie może być zgody na taką uzurpację. Tymczasem Zamawiający ma prawo badać proponowany sposób realizacji zamówienia pod kątem prawdopodobieństwa należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie może, niestety, zaufać „renomie wykonawcy", gdyż nie wszyscy wykonawcy mający minimalne doświadczenie dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Podobnie, wykonawcy posiadający odpowiednie doświadczenie, nie wszystkie inwestycje realizują należycie, czemu Odwołujący nie może zaprzeczyć. Zamawiający zidentyfikował źródła wielu problemów na budowach i podjął starania ich wyeliminowania, a przynajmniej ograniczenia. Temu właśnie służą przyjęte kryteria oceny ofert. Zamawiający ma prawo oceniać zarówno kompetencje kluczowego personelu kierowanego do realizacji zamówienia, jak i relacje z podwykonawcami, gdyż to wszystko służy maksymalizacji prawdopodobieństwa należytego wykonania zamówienia. Na koniec tej części stanowiska Zamawiającego należy wskazać na szczególny charakter przedmiotowej inwestycji. Siedziba TR Warszawa na Placu Defilad jest częścią kompleksu dwóch budynków: teatru i nowej siedziby Muzeum Sztuki Nowoczesnej. Inwestycja ta jest jednym z flagowych elementów projektu Nowego Centrum Warszawy, wieloletniego projektu zmian w centrum miasta. Będzie istotnym elementem przyszłego warszawskiego Placu Centralnego, serca nowoczesnej metropolii. Budynek TR Warszawa będzie jednym z najnowocześniejszych teatrów w Europie. Został zaprojektowany przez światowej klasy architekta: pracownię Thomas Phifer & Partners z Nowego Jorku. Budynek, sam w sobie stanowić ma dzieło sztuki, które stanie się wizytówką miasta. Dlatego budowę trzeba powierzyć najwyższej klasy specjalistom.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów należy stwierdzić co następuje.

I.Rzekome naruszenie art. 131 w związku z art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert, który w jego przekonaniu jest odpowiedni do przygotowania i złożenia oferty. Jest to termin dłuższy od minimalnego. Odwołujący, zamiast zawnioskować o jego wydłużenie przedstawiając racjonalne argumenty, wniósł odwołanie pozbawione argumentacji zasługującej na uwzględnienie. W szczególności nie jest żadnym uzasadnieniem konieczność wypełnienia kosztorysu ofertowego liczącego 4 000 pozycji (nie jest to szczególnie rozbudowany kosztorys), czy TER. Również przygotowanie merytorycznej części oferty nie powinno zająć więcej czasu. Jeśli zaś chodzi o mock'up, to o konieczności jego wykonania wykonawcy wiedzieli od kilku miesięcy, a samo jego wykonanie jest kwestią raczej dni, niż tygodni. Wobec braku przekonującej argumentacji co do niemożności złożenia oferty w określonym terminie, Zamawiający odrzuca to żądanie. Zamawiający nie widzi również żadnego związku terminu składania ofert z art. 16 Pzp. Termin ten nie narusza zasad udzielania zamówień publicznych, a w treści odwołania brak najmniejszego uzasadnienia dla twierdzenia przeciwnego. Jest to dodatkowy powód dla oddalenia odwołania w tym zakresie.

II.Rzekome naruszenie art. 240 ust. 1 i 2, art. 241 ust. 3 oraz art. 16 i 17 ust. 1 oraz art. 226 ust. 5 pkt 5 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Z uwagi na rozrzucenie w treści odwołania tej samej natury zarzutów, Zamawiający odnosi się do nich w sposób pogrupowany według jego rozumienia zarzutów.

1. Wagi kryteriów.

Odwołujący, nie rozumiejąc chyba charakteru pisma procesowego, jakim jest odwołanie, „postuluje" zmianę wag kryteriów pozacenowych (pkt 8). Odwołujący w żaden sposób nie wskazuje jaką szkodę miałby ponieść w wyniku przyjęcia przez Zamawiającego określonych wag. Stwierdza, jedynie, że: „*Taki podział wag pomiędzy te dwa kryteria w*

ocenie Wykonawcy jest nieproporcjonalny w stosunku do celu jakiemu mają służyć kryteria oceny ofert." Jako uzasadnienie swojego postulatu wskazuje, że: „*Zamawiający nie sformułował żadnych warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnoszącej się do dysponowania osobami uczestniczącymi w realizacji zamówienia. Przykładanie zatem na tym etapie, aż tak znacznej wagi nie służy osiągnięciu celu jakiemu ma służyć określenie jakościowych kryteriów oceny ofert*".

Jest dokładnie odwrotnie: ponieważ na etapie prekwalifikacji Zamawiający nie oceniał potencjału kadrowego wykonawców – tym bardziej jest zasadne ocenianie go w ramach kryteriów oceny ofert (co Zamawiający zakładał od samego początku). Zamawiający, po pierwsze, kwestionuje co do zasady prawo Odwołującego do podważania przyjętych kryteriów oceny ofert i ich wag z powodu ich rzekomej nieproporcjonalności. Po drugie, stwierdza, że przyjęte wagi są wynikiem głębszego namysłu zespołu ekspertów i odzwierciedlają one uzasadnione preferencje Zamawiającego. Po trzecie, Zamawiający wskazuje, że odwołanie nie jest właściwym miejscem „postulowania" zmian specyfikacji.

2. Kryteria podmiotowe.

Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego jakoby: „W zakresie podkryteriów kryterium 3 – „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" przeważającą część podkryteriów odniósł do właściwości wykonawcy."

Na gruncie prawa europejskiego przyjęte jest „od zawsze", a na gruncie prawa polskiego od wielu lat, że personel wyznaczony do realizacji zamówienia nie jest właściwością wykonawcy. Sam art. 242 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, że:

„2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: (…) 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;" Trudno uwierzyć, że Odwołujący nie zna tego przepisu.

Z dalszej treści odwołania (pkt 10) zdaje się wynikać, że za kryterium podmiotowe Odwołujący uważa subkryteria badające stosunek łączący wykonawcę z jego kluczowym personelem. Nie sposób się z tym zgodzić. Po pierwsze, chodzi o wiarygodność deklaracji wykonawców co do rzeczywistego dysponowania określonymi osobami. Częstą, niestety, praktyką oferentów jest wskazywanie w ofercie osób uzyskujących wysoką punktację bez intencji ich zatrudniania, a następnie ich wymiana. Przyjęte kryteria mają minimalizować to ryzyko. Po drugie, ważne jest zapewnienie stałości zatrudnienia kluczowego personelu wykonawcy na budowie. Ponieważ zmiana kluczowego personelu odbija się negatywnie na jakości i tempie prac, w szczególności na jakości współpracy z inwestorem i nadzorem, Zamawiający ma prawo przeciwdziałać takim zmianom. Trwałość stosunku prawnego łączącego wykonawcę z jego personelem minimalizuje ryzyko zmian. Dopiero w dalszej kolejności jest to kryterium społeczne, promujące normalne, cywilizowane stosunki pracy. Jest to zgodne z Polityką zakupową państwa, a także służy zapewnieniu równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie ocenia właściwości wykonawcy, lecz stara się minimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Inkryminowane kryteria służą więc ocenie jakości wykonania zamówienia.

To samo dotyczy relacji wykonawcy z podwykonawcami (pkt 22 i 23). Kluczowym obszarem ryzyka i powodem problemów na budowie jest nieumiejętność zarządzania podwykonawcami:

przypadkowi, często zmieniani podwykonawcy nie są w stanie należycie i terminowo realizować prac. Zamawiający dąży do minimalizacji tego ryzyka dając wykonawcom szansę wykazania, że mają dobrze dobrany zespół głównych podwykonawców, z którymi łączą ich trwałe relacje, co dobrze rokuje na ich współpracę w ramach realizacji tego konkretnego zamówienia. Jeśli Odwołujący zamierza złożyć ofertę bez udziału podwykonawców, na zasadzie „byle wygrać, a później jakoś to będzie" – ma taką możliwość, gdyż Zamawiający nie określił minimalnego poziomu jakości w ramach tego subkryterium. Nie może jednak kwestionować prawa Zamawiającego do wyższej oceny oferty, która identyfikuje podstawowych podwykonawców i adekwatnie odnosi się do wszystkich aspektów ocenianych w ramach tego kryterium.

Odwołujący z tego samego powodu, jako kryterium podmiotowe, kwestionuje wywiad z kluczowym personelem. To niezrozumiałe. Wywiad służy ocenie kwalifikacji kluczowego personelu (zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp), nie wiarygodności firmy. Nie wszyscy kierownicy budów zatrudniani nawet przez renomowane firmy są tacy sami. Różnią się nie tylko latami doświadczenia, ale również zdolnością rozwiązywania sytuacji problemowych. Zamawiający ma prawo oceniać zarówno kompetencje techniczne, jak i tzw. kompetencje miękkie osób, z którymi będzie na co dzień współpracował przez kilka lat. Suwerenną decyzją wykonawcy pozostaje wskazanie do realizacji zamówienia konkretnych osób z jego zasobów. Również nie stanowi kryterium podmiotowego ocena współpracy kluczowego personelu z architektem klasy światowej. Jest to element doświadczenia kluczowego personelu wykonawcy bezpośrednio związany z przedmiotem zamówienia – kierownictwo budowy będzie musiało współpracować z projektantem klasy światowej, co ma swoją specyfikę. Jest to kryterium ściśle związane z przedmiotem zamówienia.

Subkryterium odnoszące się do rozwoju pracowników i podwykonawców jest kryterium społecznym, promującym

uczciwe zasady społecznej odpowiedzialności biznesu, zarówno w wymiarze wewnętrznym (rozwój zawodowy pracowników), jak i b2b (rozwój mniejszych firm, partnerów generalnych wykonawców). Jest to kryterium legalne (zgodne z art. 242 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), zgodne z Polityką zakupową państwa, mające m. in. przeciwdziałać nagannym praktykom wykorzystywania, a nawet doprowadzania do upadłości małych firm podwykonawczych.

3.Ocena doświadczenia personelu.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 13 odwołania, Zamawiający wymienił oczekiwanych specjalistów w pkt 13.2.2) ppkt e) SWZ (kierownik BIM, projektant, specjaliści: technologii teatralnej, akustyki, automatyki, spawalnictwa, metalurgii). Również zasady oceny kompetencji tych specjalistów są właściwe. W ramach każdego z subkryteriów oferta przeciętna otrzyma 1 pkt, gorsza 0, a lepsza – 2 pkt. Fakt, że taki sposób oceny „nie pozwala wykonawcom ustalić warunków uzyskania maksymalnej liczby punktów w danym kryterium" wcale nie powoduje, że tak określone kryterium jest nieefektywne lub pozorne (jak twierdzi Odwołujący). Każde kryterium oceniane poprzez porównanie ofert między sobą ma taką cechę (choćby kryterium cenowe oceniane na podstawie najpopularniejszego wzoru). Zaproponowane w pkt 15 sposoby oceny kompetencji specjalistów nie mogą mieć zastosowania do sytuacji, w której łączna ocena kompetencji siedmiu osób ma się zawierać w przedziale 0-1-2 pkt w ramach kryterium o wadze 1,2%.

Minimalny poziom jakości.

W przypadku trzech podkryteriów kryterium Metodyka Zamawiający przyjął, że oferta, która otrzyma mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona, co Odwołujący kwestionuje.

Po pierwsze, Zamawiający podważa prawo Odwołującego do kwestionowania tej zasady, gdyż jej stosowanie nie może spowodować, że Odwołujący może ponieść szkodę w swoim interesie. Odwrotnie, nie zastosowanie tej zasady może przynieść szkodę Zamawiającemu w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazujący minimalnego poziomu jakości uzyska zamówienie.

Po drugie, jest nadinterpretacją przepisów ustawy twierdzenie: „*Odrzuceniu mogą zatem podlegać wyłącznie oferty, które nie zawierają w ogóle elementów określonych przez Zamawiającego w pkt. 13.2. ppkt 2) SWZ, nie zaś oferty, które wg Zamawiającego powinny otrzymać mniej niż 50% punktów możliwych do uzyskania w kryterium*".

Odwołujący uważa, że np. niezależnie od tego jakie głupoty napisze w dokumencie „Analiza ryzyka", to, o ile zawarł wszystkie elementy określone w pkt 13.2. ppkt 2) lit a) SWZ, Zamawiający powinien dać mu szansę uzyskania zamówienia i nie może odrzucić jego oferty. To twierdzenie nieprawdopodobne, niegodne „renomowanego wykonawcy", za którego uważa się Odwołujący. Zamawiający wymaga znacznie więcej, niż spełnienie formalnych wymogów co do zawartości dokumentu. Zamawiający odrzuci każdą ofertę, która: (…) nie uwzględnia lub w pełni nie uwzględnia wymagań SWZ lub nie identyfikuje podstawowych ryzyk lub zawiera błędy w zakresie działań zapobiegających lub minimalizujących ryzyko.

Zamawiający ma pełne prawo wymagać, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał minimalne kompetencje w zakresie zarządzania ryzykiem. Oferta uznana za nieakceptowalną z merytorycznego punktu widzenia musi zostać odrzucona.

To samo dotyczy pozostałych subkryteriów, w których stosowana jest ta zasada. Np. jeśli wykonawca nie będzie w stanie wykonać mock'up minimalnej jakości, cały sens przedmiotowej inwestycji zostaje podważony. To właśnie stalowa elewacja doskonale pospawana, pomalowana i zmontowana ma być jej znakiem rozpoznawczym. Dla rozeznania możliwości wykonania i oceny mock'up Zamawiający przeprowadził wstępne konsultacje rynkowe (dialogi techniczne) w 2020 roku. Również w trakcie prekwalifikacji do przedmiotowego postępowania Zamawiający stosował kryterium selekcji odnoszące się do wysokiej jakości wykonania i wykończenia elewacji stalowej.

W przypadku innych subkryteriów Zamawiający nie wprowadził tej formuły, gdyż uznał, że nie jest ona potrzebna. Absurdalne jest czynienie z tego zarzutu (pkt 19). Zamawiający stosuje w przypadku każdego kryterium rozwiązanie dla tego kryterium optymalne, uzasadnione potrzebami Zamawiającego i specyfiką kryterium.

Po trzecie, jest to praktyka nie tylko zgodna, ale i zalecana przez prawo Unii Europejskiej. Dyrektywy milczą na ten temat, pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającym, zakładając odpowiedni poziom ich kompetencji. W przypadku krajów kandydujących do członkostwa w UE Komisja Europejska wymaga dokonywania zamówień zgodnie z podręcznikiem PRAG (Practical Guide to Contract Procedures for EU External Actions). Podręcznik ten, zarówno w czasach, gdy był stosowany w Polsce do wydawania funduszy przed-akcesyjnych, jak i obecnie zaleca odrzucenie oferty nie osiągającej 80% możliwych do uzyskania punktów za ocenę techniczną.

Po czwarte, jest do dobra praktyka rynkowa. Jako przykład jej stosowania można wskazać Highways Agency (angielski odpowiednik Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad), który standardowo stosuje przy ocenie kryteriów jakościowych na roboty budowlane klauzulę: „Minimalny poziom jakości w niniejszym zamówieniu to osiągnięcie znormalizowanej oceny na poziomie 60% dla każdej części oferty jakościowej. Oferta, która nie osiągnie minimalnych wymagań jakościowych może nie być brana pod uwagę w dalszym procesie udzielania zamówienia oraz, jeśli zostanie

odrzucona, wykonawca zostanie o tym poinformowany. Jeśli wykonawca nie zostanie odrzucony, znormalizowane oceny osiągnięte przez ofertę zostaną wykorzystane w dalszych kalkulacjach". Praktyka ta jest rekomendowana przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju w dokumencie *„Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE"*. Dokument ten zaleca również stosowanie wielu kryteriów oceny ofert zbliżonych do stosowanych w niniejszym postępowaniu.

Po piąte, praktyka ta jest rekomendowana przez Urząd Zamówień Publicznych w publikacji Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk Ver. 2.0., Warszawa 2020 r., dostępnej na stronie internetowej Urzędu, która w przypadku wielu kryteriów rekomenduje stosowanie zasady odrzucania ofert poniżej minimalnego poziomu jakości. Poradnik ten zawiera jednoznaczną rekomendację (nr 8): Oferty poniżej wyznaczonego minimalnego poziomu jakości powinny być odrzucane.

5. Swoboda oceny.

Odwołujący kwestionuje (pkt 21 i n.) sposób oceny ofert polegający, jego zdaniem, na użyciu niezrozumiałych i nieprecyzyjnych pojęć i żąda ich zdefiniowania. Zamawiający odrzuca ten zarzut. Po pierwsze, Zamawiający posługuje się pojęciami wystarczająco jasnymi i precyzyjnymi, aby doświadczony wykonawca zrozumiał ich treść. Specyfikacja pisana jest przez profesjonalistów do profesjonalistów, co do zasady przez inżynierów do inżynierów. Z inżynierskiego punktu widzenia jest zrozumianym czym są ryzyka budowlane, które z nich są podstawowe a powinno też być znane w jaki sposób należy tym ryzykom zapobiegać oraz jak można minimalizować ich wpływ na budżet i termin realizacji projektu. Jeśli wykonawca tego nie wie, to Zamawiający nie chce powierzyć mu realizacji inwestycji – i ma do tego prawo. Fakt, że inne osoby, czy to profani, czy specjaliści z innych branż (socjolodzy, biolodzy, prawnicy, śpiewacy operowi) nie rozumieją pojęć zawartych w specyfikacji pozostaje bez wpływu na jej przejrzystość. Ani nie jest rolą Zamawiającego, ani specyfikacja nie jest właściwym miejscem na definiowanie czym jest ryzyko albo co to są istotne błędy.

Po drugie, nie jest prawdą, że Zamawiający ma obowiązek formułowania kryteriów w taki sposób, aby „pozwolić Wykonawcy ustalić warunki uzyskania maksymalnej liczby punktów w danym kryterium". Odwołujący zdaje się postulować przydzielanie punktów np. za liczbę zidentyfikowanych ryzyk, tak, aby mógł mieć pewność, że w przypadku wymienienia np. pięciu ryzyk otrzyma maksymalną liczbę punktów. Zamawiający uznaje taki postulat za absurdalny. Nie ma i nie może istnieć żadna racjonalna wymierna metoda oceny jakości opracowanej przez wykonawcę analizy ryzyka (i innych podobnych dokumentów stanowiących podstawę oceny ofert). Już dokument Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne opublikowany przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego kilkanaście lat temu sugerował kwantyfikację kryteriów niewymiernych w taki sposób. Wśród przykładów podano kryterium Analiza ryzyka sugerując następujący opis oceny ofert: „Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stosuje analogicznie, ach bardziej precyzyjne i jednoznaczne określenia".

Po trzecie, taki sposób oceny jest rekomendowany jako dobra praktyka w publikacji Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju przywołanej wyżej.

Po czwarte, przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny stanowi implementację rekomendacji zawartych w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych przywołanej powyżej. Po piąte, ten sposób oceny był już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą (z udziałem Odwołującego). KIO potwierdziła, wyrokiem (Sygn. akt: KIO 2619/18), że „W przedstawiony przez Zamawiającego sposób dokonania oceny, wpisany jest pewien margines swobody, w ramach którego dokonywali oceny członkowie komisji. Jednakże jest to jedynie margines, a sposób sformułowania zasad dokonywania oceny nie oznacza, że jest to ocena całkowicie dowolna".

Gołosłowne są twierdzenia Odwołującego o arbitralnej ocenie. Ocena ofert w ramach kryteriów pozacenowych przyjętych przez Zamawiającego nie jest ani arbitralna, ani dowolna. Mieści się w ramach określonych zarówno ustawą Pzp, jak i prawem unijnym: „Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. (art. 240 ust. 2 Pzp)". Oczywistym jest, że przyjęte zasady oceny ofert nie pozostawiają Zamawiającemu nieograniczonej swobody oceny. Przeciwnie, swoboda ta jest mocno ograniczona. Zamawiający podzielił kryteria na szereg podkryteriów, a te z kolei na subkryteria. Zasady oceny ofert w ramach każdego z nich zostały opisane maksymalnie precyzyjnie biorąc pod uwagę specyfikę tych kryteriów. Ponieważ nie są to kryteria wymierne, Zamawiający nie mógł posłużyć się wzorem arytmetycznym, lecz dokonał postulowanej w literaturze kwantyfikacji kryteriów. Zamawiający przedstawił informacje pozwalające odpowiednio wykwalifikowanemu wykonawcy zrozumieć wymagania i odnieść się do nich w najlepszy, dostępny danemu wykonawcy sposób. Ocena ofert w kryteriach technicznych zostanie dokonana przez inżynierów, specjalistów w zakresie zlecania i zarządzania realizacją inwestycji budowlanych. Ocena ta będzie dokonana po anonimizacji ofert, aby zapewnić bezstronność i obiektywizm członków zespołu oceniającego. Oceny skrajne zostaną odrzucone, aby dodatkowo chronić proces oceny przed ewentualną dowolnością. Rzetelny oferent nie powinien obawiać się zademonstrować swojej

metodyki realizacji zamówienia oraz kluczowego personelu przeznaczonego do jego realizacji – chyba, że nie ma nic do zaoferowania.

Odwołujący w piśmie procesowym(12/03/2023) oświadczył (…) *w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 PZP i art. 16 pkt 1 PZP w związku z art. 353 1 i art. 5 Kodeksu cywilnego (pkt (4) odwołania). W pozostałym zakresie podtrzymuję zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu z dnia 27 lutego 2023 r."*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem wydanym na podstawie art. 544 ust. 2 ustawy Pzp zarządził łączne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Skład orzekający Izby uwzględniając z kolei art. 556 ustawy Pzp postanowił o wydaniu łącznego orzeczenia w sprawach złożonych odwołań.

W pierwszej kolejności – z uwagi na cytowane powyżej stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedziach na odwołania - skład orzekający Izby uznał, że wykonawcy wykazali materialnoprawne przesłanki do wniesienia odwołań, o których mowa w art. 505 ust.1 ustawy Pzp.

Przede wszystkim – jak na to wskazuje art. 513w zw. z art. 515 ust.2 Pzp) - odwołanie do Prezesa KIO może zostać wniesione na każdym etapie postępowania. Może więc dotyczyć zarówno postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jak i treści ogłoszenia o zamówieniu, nie tylko konkretnych rozstrzygnięć dokonywanych przez zamawiającego takich jak odrzucenie oferty odwołującego lub zaniechanie odrzucenia oferty konkurenta, brak wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czy dopuszczenia się przez wybranego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Kluczowe jest jednak, aby wnoszący odwołanie wykonawca mógł (jak wymaga tego art. 505 ust.1 ustawy Pzp) wykazać że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz wskutek wadliwych (skarżonych) czynności Zamawiającego poniósł lub może ponieść szkodę. Brak wykazania tych elementów skutkuje oddaleniem odwołania, nawet jeżeli merytorycznie byłoby ono zasadne.

W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, uznała, że Odwołujący legitymowani byli do wniesienia odwołań. Przede wszystkim Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane "Calbud" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Odwołujący 1 lub Odwołujący Doraco) wskazał nakwestionowane przez niego w treści odwołania postanowienia SWZ, które jego zdaniem są niezgodne z prawem, i co w konsekwencji (jego zdaniem) prowadzi do uniemożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, złożenia korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Zatem Odwołujący Doraco jako wykonawca zaproszony do złożenia oferty może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ, Odwołujący ten mógłby uzyskać zamówienie i uzyskać wynagrodzenie. Także drugi Odwołujący wykazał taką legitymację do wniesienia odwołania. W tym przypadku wskazał, że sformułowany przez Zamawiającego termin składania ofert oraz kryteriów oceny ofert, a także przesłanki odrzucenia oferty w sposób niezgodny z przepisami Pzp, uniemożliwiają wykonawcy złożenie oferty, a co za tym idzie – uniemożliwiają wykonawcy pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący 1 może ponieść tym samym szkodę w postaci uniemożliwienia mu ubiegania się o zamówienie i pozbawienia możliwości udzielenia mu zamówienia, prowadzących do nieuzyskania spodziewanego zysku, pomimo tego, że odwołujący przeszedł pozytywnie wstępną weryfikację na etapie dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uwzględniała stan sprawy z dnia 13 marca 2023 r. i 20 marca 2023 r.

W zakresie odwołania w sprawie KIO 540/23 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - tak jak wskazano powyżej - oświadczył, że uwzględnia zarzut opisany w punkcie 1a odwołania, a dotyczący ustalenie kryterium 1. Cena – waga 60%, w ramach którego wprowadzono – jak podnosił wykonawca – „*nieprzejrzyste zasady oceny ofert, poprzez warunkowanie sposobu oceny ofert (zastosowanie wzoru) od tego, ile ofert zostanie złożonych*". Odwołujący z kolei na rozprawie w dniu 13 marca 2023 r. cofnął zarzut z punktu 3, który dotyczył określenia – z naruszeniem art. 439 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 -3 Pzp - zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, które są nieprzejrzyste poprzez niezgodność zaproponowanego wzoru z jego opisem i brak prawidłowej definicji stałego współczynnika „a" zastosowanego we wzorze waloryzacji oraz uwzględnienie w koszyku waloryzacyjnym wskaźnika, który nie występuje w PUDS.

Z kolei w zakresie odwołania w sprawie KIO 561/23 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - tak jak wskazano powyżej - oświadczył, że uwzględnił zarzut opisany w punkcie [III] odwołania i dokonał obniżenia kary umownej. Odwołujący z kolei – jak wskazano – w piśmie z dnia 12 marca 2023 r. oświadczył o jego cofnięciu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uwzględniając odpowiednio regulacje z art. 522 ustawy Pzp oraz z art. 520 tej ustawy w zakresie cofniętych zarzutów umorzyła postępowanie odwoławcze.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniach Izba miała na uwadze przedmiot tego zamówienia, jego

specyfikę, a także tryb w którym prowadzone jest to postępowanie, na co zwracał uwagę i co podkreślał w stanowiskach Zamawiający.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego. Jak wskazano w punkcie 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) zamówienie dotyczy realizacji inwestycji p.n. „*Budowa budynku TR Warszawa na placu Defilad w Warszawie" wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie*". W tym punkcie (5.1 SWZ) w opisie robót, których dotyczy zamówienie wskazano m.in.: (…)

c)Wykonawca będzie realizował przedmiotową inwestycję w formule „buduj".

d)Zamawiający przewiduje możliwość wskazania nominowanego lub bezpośredniego podwykonawcy w zakresie realizacji części robót, dostaw i montażu wyposażenia.

e)Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego wszelkie pozwolenia i uzgodnienia, warunki, opinie i zalecenia umożliwiające prawidłową realizację Inwestycji oraz użytkowanie budynku zgodnie z obowiązującymi przepisami,

f)Wykonawca będzie realizował obowiązki także w okresie zgłaszania wad i gwarancji.

g)Przedmiot zamówienia zawiera także elementy dostaw wyposażenia stałego dla budynku TR wraz z systemami mechaniki sceny.

h)W sąsiedztwie planowane są inne inwestycje budowlane, które mogą być realizowane równoległe bądź z harmonogramowym przesunięciem w stosunku do realizacji samego budynku TR Warszawa. Należą do nich między innymi:

– budowa drogi publicznej 5KDL oraz 8KDL,
– inwestycja związana z realizacją Placu Centralnego,
– inwestycja polegająca na budowie budynku Nowej Emilii,
– ponadto kontynuowane będą prace związane z budową Muzeum Sztuki Nowoczesnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, (…)

W podanym CPV wskazano na „Roboty budowlane w zakresie teatrów" oraz „Roboty budowlane w zakresie scen".

W związku z przesłanką z art. 153 pkt 2 Pzp wskazaną art. 179 Pzp – tak jak podano w pkt 5 Protokołu postępowania (Druk ZP-DK) po zakończeniu dialogu - jak wymaga tego art. 185 ust.1 ustawy Pzp – została sporządzona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SWZ), która została przekazana uczestniczącym w dialogu wykonawcom. SWZ miała stanowić doprecyzowanie oraz uzupełnienie (co wynika z art. 185 ust.1 Pzp) informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu.

Zarzuty podnoszone w odwołaniach - w zakresie w jakim podlegają rozpoznaniu przez Izbę - dotyczą przede wszystkim punktu 17 SWZ, w którymopisano „*Kryteria wyboru i sposób oceny ofert*", a mianowicie Kryterium 2 „Metodyka" i Kryterium 3 „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia".

Co do Kryterium Kryterium 2. Metodyka (M) – waga: 25 % w SWZ wskazano:

„Ocena ofert w ramach tego kryterium, za wyjątkiem oceny mock'up-ów, zostanie dokonana po zanonimizowaniu dokumentów załączonych do oferty. Wykonawcy nie powinni zamieszczać w tych dokumentach jakichkolwiek oznaczeń umożliwiających identyfikację Wykonawcy, w szczególności nazwy, logo firmy. Niemniej, przed przekazaniem tych opracowań do oceny merytorycznym członkom komisji, zostaną one przejrzane przez sekretarza komisji, który usunie oznaczenia, podpisy itp.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące podkryteria, których udział w kryterium „Metodyka" wynosi odpowiednio (przyjmując łączną wagę podkryteriów 100%):

a) Analiza ryzyka – 37%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Analiza ryzyka", o którym mowa w pkt 17 IDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

Oferowane podejście	**Jak dobrze oferta pokazuje zrozumienie ryzyka, określa właściwe działania zapobiegające powstaniu oraz działania minimalizujące wpływ ryzyka na termin i koszt realizacji zamówienia?**
Nieakceptowalne	Oferta nie uwzględnia lub w pełni nie uwzględnia wymagań SWZ lub nie identyfikuje podstawowych ryzyk lub zawiera błędy w zakresie działań zapobiegających lub minimalizujących ryzyko.
Akceptowalne	Oferta dostatecznie identyfikuje podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz określa minimalny, akceptowalny zakres działań zapobiegających i minimalizujących wpływ tych ryzyk.
Dobre	Oferta dobrze opisuje podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz opisuje standardowe działania zapobiegające i minimalizujące wpływ tych ryzyk.

Bardzo Dobre	Oferta dobrze opisuje istotne ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz obejmuje specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, które minimalizują ryzyka w zakresie terminu realizacji i budżetu inwestycji.
Doskonałe	Oferta bardzo dobrze opisuje istotne ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz obejmuje innowacyjne i specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, które minimalizują ryzyka w zakresie terminu realizacji i budżetu inwestycji.

Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium łącznie mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.

b) Podwykonawstwo – 21%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Podwykonawstwo", o którym mowa w pkt 17 IDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

1)im lepiej Wykonawca umie określić zakres prac przewidzianych do zlecenia podwykonawcom i wskazać kluczowych podwykonawców (co najmniej w zakresie konstrukcji stalowej, elewacji oraz wentylacji i klimatyzacji) – tym wyższa ocena,

2)im lepiej zasady doboru, motywowania i rozliczania podwykonawców służą jakości ich prac – tym wyższa ocena,

3)im dłużej Wykonawca współpracuje z oferowanymi podwykonawcami – tym wyższa ocena,

4)im lepiej zidentyfikowane źródła zaopatrzenia w stal oraz im bezpieczniejszy łańcuch dostaw i alternatywne łańcuchy dostaw – tym wyższa ocena,

5)im większy i lepiej dostosowany do zakresu czynności objętych zamówieniem i zdolności Wykonawcy zakres prac planowanych do zlecenia lokalnym podwykonawcom – tym wyższa ocena.

W ramach każdego z punktów oferta może otrzymać od 0 do 2 punktów, przy czym: 0 – nieadekwatne lub brak informacji; 1 – słabe, przeciętne, standardowe; 2 – bardzo dobre, wyjątkowe, dostosowane do specyfiki zamówienia

c) Jakość mock'up elewacji – 21%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o przygotowany przez Wykonawców mock'up, zgodnie z pkt 17 IDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

Oferowane podejście	**Jakość wykonania mock-up i dokumentacji warsztatowej oraz zrozumienie wymagań zawartych w Projekcie**	**Ocena**
Nieakceptowalne	Mock-up nie wykazuje odpowiedniego zrozumienia celów specjalnych wymagań AESS zawartych w opisie technicznym S001 i specyfikacji A970, które narzucają charakterystykę wizualną jako równorzędną z technicznym wykonaniem pracy. Dokumentacja warsztatowa nie jest jasna i kompletna.	0-4
Akceptowalne	Mock-up wykazuje odpowiednie zrozumienie niektórych celów specjalnych wymagań AESS zawartych w opisie technicznym S001 i specyfikacji A970. Zarówno wymogi techniczne montażu, jak i wymogi wizualne dotyczące spawania i wykończenia zostały osiągnięte przy zachowaniu podstawowego poziomu rzemiosła. Spoiny są niewidoczne. Powłoka lakiernicza jest jednolita, bez widocznych miejsc spawania. Dokumentacja warsztatowa jest kompletna.	5-6
Dobre	Mock-up wykazuje odpowiednie zrozumienie wszystkich celów specjalnych wymagań AESS zawartych w opisie technicznym S001 i specyfikacji A970. Zarówno wymogi techniczne, jak i wizualne spawania oraz wykończenia zostały osiągnięte przy zachowaniu wysokiego poziomu rzemiosła. Spoiny nie są widoczne. Powłoka lakiernicza jest jednolita, bez widocznych miejsc spawania. Dokumentacja warsztatowa jest przejrzysta, kompletna i spójna.	7-8
Doskonałe	Mock-up oraz dokumentacja przewyższa wykonanie innych ofert pod każdym względem.	9-10

Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium łącznie mniej, niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.

d) Technologia zarządzania budową – 14%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Technologia zarządzania budową", o którym mowa w pkt 17 IDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

Oferowane podejście	Jak dobrze oferowane przez Wykonawcę technologie zarzadzania budową przyczynią się do efektywnego zapobiegania i rozwiązywania problemów w trakcie i po wykonaniu inwestycji	Ocena
Nieakceptowalne	Oferta nie pokazuje adekwatnego zrozumienia celów projektu lub jego specyfiki, nie spełnia wymagań SWZ	0-4
Akceptowalne	Oferta obejmuje jedynie rozwiązania wymagane w SWZ, oferowane narzędzia są standardowe, nieintuicyjne	5-6
Dobre	Oferowane narzędzia obejmują dodatkowe, wartościowe funkcjonalności, łatwość obsługi i współpracy z BIM	7-8
Doskonałe	Oferta obejmuje, poza elementami określonymi na poziomie „Dobre" dodatkowo wykonanie scanningu 3D całego obiektu	9-10

e) Organizacja pracy – 7%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Organizacja pracy", o którym mowa w pkt 17 lDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

Oferowane podejście	Jak dobrze oferta pokazuje zrozumienie problemu oddziaływania budowy na otoczenie i demonstruje zdolność Wykonawcy do minimalizacji tego oddziaływania?	Ocena
Nieakceptowalne	Oferta nie uwzględnia lub w pełni nie uwzględnia wymagań lub nie identyfikuje istotnych sposobów oddziaływania budowy na otoczenie lub zawiera istotne błędy w zakresie organizacji prac albo oferta nie odnosi się do wymagań przedstawionych przez zamawiającego w tym kryterium	0–4
Akceptowalne	Oferta identyfikuje sposoby odziaływania budowy na otoczenie oraz określa podstawowe rozwiązania w zakresie minimalizacji tego odziaływania	5
Dobre	Oferta opisuje wszystkie istotne sposoby odziaływania budowy na otoczenie oraz opisuje standardowe, często stosowane rozwiązania w zakresie ograniczenia tego oddziaływania	6–7
Bardzo Dobre	Oferta opisuje wszystkie istotne sposoby odziaływania budowy na otoczenie oraz obejmuje specyficzne dla projektu rozwiązania, które minimalizują negatywne oddziaływanie budowy na otoczenie	8–9
Doskonałe	Oferta opisuje wszystkie sposoby odziaływania budowy na otoczenie oraz obejmuje innowacyjne i specyficzne dla projektu inicjatywy, które minimalizują negatywne oddziaływanie budowy na otoczenie	10

Jeśli oferta otrzyma w tym podkryterium średnio mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów, zostanie odrzucona.

Co do Kryterium 3 „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" – 15% w SWZ wskazano:

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące podkryteria, których udział w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" wynosi odpowiednio (przyjmując łączną wagę podkryteriów 100%):

a) Potencjał kadrowy – 40%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Potencjał kadrowy", o którym mowa w pkt 17 lDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

1)im większe i bardziej podobne do przedmiotu zamówienia doświadczenie kierownika BIM zatrudnionego na umowę o pracę – tym więcej punktów,

2)im większą liczbą specjalistów Wykonawca dysponuje na etapie składania ofert – tym więcej punktów,

3)im bardziej jest to stała współpraca, szczególnie na podstawie stosunku pracy – tym więcej punktów,

4)im większe doświadczenie specjalisty w jego branży – tym więcej punktów,

5)im lepsze zasady promujące rozwój personelu i podwykonawców Wykonawcy – tym więcej punktów.

W ramach każdego z punktów oferta może otrzymać od 0 do 2 punktów, przy czym: 0 – nieadekwatne lub brak informacji; 1 – słabe, przeciętne, standardowe; 2 – bardzo dobre, wyjątkowe, dostosowane do specyfiki zamówienia

b) Kompetencje kierownictwa budowy – 30%

W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Kompetencje kierownictwa budowy", o którym mowa w pkt 17 lDW.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

1)im bardziej współpraca z kierownictwem jest stała, szczególnie na podstawie stosunku pracy – tym więcej punktów,

2)im większe doświadczenie w zarządzaniu dużymi budowami (pow. 100 mln zł brutto) – tym więcej punktów,

3)im większe doświadczenie we współpracy z architektem klasy światowej (realizującym projekty na różnych

kontynentach) – tym więcej punktów,
4)im większe doświadczenie w realizacji inwestycji budowlanych na jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w prowadzeniu budowy na terenie m. st. Warszawy – tym więcej punktów,
5)im wyższe kompetencje formalne w zakresie zarządzania oraz znajomości języka angielskiego – tym więcej punktów,
W ramach każdego z punktów dla każdego z kandydatów oferta może otrzymać od 0 do 2 punktów, przy czym: 0 – nieadekwatne lub brak informacji; 1 – słabe, przeciętne, standardowe; 2 – bardzo dobre, wyjątkowe, dostosowane do specyfiki zamówienia. Z uwagi na fakt, że ocenie podlegają dwie osoby, suma punktów zostanie przemnożona przez 0,5.
c) Wywiad z kierownictwem budowy – 30%
W ramach tego kryterium ocena ofert będzie dokonana w oparciu o wywiad z kandydatami do pełnienia funkcji kierownika/dyrektora kontraktu oraz kierownika budowy.
Opis sposobu przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej.
Wykonawca zostanie zaproszony z co najmniej tygodniowym wyprzedzeniem do przybycia do siedziby Zamawiającego osób zaproponowanych do objęcia funkcji kierownika/dyrektora projektu oraz kierownika budowy celem przeprowadzenia rozmowy kwalifikacyjnej. Zamawiający przeprowadzi z personelem Wykonawcy wywiad ustrukturalizowany oraz udostępni kandydatom opisy trzech sytuacji problemowych, wymagających reakcji kierownictwa budowy w trakcie realizacji robót. Zadaniem kandydatów będzie dokonanie analizy przypadków i zaproponowanie odpowiedniego działania wraz z uzasadnieniem. Wyniki pracy przedstawiciel Wykonawcy przedstawi w formie zwartej wypowiedzi, która będzie nagrywana. Zamawiający będzie miał prawo zadawania pytań uszczegóławiających. Zamawiający będzie miał również prawo zadawania pytań dotyczących merytorycznej strony Oferty Wykonawcy, w tym pytań uszczegóławiających oraz sprawdzających znajomość praw i obowiązków stron procesu inwestycyjnego wynikających z przepisów prawa oraz SWZ.
W ramach kryterium „Rozmowa kwalifikacyjna" ocena ofert będzie dokonana w oparciu o odpowiedzi udzielone przez kandydatów w trakcie rozmowy kwalifikacyjnej.
Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:
a)W zakresie rozwiązania sytuacji problemowych Zamawiający oceni odrębnie rozwiązanie każdego z problemów w oparciu o następujące zasady:

Proponowane rozwiązanie	**Jak dobrze zaproponowane rozwiązanie wychodzi naprzeciw wymaganiom należytej realizacji zamówienia**	**Ocena**
Nieakceptowalne	Rozwiązanie jest sprzeczne z warunkami Kontraktu lub przepisami, argumentacja jest błędna	0
Akceptowalne	Rozwiązanie jest poprawne, lecz uzasadnienie jest błędne albo rozwiązanie jest niepoprawne, lecz argumentacja pokazuje właściwe rozumienie zasad i przepisów	1
Dobre	Rozwiązanie jest właściwe, argumentacja jest poprawna i pogłębiona, z wykorzystaniem doświadczenia Wykonawcy	2

b)W zakresie kompetencji zarządczych (współpraca, koncentracja na zadowoleniu klienta, elastyczność, dostosowanie, ugodowość, kreatywność, motywacja, odporność na stres) Zamawiający oceni odrębnie każdego z kandydatów w oparciu o następujące zasady:

Udzielane odpowiedzi	**W jakim stopniu cechy i zdolności kandydata sprzyjają należytej realizacji zamówienia i efektywnej współpracy z zamawiającym i Inżynierem**	**Ocena**
Nieakceptowalne	Kandydat reaguje niewłaściwie, nerwowo, jest nastawiony na konflikt lub nie rozumie swojej roli w realizacji inwestycji	0
Akceptowalne	Kandydat schematyczny, usztywniony, nie komunikatywny, zamknięty lub niejasno komunikujący swoje stanowisko	1
Dobre	Kandydat nastawiony pozytywnie, współpracujący, spokojny, otwarty	2-3
Bardzo Dobre	Kandydat wykazuje wyjątkową gotowość współpracy, kreatywność w poszukiwaniu rozwiązań i zrozumienie interlokutora	4

17.2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta Wykonawcy, który spełni wszystkie postawione w niniejszej SWZ warunki oraz uzyska łącznie największą sumę punktów przyznanych w ramach każdego z podanych kryteriów przemnożonych przez wagę kryterium. (…)
W związku z powyższymi kryteriami w punkcie 13. 2. Specyfikacji wskazano:
„Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta" oraz:
1) Wycenione kosztorysy ofertowe.

2) Dokumenty i czynności w zakresie Kryteriów oceny ofert, o których mowa w pkt 17 IDW (każdy z poniższych dokumentów powinien mieć objętość nie większą niż 10 tysięcy znaków bez spacji):

a)Dokument „Analiza ryzyka" identyfikujący podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia zawierający co najmniej:

− listę najważniejszych, zdaniem Wykonawcy, ryzyk;
− macierz ryzyka: określenie prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka oraz jego skutków, przede wszystkim w zakresie przekroczenia budżetu i terminu realizacji inwestycji;
− proponowane działania minimalizujące prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyka;
− proponowane działania minimalizujące wpływ ryzyka na budżet i termin realizacji inwestycji.

b) Dokument „Podwykonawstwo" zawierający opis zakresu prac przewidzianych do zlecenia podwykonawcom, zasady doboru, motywowania i rozliczania podwykonawców, dotychczasowa współpraca z kluczowymi podwykonawcami, źródła zaopatrzenia w stal (łańcuch dostaw poczynając od kopalni rudy żelaza oraz jego alternatywy w przypadku zerwania planowanego łańcucha), zakres prac planowanych do zlecenia lokalnym podwykonawcom, mającym siedzibę i doświadczenie zdobyte na terenie m. st. Warszawy.

c) Dokument „Technologie zarządzania budową" opisujący proponowane do zastosowania w trakcie realizacji inwestycji nowoczesne technologie wspomagające zarządzanie budową, platformę CDE (dodatkowe funkcjonalności ponad wymagane w SWZ, intuicyjność obsługi, współpraca platformy z oprogramowaniem BIM), opis, o ile jest oferowany, scanningu 3D, a także innych technologii, które mogą podnieść jakość zarządzania procesem budowy.

d) Dokument: „Organizacja terenu budowy" zawierający założenia dotyczące takiej organizacji prac, aby zminimalizować oddziaływanie budowy na bezpośrednie otoczenie oraz na komunikację miejską i prywatną w okolicy. Dokument powinien odnosić się co najmniej do następujących aspektów:

− zagospodarowanie terenu budowy, wydzielenie stref prac, bram wjazdowych;
− place składowe i zaplecze poza terenem budowy;
− projekt tymczasowej organizacji ruchu w bezpośrednim otoczeniu terenu budowy;
− sposoby zabezpieczenia otoczenia przed oddziaływaniem budowy (hałasem, kurzem, błotem);
− sposoby (terminy i godziny pracy, środki transportu, miejsce zwałki) usunięcia gruntu rodzimego;
− sposoby (źródła zaopatrzenia, środki transportu, terminy i godziny pracy) dostarczania na teren budowy podstawowych materiałów: zbrojenia, betonu, wielkogabarytowych elementów prefabrykowanych;
− sposób dostosowania do wydarzeń w sąsiedztwie budowy.

e) Dokument „Potencjał kadrowy" opisujący kompetencje i przebieg współpracy z najważniejszymi specjalistami, tj. co najmniej: kierownik BIM, projektant, specjaliści: technologii teatralnej, akustyki, automatyki, spawalnictwa, metalurgii. Odnośnie każdej z w/w funkcji Wykonawca powinien:

− wskazać kandydata (imię i nazwisko);
− określić, czy to zasób własny (umowa o pracę), czy zewnętrzny (podwykonawca);
− opisać przebieg dotychczasowej współpracy;
− opisać doświadczenie zawodowe specjalisty w jego branży;
− opisać w jaki sposób Wykonawca dba o rozwój własnego personelu oraz podwykonawców.

f) Dokument „Kompetencje kierownictwa budowy" opisujący kompetencje kandydatów na stanowisko kierownika budowy oraz kierownika/dyrektora kontraktu. Odnośnie każdej z w/w funkcji Wykonawca powinien:

− wskazać kandydata (imię i nazwisko);
− określić, czy to zasób własny (umowa o pracę), czy zewnętrzny (podwykonawca);
− opisać przebieg dotychczasowej pracy na rzecz Wykonawcy;
− opisać doświadczenie w zarządzaniu dużymi budowami;
− opisać doświadczenie we współpracy z architektem klasy światowej (realizującym projekty na różnych kontynentach);
− opisać doświadczenie w prowadzeniu budowy na terenie m. st. Warszawy;
− opisać kompetencje formalne (studia, kursy) w zakresie zarządzania oraz znajomości języka angielskiego.

g) Opis sposobu przygotowania mock'up-u

W terminie 7 dni przed upływem terminu składania ofert Zamawiający udostępni Wykonawcom (każdemu na okres jednego dnia) miejsce na posadowienie mock'up-ów stalowej elewacji. Mock'up należy posadowić w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego.

Mock-up należy dostarczyć na teren działki Zamawiającego (nr dz. 25/1) znajdującej się na Placu Defilad, od strony południowej lub zachodniej (wg. poniższego szkicu).

Dojazd do działki może odbywać się od strony ul. Marszałkowskiej lub od strony ul. Emilii Plater.

Mock-up należy dostarczyć z wykorzystaniem samochodów ciężarowych wyposażonych w hydrauliczne dźwigi przeładunkowe (HDS) lub alternatywny środek transportu dostosowany do możliwości wjazdu na teren działki. Jeśli

dostawa będzie odbywać się przez teren zielony, należy zabezpieczyć roślinność przed zniszczeniem, np. poprzez użycie modułowych mat technicznych pod koła pojazdów. Makietę dostarczyć w postaci zmontowanej i zainstalować w terenie w sposób stabilny. Teren działki jest ogrodzony do wysokości nie przekraczającej 3m z możliwością wykonania bramy wjazdowej, nawierzchnia działki nieutwardzona, w części posadzka betonowa o nieokreślonej nośności.
Mock-up należy wyeksponować frontem od strony południowej w taki sposób aby nie przesłaniać naświetlenia mock-upów pozostałych oferentów (poglądowo wg. szkicu)
Przewiduje się czas na dostawę i montaż do 8h dla każdego z oferentów. Szczegóły dotyczące dnia i organizacji dostawy należy uzgodnić z Zamawiającym telefonicznie.
Mock-up stalowej elewacji ma na celu umożliwienie wykonawcy wykazanie zdolności do wykonania elementu ekranu elewacyjnego projektu (A970 FT-I) zgodnie z wymaganiami technicznymi i wizualnymi odpowiednich specyfikacji, z wykorzystaniem metod produkcji i montażu, które prawdopodobnie zostaną zastosowane podczas budowy.
W szczególności, profile stalowe i połączenia między elementami powinny być wykonane zgodnie z dokumentacją konstrukcyjną, a wszystkie spoiny wykonane zgodnie z wymaganiami "AESS" zawartymi w S001. Mock-up powinien być przygotowany i wykończony zgodnie z normą S001 i A970 przy użyciu określonych metod i materiałów. Intencją oznaczenia "AESS" jest to, że forma jest jedyną cechą charakterystyczną w elemencie. Mock-up należy wykonać zgodnie z rysunkiem stanowiącym załącznik nr 2.2 do IDW. Nie należy przedstawiać mock'up, który nie będzie mógł być odzwierciedlony w skali budynku.
Dokumentację warsztatową wykonanego mock'up-u należy załączyć do oferty.
Jakość wykonania mock'up-ów będzie przedmiotem oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Mock-up i wymagana dokumentacja warsztatowa będą oceniane pod względem wykonania technicznego i wyniku wizualnego.
Wykonawca zobowiązuje się zatrudnić do wykonania elewacji (kierowanie wykonaniem elewacji) osobę wykonującą (kierującą wykonaniem) mock'up-u."

Zarzut naruszenia art. art. 239 ust. 2 w zw. z art. 240 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp został podniesiony wobec wskazanych w tym zarzucie kryteriów oraz związanych z tymi kryteriami podkryteriami.

Rozpoznając ten zarzut Izba miała przede wszystkim na uwadze wskazany art. 240 ust.1 Pzp, który wymaga aby kryteria oceny ofert zostały opisane *w sposób jednoznaczny i zrozumiały*". Z kolei w myśl wskazanego art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp: (…)

2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

(…)

5)organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; (…)

Niewątpliwie kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a nie odnosić się do właściwości wykonawcy. To wynika wprost z art. 241 ustawy Pzp. Izba zwraca jednocześnie uwagę na ust. 1 i 2 tego przepisu w którym zdefiniowano wymóg powiązania kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Mianowicie:

„*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".

Ze wskazanych przepisów wynika, że takie kryterium może dotyczyć różnych aspektów zamówienia jednakże w przypadku kryterium jakościowego dotyczącego organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, (opisanego we wskazanym art. 242 ust.2 pkt 5 Pzp) jego zastosowanie wymaga wykazania, że ma – tak jak w tym przypadku robót budowlanych – znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Zamawiający w ocenie Izby, w przypadku Kryterium 2 podkryterium a) „Analiza ryzyka", a w przypadku Kryterium 3 podkryterium c): „Wywiad z kierownictwem budowy" - nie wykazał związku wymienionych podkryteriów z przedmiotem zamówienia i jednocześnie, że mają one znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Z tego powodu Izba nakazała ich usunięcie zgodnie z żądaniem odwołania o sygn. akt: KIO 540/23.

Izba zwraca uwagę, że w przypadku pierwszego podkryterium [Analiza ryzyka] Zamawiający w odpowiedzi na odwołania nie wskazał okoliczności wymaganych przepisem art. 242 ust.2 pkt 5 pzp. Podobnie na rozprawie, w toku której przede wszystkim skupił się na podkreślaniu specyfiki inwestycji poprzez wskazanie zaprojektowania budynku przez światowej klasy architekta i przypisując budynkowi cechy dzieła sztuki. Izba zwraca uwagę, że w ramach tego podkryterium ocenie ma podlegać dokument wskazany w punkcie 13 .2.2) lit. a) (Dokument „Analiza ryzyka" identyfikujący podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia), a zatem Zamawiający zobowiązany był wykazać, chociażby w minimalnym stopniu, że to podkryterium ma związek z przedmiotem zamówienia, oraz jego *znaczący wpływ*

na jakość wykonania zamówienia.

Podobnie w przypadku drugiego podkryterium [„Wywiad z kierownictwem budowy"] wymagane przepisem przesłanki nie zostały wykazane. Brak *de facto* stanowiska, z którego wynikałby związek ze wskazanymi przepisem przesłankami, a w szczególności *znaczący wpływ podkryterium na jakość wykonania zamówienia. Ponadto taki wywiad,* którego przeprowadzenie przewiduje Zamawiający, jest jedynie formą, nie zaś - czy to warunkiem udziału w postępowaniu, czy elementem opisu zadania (OPZ). Jak podkreślał Odwołujący i przystępujący wykonawcy brak jest w tym podkryterium wykazania jak kompetencje zarządcze kierownictwa budowy postrzegane przez pryzmat współpracy, koncentracji na zadowoleniu klienta, elastyczności, dostosowania, ugodowości, kreatywności, motywacji, odporność na stres przekładają się na minimalne wymagania jakości wykonania robót budowlanych.

Izba zwraca ponadto uwagę, że wymienione podkryteria według powoływanego przez Zamawiającego opracowania „Pozacenowe kryteria oceny ofert (…) są rekomendowane w odniesieniu do usług. Dotyczy w szczególności Kryterium „Analiza Ryzyka", w którym wskazano na usługi nadzoru inwestorskiego. Z kolei dla robót budowlanych wskazano na kryteria charakterystyczne dla takich przedsięwzięć jak: Harmonogram, Organizacja prac (co stanowi jedno z podkryteriów w Kryterium 3), co dla tego przedsięwzięcia - zważywszy na wskazane OPZ (pkt 5) planowane w sąsiedztwie inwestycje – mogłoby mieć istotne znaczenie dla wykazania wymaganych przepisem okoliczności.

W odniesieniu do Kryterium 2 podlega również uwzględnieniu zarzut dotyczący postanowienia zamieszczonego w podkryteriach, a dotyczących odrzucenia oferty w przypadku jeżeli oferta w danym podkryterium *otrzyma średnio mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów. Takie postanowienie zamieszczono w podkryterium a) „Analiza ryzyk;* c) „*Jakość mock 'up elewacji*" i e) „*Organizacja pracy*". W tym przypadku Izba zgodziła się z wnoszącymi odwołanie wykonawcami, że kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. A zatem w pierwszej kolejności zamawiający ocenia, czy nie zachodzą powody do odrzucenia oferty na podstawie przesłanek opisanych w art. 226 ustawy Pzp, a następnie dokonuje oceny, która spośród ofert złożonych jest najkorzystniejsza. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w SWZ przewidział dodatkową, niewymienioną w ustawie Pzp, przesłankę odrzucenia oferty. Przesłanki odrzucenia oferty są enumeratywnie wymienione w tej ustawie i nie można ich interpretować rozszerzająco. Już ten fakt powoduje, że zarzut Odwołujących jest uzasadniony, albowiem w tym przypadku zastosowano nieprzewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłankę odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie doszłoby do odrzucenia oferty. Zamawiający nie wyjaśnił, z czym konkretnie, z jakim minimalnym wymaganiem jakości, miałaby być niezgodna oferta wykonawcy. Odrzucenie oferty – jak podkreśla orzecznictwo i doktryna - jest możliwe jedynie w sytuacji konkretnie przewidzianej i jednoznacznej.

Także za uzasadniony Izba uznała zarzut, że w ramach Kryterium 3 podkryterium: b) - „*Kompetencje kierownictwa budowy" oraz* w ramach Kryterium 2 podkryteriów: *a) „Analiza ryzyk"* , c) „*Jakość mock'up elewacji*"; d) „*Technologia zarządzania budową*"; e) „*Organizacja pracy*" – sformułowano kryteria oceny oraz zasady przyznawanej punktacji bez uwzględnienia obiektywnych reguł przyznawania punktów umożliwiających wykonawcom ustalenie preferencji Zamawiającego, za które przyznawać będzie konkretne punkty. Dla umożliwienia dokonania obiektywnej i weryfikowalnej oceny w poszczególnych podkryteriach konieczne jest - tak jak słusznie wskazywał Odwołujący w odwołaniu sygn. akt: KIO 561/23 - odnoszenie przez Zamawiającego poszczególnych poziomów ocen do jednoznacznych i zrozumiałych terminów w sposobie oceny ofert. Zamawiający rozróżnia bowiem ocenę ofert, a tym samym przyznaną punktację od niezdefiniowanych pojęć takich jak „podstawowe ryzyka", „minimalny, akceptowalny zakres działań", istotne ryzyka", czy „zrozumienie niektórych celów specjalnych", „istotne sposoby oddziaływania", „istotne błędy", „istotne sposoby" czy „wszystkie sposoby", a także „Mock-up oraz dokumentacja przewyższa wykonanie innych ofert pod każdym względem.". Powyższe sformułowania w istocie nie pozwalają wykonawcy obiektywnie ustalić warunków uzyskania zarówno minimalnej jak i maksymalnej liczby punktów w danym kryterium, co powoduje, że tak określone kryterium nie jest efektywne i może być odczytane jako pozornie pozwalające na weryfikację doświadczenia wykonawcy. Takie określenia powinny tym samym zostać usunięte i zastąpione określeniami jasnymi i zrozumiałymi. Dopiero tak precyzyjnie określonym cechom czy parametrom Zamawiający może przyporządkować właściwą punktację, aby w jasny, niebudzący wątpliwości sposób, móc przyznawać punkty za ocenę poszczególnych elementów kryterium 2 - Metodyka, nie naruszając przy tym powołanych zasad prowadzenia postępowania. Dokonywanie tej oceny nie może być oparte na dowolności i umożliwiać całkowicie arbitralną ocenę przez poszczególnych członków komisji, szczególnie w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, co do których wymagania jakościowe zostały zdefiniowane w dokumentacji projektowej. W przeciwnym razie taka ocena – arbitralna - oparta na nieprecyzyjnych i niezrozumiałych określeniach różnicujących przyznawaną punktację generować może naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba na marginesie zauważa, że w przypadku braku możliwości takich obiektywnych opisów może uzasadniać usunięcie przez zamawiającego danego podkryterium.

Także za uzasadniony uznała Izba zarzut dotyczący terminu składania ofert. Niewątpliwie – z uwagi na okoliczności tej sprawy - wyznaczony na dzień 3 kwietnia 2023 r. termin powinien być zmieniony. W tym przypadku Izba miała na uwadze regułę z art. 552 ust.1 ustawy Pzp w myśl której: *„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”*. Nakazany obowiązek zmian w dokumentacji w wyniku ustaleń postępowania odwoławczego, a także przyznana przez Zamawiającego okoliczność związana z modyfikacją dokumentacji, w tym wycofaniem kosztorysu ofertowego i aktualnie brak takiego zamiennika, powoduje, że termin 15 maja 2023 r. jest minimalnym terminem obiektywnie uzasadnionym, wynikającym także ze złożoności i specyfiki – co podkreślał sam Zamawiający - przedmiotu zamówienia. Tym samym przyznanie wykonawcom 45 dni na sporządzenie i złożenie oferty należało uznać za nieodpowiadające wymaganiom określonym art. 131 ust. 1 Pzp.

Natomiast zarzuty w pozostałym zakresie podnoszone w odwołaniach nie podlegają uwzględnieniu.

W zakresie sprawy o sygnaturze akt: KIO 540/23 Odwołujący domagając się - usunięcie subkryteriów (podkryteriów) w „Kryterium 2. Metodyka (M): b) Podwykonawstwo”, c) Jakość mock'up elewacji” i e) Organizacja pracy”, a w „Kryterium 3. Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – a) Potencjał kadrowy” i b) Kompetencje kierownictwa budowy”, nie przedstawił argumentów mogących stanowić uzasadnienie dla zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp w związku z ustalonymi podkryteriami. Izba jak już wskazano powyżej częściowo uwzględniła zarzut nakazując skreślenie w Kryterium 2 podkryterium a) (Analiza ryzyka) i w Kryterium 3 podkryterium c) (Wywiad …). W pozostałym natomiast zakresie nakazała sformułowanie kryteriów oceny w sposób jednoznaczny i zrozumiały, niepozostawiający Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiający wykonawcom weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wskazane podkryteria mają obiektywny związek z jakością przedmiotu zamówienia, który nie został przez wykonawcę skutecznie podważony i stąd brak było podstaw do uwzględnienia żądania o ich skreśleniu. Wydaje się oczywisty związek wysokiej jakości świadczenia, którego dotyczy przedmiot zamówienia z kwalifikacjami personelu jak również z organizacją pracy, w tym uczestnictwem podwykonawców oraz jak w tym przypadku obowiązek – co było przedmiotem dialogu - przedstawienia próbki stalowej elewacji („mock'up). Jednakże – co wymaga podkreślenia - zastosowanie kryteriów jakościowych wiąże się z koniecznością wskazania w SWZ wymaganych informacji niezbędnych do oceny w ramach kryterium. To z kolei musi zostać oparte na zdefiniowaniu przez zamawiającego jego kluczowych potrzeb mających – tak jak wymaga tego wskazywany przez Odwołujących art. 242 ust.2 pkt 5 Pzp - znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Definiując następnie te wymagania w formie niewymiernych kryteriów zamawiający powinien mieć na uwadze, że ich opis powinien umożliwiać ich weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofercie nie tylko zamawiającemu, ale także wykonawcom. Kryteria oceny ofert nie mogą bowiem naruszać zasad o których mowa w art. 16 Pzp, który to przepis wymaga przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (…) *w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.*

Odnosząc się następnie do pozostałych podnoszonych w tym odwołaniu zarzutów Izba nie zgodziła się z twierdzeniami fikcyjnej anonimizacji dokumentów.

Zgodnie z punktem 17.1 Kryterium 2. Metodyka (M) (…)

Ocena ofert w ramach tego kryterium, za wyjątkiem oceny mock'up-ów, zostanie dokonana po zanonimizowaniu dokumentów załączonych do oferty. Wykonawcy nie powinni zamieszczać w tych dokumentach jakichkolwiek oznaczeń umożliwiających identyfikację Wykonawcy, w szczególności nazwy, logo firmy. Niemniej, przed przekazaniem tych opracowań do oceny merytorycznym członkom komisji, zostaną one przejrzane przez sekretarza komisji, który usunie oznaczenia, podpisy itp.”

Po pierwsze wykonawca nie wykazał w jaki sposób te postanowienia naruszają interes wykonawcy lub są sprzeczne z przepisami Pzp. Tak jak podał Zamawiający w zakresie tego Kryterium 2 nie są wymagane „wykazy doświadczenia” wykonawców, a kluczowy personel stanowi część informacji związanych z Kryterium 3. Także łańcuchy dostaw, czy podwykonawcy nie muszą identyfikować wykonawcy, a jeśli tak to zadaniem sekretarza komisji jest zapewnienie, aby ocena w ramach maksymalnej liczby subkryteriów dokonana została bez ujawniania członkom zespołu oceniającego danych umożliwiających identyfikację wykonawcy.

Odwołujący zarzucając w Kryterium 2 w podkryterium „Podwykonawstwo” nieuzasadnione preferowanie podwykonawców lokalnych realizujących roboty w Warszawie i żądając usunięcia z pkt 5) zasad oceny ofert określenia „lokalnym” w odniesieniu do pochodzenia podwykonawców, pomija, że jest to podkryterium oceny, a nie warunek udziału w postępowaniu. Ponadto to wymaganie nie odnosi się do siedziby podwykonawców i z tego opisu nie wynika wymaganie zatrudnianie podwykonawców, w tym lokalnych – wykonawca może wykazać, że samodzielnie poznał warunki prowadzenia robót i posiada niezbędne zdolności.

Odnośnie Podkryterium „Jakość mock`up elewacji” Izba przede wszystkim stwierdza, że kwestia elewacji była

przedmiotem dialogu i wykonawcy - jak podkreślał Zamawiający – byli świadomi, że takie kryterium będzie stosowane. W tym przypadku to wykonawca żądając usunięcia tego Podkryterium w całości nie wykazał, że jego ustanowienie narusza art. 241 ust.2 Pzp czy art. 242 ust.2 pkt 5 ustawy, a mianowicie, że nie ma ono związku z przedmiotem zamówienia oraz, że nie może mieć znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia. Przede wszystkim to podkryetrium dotyczy robót budowlanych. Natomiast wykonawca w uzasadnieniu żądania wskazuje, że *"Żądana do wykonania makieta nie ma żadnej wartości artystycznej, jest standardowym elementem stalowym z blachy mocowanej na śruby i w każdym wypadku ma wypełniać wymogi opisane w dokumentacji technicznej".* Natomiast z opisu tego podkryterium wynika, że ocena ma dotyczyć jakości oraz estetyki wykonania tej makiety, która poddaje się bardziej precyzyjnej kwantyfikacji, niż opisana w specyfikacji, jednakże jak Izba wskazała wymaga to – także w ramach tego Podkryterium - precyzyjnego określenia cech czy parametrów i przyporządkowania punktacji.

W odniesieniu do zarzutu sprzeczności pomiędzy ocenianymi cechami w podkryteriach „Podwykonawstwo", „Potencjał kadrowy" i „Kompetencje kierownictwa budowy" z uwagi na uwzględnienie w zasadach oceny ofert w tych kryteriach odniesień do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, Izba zwraca uwagę, że powyższe sformułowanie ma zdefiniować – w przypadku Potencjału i Kompetencji - jak należy rozumieć ocenianą stałość współpracy wskazywanych kandydatów z wykonawcą. W tym przypadku Odwołujący nie wykazał jak użyte sformułowanie narusza wskazane przepisy Pzp. Izba zwraca uwagę, że przepisy Pzp (rozwiązanie przewidziane m.in. w art. 95 ustawy) umożliwiają zamawiającemu określenie wymagań związanych z realizacją zamówienia, które mogą obejmować m.in. wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób zaangażowanych w realizację zamówienia.

Co do wymogu obowiązku zatrudniania BIM Manager bezpośrednio przez Generalnego Wykonawcę Izba zwraca uwagę, że sporządzenie dokumentacji BIM obiektu i zatrudnienie BIM Managera było przedmiotem dialogu, w trakcie którego wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, wykazywali kompetencje w tym zakresie. Także co do braku przeszkód zatrudnienia BIM Manegera. Tak jak podkreślał Zamawiający w toku rozprawy -to narzędzie będzie używane przez cały czas budowy do bieżącego zarządzania budową, a po jej zakończeniu będzie służyć do zarządzania obiektem. Od jakości wykonania tej części zamówienia będzie zależeć nie tylko proces budowy, ale i długoletniego utrzymania. Tym samym jest to dla Zamawiającego kluczowy element zamówienia i stąd wymaganie, aby wykonawca ten zakres prac wykonywał przy pomocy własnego zespołu.

Co do wymaganego w Potencjale Kadrowym wykazania osoby „projektanta" zdaniem Izby – wykonawca nie wykazał, aby takie wymaganie byłoby nadmiernym czy nieproporcjonalnym. Ponadto to wymaganie – jak podał Zamawiający – jest związane z realizacją zamówienia. Projektant ze strony wykonawcy jest niezbędny na etapie sporządzania BIM, a także później do współpracy z autorem dokumentacji projektowej.

Co do Podkryterium „Kompetencje kierownictwa budowy" i usunięcia z zasad oceny odniesienia do Warszawy jako miejsca zdobywania doświadczenia oraz usunięcie doświadczenia z „architektem klasy światowej", Izba ponownie zwraca uwagę, że ten zarzut dotyczy kryterium oceny, które jest związane z przedmiotem zamówienia. W tym przypadku wykonawca nie wykazał, aby takie wymaganie naruszało wskazane przepisy Pzp.

W zakresie sprawy o sygnaturze akt: KIO 561/23 Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, tj. Kryterium 2 – Metodyka (M) – 25 % oraz Kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 15 % i wyodrębnionych w ich ramach podkryteriów poprzez zmianę wag przyznanych tym kryteriom na Kryterium 2 – Metodyka (M) 35% oraz Kryterium 3 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 5%,

Odwołujący, żądając zmiany wag kryteriów pozacenowych nie wykazał w jaki sposób podział wag % w Kryterium 2 i Kryterium 3 (25% i 15%) narusza wskazany art. 240 ust. 2 Pzp, a żądany podział (35% i 5 %) – nie narusza tego przepisu. W skazany art. 240 ust.2 Pzp stanowi: *„Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach".*

Tak jak wskazał Zamawiający na etapie prekwalifikacji Zamawiający nie oceniał potencjału kadrowego wykonawców – tym bardziej nie ma przeszkód dokonywanie takiej oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący w uzasadnieniu wniosku przyznaje, że *„Zamawiający nie sformułował żadnych warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnoszącej się do dysponowania osobami uczestniczącymi w realizacji zamówienia".* Tym samym za niezasługującą na uwzględnienie należało uznać argumentację, co do tego zarzutu, opartą na twierdzeniu, że taki podział wag (pomiędzy te dwa kryteria) jest nieproporcjonalne w stosunku do celu jakiemu mają służyć kryteria oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574,

575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), w tym jego § 7 ust. 3 pkt 1).

W myśl wskazanego przepisu: (…) *Izba rozdziela: (..) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego (…) na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych wodwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła*".

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……
……
……