

Sygn. akt: KIO 3054/23

## WYROK

z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

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 2023 r. poz. 1605, 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.

**Przewodnicząca:**

.....

Sygn. akt: KIO 3054/23

## Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie w trybie zaprojektuj i wybuduj zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 191-598067.

I. W dniu 16 października 2023 r. wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 1) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 80 mln zł brutto każdy (Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ);
- 2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora [DK] (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 3) SWZ);
- 3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Gwarancji producenta na urządzenia (Gp) (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”):

- w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji

Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 80 mln zł brutto każdy (Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ): naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia (a przy tym nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia), a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: wymagania, aby wykonawca posiadał zdolność techniczną lub zawodową w zakresie dysponowania co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji „dwóch kontraktów o wartości min. 80 mln zł brutto każdy”;

- w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielnie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora [DK] (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 3) swz): naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: ustalenia, że przedmiot i wartość punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora [DK] obejmują w szczególności odpowiednio realizację „kontraktu o wartości min. 60 mln zł brutto” zrealizowanego w formule Zaprojektuj i wybuduj na rzecz Zamawiającego z sektora finansów publicznych;
- w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielnie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Gwarancji producenta na urządzenia (Gp) (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ): naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie: ustalenia, że maksymalna długość punktowanego w ramach oceny ofert okresu Gwarancji producenta na urządzenia (Gp) wynosić ma więcej niż 60 miesięcy, tj. 120 miesięcy.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazanego w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielnie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia (Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ) w ten sposób, że Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ (i odpowiednio Ogłoszenie o zamówieniu) dot. osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora otrzyma nową następującą treść:

„co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku lub budynków o powierzchni łącznej 2500m<sup>2</sup> budynków dla każdego kontraktu i wartości min. 30 mln zł brutto każdy kontrakt”;

- zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora [DK] (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 3) SWZ) w ten sposób, że w Rozdziale XX, pkt 2, ppkt 3) SWZ) akapit drugi otrzyma następującą treść:

„Punktacji podlegać będzie liczba zrealizowanych usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, przy realizacji kontraktu o wartości min. 30 mln zł brutto dotyczącego budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku lub budynków o powierzchni łącznej 2500m<sup>2</sup> budynków dla kontraktu, zrealizowanego w formule Zaprojektuj i wybuduj na rzecz Zamawiającego z sektora finansów publicznych.”;

- zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Gwarancji producenta na urządzenia (Gp) (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ) w ten sposób, że w Rozdziale XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ) akapit drugi otrzyma następującą treść:

„Ocenie w ramach kryterium będzie podlegać okres gwarancji udzielany przez producenta urządzenia, który nie może być krótszy niż 24 miesiące j nie dłuższy niż 60 miesięcy.”.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził:

#### Zarzut nr 1

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przy tym nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia, opisuje warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego dla osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora (Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ). Wymaganie w odniesieniu do wskazanej osoby pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 80 mln zł brutto każdy oznacza w praktyce, że wskazane osoby musiałyby pełnić funkcję w odniesieniu do realizacji znacznie większych przedmiotowo od realizacji przewidzianej do wykonania w niniejszej sprawie. W czasie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (tj. okres referencyjnego doświadczenia wskazanej osoby) koszt wykonywania inwestycji budowlanych wzrósł o ok. 35% - 40% (m.in. z uwagi na inflację, wzrost kosztów paliw, energii, gazu i skutki prowadzenia działań wojennych na terenie Ukrainy). To oznacza, że zadanie inwestycyjne o wartości w dniu dzisiejszym 80 000 000,00 zł brutto 5 lat przed upływem terminu składania ofert warte było ok. 45 000 000,00 — 50 000 000,00 zł brutto. W konsekwencji także zadanie inwestycyjne warte 80 000 000,00 zł brutto w czasie 5 lat przed upływem terminu składania ofert będzie przedmiotowo i ilościowo obejmować znacznie większy zakres robót niż zadanie inwestycyjne warte aktualnie 80 000 000,00 zł brutto i jako takie będzie całkowicie nadmierne na potrzeby weryfikacji warunków udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym. Wskazany 5-letni okres porównawczy jest o tyle adekwatny, że realizacja każdego z 2 zadań inwestycyjnych referencyjnych (tytuł wymaga Zamawiający) o zbliżonym zakresie przedmiotowym w zakresie robót budowlanych i zbliżonym poziomie skomplikowania do przedmiotu niniejszego postępowania zajmuje ok. 2,5 roku na jedno zadanie inwestycyjne. W niniejszym postępowaniu przetargowym sam Zamawiający przywiduje czas wykonywania robót budowlanych na 30 miesięcy (zgodnie z pkt 3.1. ppkt b) projektu Umowy), a dodatkowo przewiduje 12 miesięcy na wykonanie czynności dot. projektowania (zgodnie z pkt 3.1. ppkt a) projektu Umowy), co daje łącznie ok. 42 miesięcy realizacji przedmiotu Umowy/zadania inwestycyjnego. Oznacza to, że do tego, aby konkretne zadanie referencyjne miało, np. 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wartość 80 000 000,00 zł brutto, to musi ono obejmować odpowiednio znacznie większy zakres robót przedmiotowo i ilościowo niż aktualne zadanie inwestycyjne. Według jego kalkulacji niniejsze zadanie inwestycyjne jest warte mniej niż 80 000 000,00 zł brutto. Również wg danych zamieszczonych w Planie postępowań na rok 2023, dla budowy nowego obiektu o funkcji Archiwum z częścią biurową oraz wystawowo-edukacyjną, Kraków ul. Czarnieckiego 3 oraz ul. Rękawka 41, szacowana wartość zamówienia wynosi 48 000 000,00 zł netto, czyli 59 040 000,00 zł brutto. Powyższe oznacza także, że zadanie referencyjne dla doświadczenia wskazanej osoby, mające mieć 5 lat przed upływem terminu składania ofert wartość 80 000 000,00 zł brutto, musiałyby mieć także znacznie większy zakres przedmiotowy od zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego. Takie oczekiwanie Zamawiającego jest wprost sprzeczne w szczególności z przepisami wskazanymi w zarzutach odwołania i wnioskami wynikającymi z orzecznictwa. Wartość inwestycji referencyjnej sama z siebie nie powinna być traktowana jako jedyny kluczowy czynnik determinujący kwestię nabycia przez osobę wskazaną przez wykonawcę doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ramach konkretnych realizacji są bowiem powielane konkretne zakresy robót budowlanych (co zwiększa wartość samej inwestycji), ale z samego faktu wielokrotnego wykonywania tych samych zakresów robót budowlanych nie wynika automatycznie nabywanie wciąż nowego i unikatowego doświadczenia przez konkretne osoby. Zamawiający przedmiot inwestycji referencyjnych w istocie w żaden sposób nie odnosi i nie nawiązuje do tego, co konkretnie jest przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego. Aktualny zapis dot. inwestycji referencyjnych wymaganych dla doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora oznacza, że np. inwestycjami referencyjnymi mogą być np. inwestycje drogowe, które przedmiotowo dotyczą całkowicie innych zadań inwestycyjnych i nie mają praktycznie nic wspólnego z przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego. Jednocześnie takie ukształtowanie przez Zamawiającego wskazanych postanowień sprawia w istocie, że w postępowaniu przetargowym promowane będą potencjalnie podmioty wskazujące do realizacji przedmiotu zamówienia osoby z doświadczeniem wywodzonym z realizacji całkowicie innych przedmiotowo od przedmiotu niniejszego postępowania przetargowego. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w odniesieniu do osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora Zamawiający powinien wskazać powyżej wartość inwestycji referencyjnych stosownie obniżyć, a także przedmiot inwestycji referencyjnych wskazanych dla doświadczenia dostosować do przedmiotu niniejszego postępowania przetargowego.

#### Zarzut nr 2

Odwołujący stwierdził, że zmian w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora wymagają także kryteria i sposób oceny ofert oraz przyznawania punktów (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 3) SWZ). Odwołujący wskazał, że argumenty przedstawione powyżej mają pełne zastosowanie także do kwestii oceny ofert i przyznawania punktów za doświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela

Wykonawcy/Koordynatora. W szczególności wartość inwestycji referencyjnych 60 000 000,00 zł, mając na uwadze czasookres wykonywania inwestycji o przedmiocie zbliżonym do niniejszego postępowania przetargowego, wskazuje, że wymienione inwestycje mogą być potencjalnie wykonane nawet w czasie ok. 10 lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z SWZ muszą to być bowiem inwestycje referencyjne inne niż na spełnienie warunku udziału w postępowaniu co do doświadczenia wskazanej osoby). W tym czasie wzrost kosztów wykonania zadań inwestycyjnych wynosił nawet ok. 60%. Jest również zasadne, aby zadania inwestycyjne „punktowane” w ramach doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora, związane były z wykonywaniem przedmiotowo robót pozwalających nabyć doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie. W aktualnych postanowieniach SWZ dopuszczalnym jest przyznawanie punktów za zadania referencyjne w istocie niezwiązane przedmiotowo w żaden sposób z wykonywaniem przedmiotu niniejszego postępowania przetargowego i nie dające żadnego dodatkowego doświadczenia na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia. Aktualne jest także stanowisko, że wartość robót z inwestycji referencyjnej nie powinna być traktowana jako jedyny kluczowy czynnik determinujący kwestię nabycia przez osobę wskazaną przez wykonawcę punkowanego doświadczenia na potrzeby wykonywania przedmiotu zamówienia. W ramach konkretnych realizacji są bowiem powielane konkretne zakresy robót (co zwiększa wartość inwestycji), ale z samego faktu wielokrotnego wykonywania tych samych zakresów robót nie wynika nabywanie wciąż nowego, unikatowego doświadczenia przez konkretne osoby na potrzeby przyznawania punktów w ramach oceny ofert za doświadczenie wskazanej osoby.

### Zarzut nr 3

Za nadmierne Odwołujący uznał również wymagania Zamawiającego dot. kryteriów i oceny ofert oraz przyznawania punktów w odniesieniu do kryterium Gwarancji producenta na urządzenia (Gp) (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ). Zgodnie z postanowieniem SWZ maksymalna wymagana przez Zamawiającego długość okresu gwarancji producenta, pozwalająca uzyskać maksymalną/pełną ilość punktów w ramach wskazanego kryterium, wynosi 120 miesięcy. Odwołujący zwrócił uwagę, że w odniesieniu do urządzeń wskazywanych przez Zamawiającego w ramach wymienionego kryterium oceny ofert (w szczególności agregaty wody lodowej/chłodnicze, centrale wentylacyjne, bramy przesuwne ze sterowaniem elektrycznym, dźwigi windowe itp.), standardem rynkowym jest gwarancja producenta na 24 miesiące, którą można wydłużyć za dodatkową opłatą/wynagrodzeniem do 60 miesięcy, a okazjonalnie do 72 miesięcy. W praktyce nie ma natomiast możliwości uzyskiwania dla wskazanych urządzeń gwarancji producenta na 120 miesięcy. Wskazany wymóg Zamawiającego jest nadmierny, a przy tym w praktyce niemożliwy do spełnienia w realiach rynkowych (w konsekwencji czego w praktyce nie jest możliwe uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach danego kryterium). Oczekiwanie Zamawiającego 120 miesięcy gwarancji producenta w istocie odnosi się do urządzeń intensywnie eksploatowanych i użytkowanych, tj. urządzeń narażonych na szybsze i intensywne zużycie. Oznacza to, że wykonawca składający ofertę musiałby uwzględnić w cenie ofertowej rezerwę nawet na potencjalną konieczność ponownego zakupu takich urządzeń. To zaś skutkować będzie znacznym podwyższeniem cen ofertowych.

II. Pismem wniesionym w dniu 27 października 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o:

- umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 1 i 3 - z uwagi na to, że dalsze prowadzenie postępowania w tym zakresie jest zbędne - i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, ewentualnie
- oddalenie odwołania w całości;

Uzasadniając stanowisko zajęte w sprawie Zamawiający wskazał, co następuje:

Wartość zamówienia obejmująca planowane koszty prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym wynosi 86 770 054, 12 zł netto, co daje 106 727 166, 57 zł brutto (dowody: 1 ) analiza potrzeb i wymagań sporządzona przed wszczęciem postępowania publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne z dnia 12 lipca 2023 r.; 2) wniosek zakupowy nr 2662/2023). Zamawiający pismem z dnia 12 października 2023 r. (znak BAG-V4-280-108(3)/23) które zostało zamieszczone na stronie internetowej, na której udostępniane są zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia, poinformował o dokonanej zmianie zapisów SWZ poprzez nadanie w rozdziale IX w ust. I:

1) pkt 1.4.1 brzmienia:

„1.4.1 wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

- a)dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorsowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m2 każda,
- b)jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorsowej budowy nowego budynku o funkcji

biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup>, na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków),  
c) dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup> każdy.”

2) w pkt 1.4.2 ppkt 1 brzmienia :

„1) co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta/architekta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą doświadczenie w realizacji co najmniej 2 usług w zakresie opracowania dokumentacji projektowej budowy nowego budynku na funkcje biurowo konferencyjne o powierzchni użytkowej min. 2500 m<sup>2</sup> każda na terenie objętym ochroną konserwatorską (należy wskazać Inwestora, nazwę i adres inwestycji);”

Dowody: 1) pismo z dnia 12 października 2023 r. (znak BAG-V4-280-108(3)/23), 2) wykaz dokumentów zamieszczonych na stronie internetowej;

Zamawiający pismem z dnia 20 października 2023 r. (znak BAG-V4-280-108(9)/23) które zostało zamieszczone na stronie internetowej wskazanej w SWZ, na której udostępniane są zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia, poinformował o dokonanej zmianie zapisów SWZ:

1) w rozdziale IX w ust. 1 w pkt 1.4.2 poprzez nadanie ppkt 5 brzmienia:

„5) co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 60 mln zł brutto każdy;”

2) w rozdziale XX w pkt 2 poprzez nadanie ppkt 5 brzmienia:

„5) Gwarancja producenta na urządzenia (Gp)

W przedmiotowym kryterium Zamawiający wskazuje urządzenia, które muszą być objęte punktowanym okresem gwarancyjnym:

- szafy klimatyzacji precyzyjnej
- agregaty chłodnicze
- centrale wentylacyjne
- centrale alarmowa SSWiN
- brama przesuwna ze sterowaniem elektrycznym
- dźwigi windowe
- regaly przesuwne

Ocenie w ramach kryterium będzie podlegać okres gwarancji udzielany przez producenta urządzenia, który nie może być krótszy niż 24 miesiące i nie dłuższy niż 60 miesięcy.

Liczba punktów przydzielona w tym kryterium poszczególnym Wykonawcom ustalona zostanie zgodnie z poniższym wzorem:

$G_p = G_{po} / G_{max} \times 5$

$G_p$  — liczba otrzymanych punktów za kryterium „Gwarancja producenta na urządzenia”

$G_{po}$  — okres gwarancji producenta na urządzenia oferty ocenianej

$G_{max}$  —najdłuższy okres gwarancji (60 m-cy)

- W przypadku nie wpisania okresu gwarancji, Zamawiający przyzna 0 pkt, zakładając jednocześnie, że Wykonawca zapewnia wymagane 24 miesiące.
- W przypadku zaoferowania gwarancji krótszej niż 24 miesiące to Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia.
- W przypadku zaoferowania gwarancji dłuższej niż 60 miesięcy Zamawiający założy maksymalny okres gwarancji tj. 60 miesięcy.

UWAGA! Zadeklarowana w Formularzu ofertowym ilość miesięcy powinna być wyrażona w pełnych miesiącach.”

Dowody: 1) pismo z dnia 20 października 2023 r. (znak BAG-V4-280-108(9)/23), 2) wykaz dokumentów zamieszczonych na stronie internetowej.

W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdził, że postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone na podstawie

art. 568 pkt 2 Pzp w zakresie zarzutów nr 1 i 3 z uwagi na to, że dalsze jego prowadzenie stało się zbędne. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany postanowień SWZ objętych zarzutami odwołania. Na dzień posiedzenia nie istnieją postanowienia SWZ, do których odnoszą się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionuje Odwołujący.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę ww. wniosku o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów nr 1 i 3 Zamawiający przedstawił uzasadnienie na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości:

#### Zarzut nr 1

Zdaniem Zamawiającego zarzut ten jest konsekwencją przyjęcia przez Odwołującego założenia, że „niniejsze zadanie inwestycyjne jest warte mniej niż 80 000 000,00 zł brutto.” Zamawiający zaprzecza temu twierdzeniu, jak i twierdzeniom Odwołującego o tym, że koszt wykonywania inwestycji budowlanych wzrósł o ok. 35% - 40% i że zadania referencyjne dla doświadczenia wskazanej osoby, mające mieć 5 lat przed upływem terminu składania ofert wartość 80 000 000, 00 zł brutto, musiałyby mieć znacznie większy zakres przedmiotowy od zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego. Za uznaniem, że wartość zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego postępowania jest mniejsza niż 80 000 000, 00 zł, nie przemawia również szacowana wartość zamówienia na kwotę 48 000 000,00 zł netto, czyli 59 040 000,00 zł brutto, ujawniona w Planie postępowań Zamawiającego na rok 2023. Kwota ta, jak wynika z art. 23 ust. 3 pkt 4 Pzp, jest jedynie orientacyjną wartością zamówienia. Wartość zamówienia obejmująca planowane koszty prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym została ustalona, zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 2 Pzp, na kwotę 86 770 054, 12 zł netto, co daje kwotę 106 727 166, 57 zł brutto. Odwołujący nie wskazał dlaczego żąda, aby wartość inwestycji referencyjnych została zmieniona na 30 000 000,00 zł. Mając jednakże na uwadze, że w odwołaniu Odwołujący powołał się na kwotę wskazaną w Planie zamówień Zamawiającego na rok 2023 i na tej podstawie wskazał, że wartość zadania inwestycyjnego wynosi 59 040 000,00 zł brutto należy stwierdzić, że wskazana w żądaniu co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania wartość inwestycji referencyjnej (30 000 000,00 zł) stanowi ok. 51% tej kwoty (59 040 000,00 zł brutto). Wartość inwestycji referencyjnej została w wyniku modyfikacji postanowień SWZ z dnia 20 października 2023 r. ustalona przez Zamawiającego ustalona na kwotę 60 000 000,00 zł brutto, co stanowi ok. 56% wartości zadania inwestycyjnego (106 727 166,57 zł brutto). Wartość inwestycji referencyjnej została zatem ustalona przez Zamawiającego na zbliżonym poziomie jak wskazany przez Odwołującego w żądaniu co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, w stosunku do przyjętej wartości zadania inwestycyjnego. Ustalenie wartości inwestycji referencyjnej na żądanym przez Odwołującego poziomie oznaczałoby, że wartość ta stanowi jedynie 28% wartości objętego postępowaniem zadania inwestycyjnego, co uniemożliwiłoby Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wymaga, aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora miała doświadczenie w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika projektu lub na stanowisku równorzędnym. Przez doświadczenie rozumieć należy potwierdzone w praktyce posiadanie powtarzalnych umiejętności niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia. W przypadku tej osoby doświadczenie to dotyczy całościowego i kompleksowego zarządzania, koordynowania współpracy między wszystkimi uczestnikami realizacji inwestycji i prowadzenia spraw z zakresu rozliczeń z podwykonawcami. W przypadku doświadczenia tej osoby istotna jest zatem wielkość inwestycji determinowana przez jej wartość a nie rodzaj inwestycji. Odnosząc się do przykładu podanego przez Odwołującego Zamawiający zauważył, że ilość uczestników realizujących inwestycje drogowe jest nierzadko większa niż ilość uczestników realizujących budynki o powierzchni 2500 m<sup>2</sup>. Zarówno jednak w inwestycji objętej przedmiotem postępowania jak i inwestycji drogowej występują podwykonawcy, co rodzi konieczność prowadzenia spraw związanych z rozliczeniami z nimi.

#### Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał, że argumenty przedstawione co do wartości inwestycji referencyjnej w odniesieniu do zarzutu nr 1 mają pełne zastosowanie również do kwestii oceny ofert i przyznawania punktów za doświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora. Pełne zastosowanie ma również argumentacja w zakresie doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora. Dodatkowo wskazać należy, że punktacji podlega „liczba zrealizowanych usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, przy realizacji kontraktu o wartości min. 60 mln zł brutto zrealizowanego w formule Zaprojektuj i wybuduj”. To, iż punktacji podlega nie każdy Kontrakt, ale jedynie ten zrealizowany w formule Zaprojektuj i wybuduj, zostało całkowicie pominięte w żądaniu co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Nadanie zatem brzmienia opisowi punktacji doświadczenia tej osoby w sposób wskazany w żądaniu co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania prowadziłyby do ukształtowania go w sposób niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

#### Zarzut nr 3

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego jakoby w ramach kryterium „Gwarancja producenta na urządzenia (Gp)” (rozdział XX, pkt 2, pppkt 5 SWZ) wprowadził maksymalną wymaganą przez Zamawiającego długość okresu gwarancji producenta. Stwierdził, że opisując to kryterium wskazał jedynie graniczne wartości długości gwarancji, w

których będzie dokonywał oceny zaoferowanej gwarancji producenta. Zamawiający zapisał, że „w przypadku zaoferowania gwarancji dłuższej niż 120 miesięcy Zamawiający założy maksymalny okres gwarancji tj. 120 miesięcy”. Taki zapis nie uniemożliwia zaoferowania przez wykonawcę dłuższej gwarancji producenta niż 120 miesięcy, ogranicza natomiast możliwość uzyskania punktów w ramach tego kryterium jedynie dla gwarancji w tej wysokości. Za nieprawdziwe uznał twierdzenie Odwołującego, że określenie górnej granicy gwarancji, która podlega punktacji, na 120 miesięcy, powoduje, że „w praktyce nie jest możliwe uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach danego kryterium.” To nie maksymalna liczba miesięcy gwarancji określona w SWZ determinuje możliwość uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium, a wartość zaoferowanej przez Wykonawcę długości gwarancji producenta. Zdaniem Zamawiającego ww. kryterium oceny ofert nie narusza art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż kryterium to jest związane z przedmiotem zamówienia. Kryterium to nie narusza również art. 16 pkt 1 — 3 ustawy Pzp, gdyż zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez ograniczenie maksymalnej długości gwarancji producenta urzędnika, która podlegać będzie punktacji.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

IV. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 października 2023 r. Odwołujący oświadczył, że:

- dokonane przez Zamawiającego zmiany SWZ uwzględniają podniesiony w odwołaniu zarzut nr 3;
- w przypadku nieuznania przez Izbę, że w tym zakresie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, za aktualne należy uznać oświadczenie Odwołującego o wycofaniu tego zarzutu;
- podtrzymał zarzut nr 1, stwierdzając, że pomimo dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji pozostaje on aktualny.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W pierwotnej wersji SWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Ocenie w ramach kryterium będzie podlegać okres gwarancji udzielany przez producenta urzędnika, który nie może być krótszy niż 24 miesiące i nie dłuższy niż 120 miesięcy.(Rozdział XX, pkt 2, ppkt 5) SWZ).”.

Odwołujący wnosił o zmianę ww. postanowienia w ten sposób, że: „Ocenie w ramach kryterium będzie podlegać okres gwarancji udzielany przez producenta urzędnika, który nie może być krótszy niż 24 miesiące j nie dłuższy niż 60 miesięcy.”.

Zamawiający zmodyfikował ww. postanowienie w następujący sposób: „Ocenie w ramach kryterium będzie podlegać okres gwarancji udzielany przez producenta urzędnika, który nie może być krótszy niż 24 miesiące i nie dłuższy niż 60 miesięcy.”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający w całości uwzględnił zarzut nr 3 i zmodyfikował zaskarżone postanowienie SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut nr 1 i 2

W SWZ (wersja aktualna na dzień złożenia odwołania) Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 80 mln zł brutto każdy. (Rozdział IX, ust. 1, pkt 1.4.2, ppkt 5) SWZ)

Zaskarżając ww. postanowienie Odwołujący wniósł o modyfikację warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, aby dotyczył on dysponowania „co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku lub budynków o powierzchni łącznej 2500m2 budynków dla każdego kontraktu i wartości min. 30 mln zł brutto każdy kontrakt”.

Zamawiający dokonał modyfikacji ww. warunku udziału w ten sposób, że będzie on dotyczył dysponowania „co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora posiadającą, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch kontraktów o wartości min. 60 mln zł brutto każdy;”.

Ponadto, w SWZ Zamawiający przewidział, że Punktacji podlegać będzie liczba zrealizowanych usług polegających na

pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, przy realizacji kontraktu o wartości min. 60 mln zł brutto zrealizowanego w formule Zaprojektuj i wybuduj na rzecz Zamawiającego z sektora finansów publicznych.” (Rozdział XX, pkt 2, ppkt 3) SWZ)

Odwołujący wnosił o modyfikację ww. postanowienia SWZ w następujący sposób: „Punktacji podlegać będzie liczba zrealizowanych usług polegających na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu lub na stanowisku równorzędnym, przy realizacji kontraktu o wartości min. 30 mln zł brutto dotyczącego budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku lub budynków o powierzchni łącznej 2500m<sup>2</sup> budynków dla kontraktu, zrealizowanego w formule Zaprojektuj i wybuduj na rzecz Zamawiającego z sektora finansów publicznych.”.

W zakresie wymogu dotyczącego wartości inwestycji Odwołujący oparł swoje zarzuty przede wszystkim na dwóch założeniach, tj. po pierwsze, że wartość zamówienia objętego postępowaniem wynosi mniej niż 80 000 000,00 zł brutto. Odwołujący powołał się również na treść Planu postępowań na rok 2023, zgodnie z którym dla budowy nowego obiektu o funkcji Archiwum z częścią biurową oraz wystawowo-edukacyjną szacowana wartość zamówienia wynosi 48 000 000,00 zł netto, czyli 59 040 000,00 zł brutto. Po drugie, Odwołujący stwierdził, że koszt wykonywania inwestycji budowlanych w okresie ostatnich 5 lat wzrósł o ok. 35% - 40%. Wprawdzie w ramach uzasadnienia zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że wzrost kosztów wykonania zadań inwestycyjnych wynosił nawet ok. 60%, jednakże w ramach ustnego stanowiska na rozprawie Odwołujący ponownie wskazywał na poziom 1/3 do 40%. Taki też poziom zmiany kosztów realizacji inwestycji wynikał ze złożonych przez Odwołującego dowodów.

Wskazywana przez Odwołującego wartość zamówienia nie została jednak w żaden sposób udowodniona. Jak wynika z art. 23 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w planie postępowań o udzielenie zamówień wskazuje się orientacyjną wartość zamówienia. Jak natomiast podał Zamawiający szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 86 770 054,12 zł netto, co daje kwotę 106 727 166,57 zł brutto. Druga z ww. kwot została opublikowana przez Zamawiającego jako kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym, Izba uznała, że do oceny wymogu w zakresie wartości inwestycji należy przyjąć kwotę zamówienia podaną przez Zamawiającego jako szacunkowa wartość zamówienia, powiększoną o podatek VAT. Wartość inwestycji podana przez Odwołującego nie została bowiem udowodniona. Pomniejszając wartość zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego (uprzednio powiększoną o podatek VAT) o 40% otrzymujemy kwotę 64 036 299,94 zł, a zatem wyższą niż wskazana w warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert. Licząc w inny sposób, tj. powiększając kwotę 60 000 000,00 zł o 40% otrzymujemy wartość 84 000 000,00 zł. Mając na uwadze powyższe, należało stwierdzić, że nie potwierdził się zarzut, że wartość inwestycji wskazana w treści warunku oraz kryterium przewyższa wartość zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania ograniczenia przedmiotowego inwestycji objętej warunkiem udziału w postępowaniu należy wskazać, co następuje: Zgodnie z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z przepisu tego wynika, że zamawiający ma swobodę decydowania o tym, czy warunki udziału w postępowaniu zostaną w ogóle ustanowione. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi uwzględnić obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, np. art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący czego mogą dotyczyć ustanowione w postępowaniu warunki. Mając jednak na uwadze regulację art. 57 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że ustanowienie warunków umożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu kręgowi wykonawców co do zasady należy uznać za dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp – skoro ustawa dopuszcza możliwość w ogóle odstępiania od ustalania warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 244): „W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są kształtowane przez samego zamawiającego z uwzględnieniem jego potrzeb. Swoboda określenia przez zamawiającego warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.” W związku z powyższym przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Warunki powinny być określone na minimalnym poziomie, wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Natomiast zdolności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert.

Ponadto, w odniesieniu do ww. zarzutu sformułowanego zarówno w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert, Izba za zasadną uznała argumentację Zamawiającego, który wskazywał, że w przypadku Przedstawiciela Wykonawcy/Koordynatora istotne znaczenie ma doświadczenie w zakresie „całościowego i

kompleksowego zarządzania, koordynowania współpracy między wszystkimi uczestnikami realizacji inwestycji i prowadzenia spraw z zakresu rozliczeń z podwykonawcami.” W przypadku doświadczenia tej osoby istotna jest zatem wielkość inwestycji, która bardziej determinowana jest przez jej wartość, a nie rodzaj inwestycji. Chodzi zatem o posiadanie doświadczenia w zarządzaniu inwestycjami o podobnej skali jak ta objęta przedmiotem zamówienia, a nie doświadczenie takie jakie nabywa przy realizacji inwestycji kierownik budowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca:** .....