

**sygn. akt: KIO 2112/16, sygn. akt: KIO 2122/16**

**WYROK**

**z dnia 30 listopada 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2016 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada br. przez wykonawcę Skanska spółka akcyjna w Warszawie (sygn. akt: KIO 2112/16) i wykonawcę Warbud spółka akcyjna w Warszawie (sygn. akt: KIO 2122/16) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Archiwum Narodowe w Krakowie

przy udziale wykonawcy Chemobudowa Kraków spółka akcyjna w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2112/16 i sygn. akt KIO 2122/16 po stronie odwołujących, oraz przy udziale wykonawcy Skanska spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2122/16 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu wykreślenie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunku udziału w postępowaniu, określonego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz kryterium oceny ofert, określonego w Rozdziale 7 pkt 7.2. ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Archiwum Narodowe w Krakowie i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Skanska spółka akcyjna w Warszawie i wykonawcę Warbud spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od obu odwołań,

2) zasądza od Archiwum Narodowego w Krakowie na rzecz wykonawcy Skanska spółka akcyjna w Warszawie i wykonawcy Warbud spółka akcyjna w Warszawie łącznie kwotę 40 000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, tj. dla każdego z wykonawców kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

I. Archiwum Narodowe w Krakowie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „**Budowa nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie**”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 października 2016 r., poz. 2016/S 209-377736. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

### **Sygn. akt KIO 2112/16**

W dniu 7 listopada 2016 r. Skanska spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie:

1. Wobec ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, określonego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2 SIWZ warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia - „Wykonawca winien legitymować się wykonaniem w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, łącznie: (...)

4) co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.), lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc). Zamawiający poprzez „budowę” rozumie wykonanie nowego budynku w określonym miejscu: przez budowę nie należy rozumieć odbudowy, rozbudowy, nadbudowy budynku. Zamawiający poprzez budynek rozumie obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Zamawiający uzna wyłącznie roboty budowlane opisane powyżej, które dodatkowo obejmowały etap procesu inwestycyjnego, w którym powstał fundament, ściany oraz dach. Powyższe rozumienie pojęcia budynek odnosi się do słowa budynek użytego we

wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, niezgodnie z przepisami ustawy, tj. w sposób, który bezzasadnie ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, a to w szczególności, naruszenie:

- art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez ustalenie i opisanie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu Zamówienia oraz ograniczający krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu i ubiegać się o udzielenie Zamówienia,

W konsekwencji powyższego, Odwołujący wnosił o:

- zmianę warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2 SIWZ poprzez dopuszczenie Wykonawców posiadających zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w budowie rozumianej jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, a tym samym o zmianę zapisu w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca winien legitymować się wykonaniem w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, łącznie: (...)

(...) co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku, należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB i- Budynek muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne. Budynek archiwów o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc). Zamawiający poprzez „budowę” rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zamawiający poprzez budynek rozumie obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Zamawiający uzna wyłącznie roboty budowlane opisane powyżej, które dodatkowo

obejmowały etap procesu inwestycyjnego, w którym powstał fundament, ściany oraz dach. Powyższe rozumienie pojęcia budynek odnosi się do słowa budynek użytego we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu.

Tak sformułowany zarzut, poza zacytowaniem ogólnych poglądów doktryny i orzecznictwa dotyczących ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, Odwołujący uzasadniał następująco:

Ograniczenie przez Zamawiającego we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu pojęcia „budowy” jedynie do wykonania nowego budynku w określonym miejscu wskazując jednocześnie, że przez budowę nie należy rozumieć odbudowy, rozbudowy, nadbudowy budynku nie znajduje żadnego uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W szczególności takie ograniczenie pozostaje sprzeczne z art. 3 pkt. 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2016.290 ze zm.), zwanej dalej „Prawem budowlanym”, który wprost wskazuje, że przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Skoro zatem ustawodawca definiując pojęcie budowy uznał za adekwatne zrównanie realizacji od podstaw nowego obiektu z pracami polegającymi w szczególności na odtworzeniu istniejącego wcześniej i zniszczonego obiektu budowlanego, w tym samym miejscu i z zachowaniem pierwotnej wielkości, kształtu i układu funkcjonalnego (Odbudowa) lub zmianie charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (Rozbudowa), tym samym niezrozumiałym jest odmówienie przez Zamawiającego w SIWZ tym innym formom budowy równoważnej wartości technicznej.

Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 2 ppkt. 2.1.2 Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji Inwestycji rozumianej jako budowa budynku Archiwum Narodowego na działce nr 219/15 obręb 8 Śródmieście w Krakowie wraz wewnętrzną infrastrukturą komunikacyjną i techniczną (przyłącz energii elektrycznej, wody, kanalizacji ogólnospławnej, centralnego ogrzewania, teletechniki), instalacjami wewnętrznymi, wbudowaną stacją transformatorową, naziemnymi miejscami postojowymi oraz dodatkowo z infrastrukturą techniczną (rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej ogólnospławnej ze zbiornikiem retencyjnym, oraz przebudową i uporządkowaniem istniejących sieci kolidujących z planowaną inwestycją).

Zdaniem Wykonawcy roboty budowlane wykonywane w ramach przedmiotu zamówienia

są tożsame z robotami jakie wykonuje się w ramach zadań inwestycyjnych, których przedmiotem jest odbudowa bądź rozbudowa. W szczególności do elementów robót budowlanych koniecznych do zrealizowania w ramach odbudowy, rozbudowy oraz wykonywania nowego obiektu należą: prace wykończeniowe, prace związane z pokryciem dachowym, zagospodarowaniem terenu, instalacjami. A także prace związane z elementami konstrukcyjnymi, takimi jak fundamenty, stropy, ściany, dach, których konieczność wykonania istnieje również w przypadku odbudowy w zależności od zakresu i stopnia zniszczenia obiektu odbudowywanego. Obudowa może ponadto polegać na całkowitym odtworzeniu zniszczonego obiektu. Wskazać należy, że prowadzenie robót budowlanych polegających na odbudowie bądź rozbudowie jest co do zasady przedsięwzięciem o znacznie bardziej skomplikowanym charakterze niż wykonanie nowego obiektu z uwagi na konieczność powiązania części rozbudowywanej bądź części odbudowywanej z konstrukcją części istniejącej oraz ustanowienia powiązania funkcjonalnego (instalacje, komunikacja, itp.). Z tej przyczyny za zasadne można by uznać ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w ten sposób aby Wykonawca wykazał się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie budynku, rozumianej jako odbudowa lub rozbudowa jeżeli przedmiotem zamówienia byłoby wykonanie właśnie takich robót.

W świetle powyższego należy – w ocenie Odwołującego - uznać, że ukształtowanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu poprzez ograniczenie pojęcia „budowy” jedynie do wykonania nowego budynku nie jest w żaden sposób uzasadnione i nie może zostać uznane za zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu.

2. Wobec ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, określonego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.3 SIWZ warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia - „Wykonawca winien wykazać, iż dysponuje/będzie dysponował następującymi osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia: 1.Kierownik budowy, wymagania minimalne:

e) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych zgodnie z definicją zawarta w orze pisse art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r., poz. 1446 z późn. zm.) lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe.”

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, tj. w sposób, który bezzasadnie ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, a to w szczególności, naruszenie:

- art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez ustalenie i opisanie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu Zamówienia oraz ograniczający krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu i ubiegać się o udzielenie Zamówienia,

W konsekwencji powyższego, Odwołujący wnosił o:

- zmianę warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.3 SIWZ poprzez dopuszczenie Wykonawców posiadających zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wykazujących iż dysponuje/będzie dysponował kierownikiem budowy, który posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku, należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polska Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB)- Budynki muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne, Budynki archiwów. a tym samym o zmianę zapisu w Sekcji III pkt. 1 ppkt 3) ogłoszenia oraz Rozdziale 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca winien wykazać, iż dysponuje/będzie dysponował następującymi osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia: 1. Kierownik budowy, wymagania minimalne:

e) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku, należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polska Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB)- Budynki muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne, Budynki archiwów.”

3. Wobec ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, określonego w Rozdziale

7 pkt 7.2. ppkt 1) SIWZ podkryterium Doświadczenie członków Kluczowego Zespołu (a w konsekwencji podkryterium Zastępowalność Kluczowego Zespołu) - „punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

W przypadku osób wskazanych do pełnienia niżej wymienionych funkcji: a) Kierownik budowy:

za każdą inwestycję zrealizowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)] lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc), przy której dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy - po 2 pkt.”

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu wprowadzenie kryterium oceny ofert, niezgodnie z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych, tj. wprowadzenie kryterium, które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i nie może mieć znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, a to w szczególności, naruszenie:

- art. 91 ust. 2 pkt. 5) w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez ustalenie i opisanie kryterium oceny ofert w zakresie podkryterium doświadczenie członków Kluczowego Zespołu (a w konsekwencji podkryterium Zastępowalność Kluczowego Zespołu) w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu Zamówienia, a także dochowania zasady znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia.

W konsekwencji powyższego, Odwołujący wnosił o:

- zmianę kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale 7 pkt 7.2. ppkt 1) SIWZ poprzez przyznanie punktów w ramach podkryterium Doświadczenie członków Kluczowego Zespołu (a w konsekwencji podkryterium Zastępowalność Kluczowego Zespołu) w przypadku osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy za każdą inwestycję zrealizowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie budynku, należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) - Budynki muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne. Budynki archiwów, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc), przy której dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy - po 2 pkt., a tym samym

o zmianę zapisu w Rozdziale 7 pkt 7.2. ppkt 1) SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„W przypadku osób wskazanych do pełnienia niżej wymienionych funkcji: a) Kierownik budowy:

za każdą inwestycję zrealizowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie budynku, należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polska Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) - Budynki muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne. Budynki archiwów o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc), przy której dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy - po 2 pkt.

Tak sformułowany zarzuty odnośnie zakresu doświadczenia wykonawcy, kierownika zespołu oraz doświadczenia ocenianego w kryterium pozacenowym Odwołujący uzasadniał następująco:

Zamawiający w treści Ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, w tym doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wskazując, że podstawowym i głównym przeznaczeniem budynków, które Wykonawca wykonał lub przy wykonaniu których kierownik budowy, którym wykonawca dysponuje lub będzie dysponował posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, musi być przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)], lub przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Analogiczne postanowienie Zamawiający ukształtował w zakresie kryteriów oceny ofert w ramach podkryterium Doświadczenie członków Kluczowego Zespołu w stosunku do osoby pełniącej funkcję kierownika budowy.

Analiza przedstawionych warunków prowadzi do tezy, iż podstawowym kryterium oceny rzetelności Wykonawcy, badania jego wiedzy i doświadczenia oraz potencjału do wykonania przedmiotu zamówienia jest kryterium dotychczasowego doświadczenia w realizacji budynków, których przeznaczeniem jest przechowywanie zbiorów. Przedmiotowe kryterium można by uznać za zgodne z podstawowymi cechami przedmiotu zamówienia oraz charakterem prac wykonywanych w ramach Zamówienia, a także za zgodne z zasadą proporcjonalności jedynie w przypadku, gdyby Zamawiający nie zaostrzył wskazanych powyżej warunków poprzez konieczność wykazania wiedzy i doświadczenia w pracach na budynkach, których podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie

materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)], lub przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Takie przedstawienie warunków, które są nadmiernie wygórowane w sposób zupełnie nieuzasadniony eliminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalność, jakimi powinien kierować się Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia.

W załączeniu do odwołania Odwołujący przedkładał wykaz przykładowych postępowań, których przedmiotem były budynki archiwów państwowych ze wskazaniem wymogów, jakie Zamawiający stawiali Wykonawcom w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, w tym doświadczenia potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Wykaz ten uwidacznia, że w postępowaniach, których przedmiot zamówienia był analogiczny do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający stawiali Wykonawcom warunki udziału zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności, nie kształtując ich w sposób nadmiernie wygórowany, jak to ma miejsce w tym przypadku. Biorąc pod uwagę, iż postępowania dotyczyły budynków o analogicznych funkcjach, a Zamawiający nie wymagali analogicznych warunków jak w przypadku przedmiotowego postępowania, z tego wynika, iż wymogi Zamawiającego są zdecydowanie nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że nie istnieją żadne charakterystyczne parametry, które różniłyby budynki archiwów od innych budynków, w szczególności tych należących do grupy 1262 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) - Budynki muzeów i bibliotek: Muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne. Jedynym elementem, który wyróżnia budynek archiwum od innych budynków użyteczności publicznej jest funkcja, jaką budynek ten ma pełnić. Funkcja budynku w żaden sposób nie determinuje jednak większego stopnia skomplikowania robót budowlanych niż przy budynkach innego przeznaczenia o podobnej kubaturze czy technologii wykonania robót, w szczególności jeżeli przedmiotem zamówienia - jak w tym przypadku - nie jest wyposażenie budynku. Odniesienie się przez Zamawiającego do budynków, których podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych lub przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe, w kontekście ustawowych definicji tych pojęć wyłącza wszelkie obiekty, służące do przechowywania określonych zbiorów, które jednak nie stanowią

„materiałów archiwalnych lub obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe”. Takie ograniczenie stanowi oczywiste naruszenie zasady proporcjonalności zwłaszcza, że obiekty takie jak muzea, galerie sztuki, czy biblioteki, które w obecnym brzmieniu postanowień ogłoszenia oraz SIWZ nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego często charakteryzują się znacznie wyższymi standardami wykonania z uwagi na wartość przechowywanych w nich zasobów.

W ocenie Odwołującego stosownie do wskazanych powyżej argumentów również kryterium oceny ofert kształtowane poprzez przyznanie punktów w ramach podkryterium Doświadczenie członków Kluczowego Zespołu w przypadku osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy za każdą inwestycję zrealizowaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r, o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)] lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i jednocześnie naruszenie art. 91 ust. 2d pkt. 5) Prawa zamówień publicznych, który wskazuje na możliwość wprowadzenia kryterium oceny ofert w zakresie organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wyłącznie jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Odwołujący zauważał, że kluczową wartością wyrażoną w zgodzie z art. 91 ust 2d pkt 5) jest wyrażenie: „znaczący wpływ”. Zgodnie z definicją językową (Internetowy Słownik Języka polskiego) znaczący oznacza: *mający duże znaczenie, odgrywający ważną rolę; istotny, ważny*. Ponadto jak wskazano w motywie 94 preambuły dyrektywy zamówieniowej *„każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty”*.

Jak Odwołujący wskazywał, doświadczenie, czy to Wykonawcy w realizacji budynków, czy osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy przy kierowaniu realizacją budynków, których przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów lub obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe - **nie wpływa znacząco na jakość wykonania zamówienia**. Biorąc pod uwagę fakt, iż zadaniem Wykonawcy i jego personelu jest głównie prawidłowe odczytanie dokumentacji projektowej (za której treść nie ponosi odpowiedzialności), a następnie

wykonanie robót według tej dokumentacji - niezgodnym z duchem przepisu jest stawianie wymogów dotyczących doświadczenia w realizacji **budynku o funkcji wyspecjalizowanej tylko do jednego aspektu** - przechowywania materiałów lub obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Z żadnych warunków technicznych również nie wynika, iż odmiennie realizowane są prace budowlane w budynkach gdzie przewidziana jest funkcja archiwum, niekoniecznie zawierającego zbiory stanowiące dziedzictwo narodowe.

### **Sygn. akt KIO 2122/16**

W dniu 7 listopada 2016 r. Warbud spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie:

1. Art. 22 ust. 1a w związku z art. 22 d ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję;
2. Art. 22 ust. 1a w związku z art. 22 d ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, tj. Kierownikiem budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję;
3. art. 91 ust. 2 pkt 5) oraz ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez określenie kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy, które nie ma znaczącego wpływu na jakość realizacji zamówienia;
4. art. 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz w związku z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także w sposób nieprecyzujący zakresu świadczenia Wykonawcy, co w konsekwencji prowadzi do zachwiania równowagi świadczeń i odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, oraz uniemożliwia prawidłową wycenę oferty z powodu niemożności przewidzenia wszystkich ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji umowy, a przerzuconych na Wykonawcę.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz zmiany wszystkich postanowień wzoru umowy (i odpowiednio ogłoszenia) będącej konsekwencją zmian SIWZ w następującym zakresie:

1. Żądania dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunku poprzez nadanie mu brzmienia w zakresie ppkt 4):

co najmniej 1 roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)], lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe, o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc).

Ewentualnie: co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych, budynku administracji publicznej, budynku muzeum lub budynku wystawienniczego o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc).

2. Żądania dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób wymaganych do skierowania do realizacji zamówienia. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunku poprzez nadanie mu brzmienia w zakresie litery e):

posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie lub przebudowie co najmniej 1 budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.)], lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe.

Ewentualnie: posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych, budynku administracji publicznej, budynku muzeum lub budynku wystawienniczego o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc).

3. Żądania dotyczące kryterium oceny ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kryterium „Zespół osób” i zastąpienia go kryterium zgodnym z Prawem zamówień publicznych, tj. kryterium nie dotyczącym właściwości wykonawcy.

#### 4. Żądania dotyczące wzoru umowy.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru Umowy poprzez:

- § 1 pkt 12) Umowy oraz postanowienia § 14 ust. 1 pkt 2) i 3), ust. 6, 7 i 9 doprecyzowanie pojęcia „wad” poprzez zastąpienie jej konstrukcją opartą na regulacji kodeksu cywilnego i uzależnienie odpowiedzialności Wykonawcy w tym zakresie od tak pojętej konstrukcji prawnej;
- Wykreślenie § 2 ust. 6 pkt 3) Umowy;
- Wykreślenie § 3 ust. 2 Umowy w zakresie obowiązku dokonywania napraw;
- Wykreślenie § 5 ust. 7 i 8 Umowy;
- Wykreślenie § 11 ust. 6 Umowy;
- Wykreślenie § 14 ust. 6 Umowy;
- Wykreślenie § 16 ust. 5 Umowy;
- Wykreślenie Załącznika nr 2a i 2b do SIWZ.

Odwołujący podniesione zarzuty uzasadnił następująco:

Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

1. W pkt 3.1.1.2. SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu m.in.

co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.), lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe, o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc).

2. Doświadczenie w wybudowaniu budynku użyteczności publicznej nie różni się stopniem skomplikowania od wybudowania budynku, którego przeznaczeniem jest

przechowywanie materiałów archiwalnych lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Tym samym niezasadne jest ograniczenie warunku, wyłącznie do tych dwóch rodzajów budynków.

3. Dodatkowo wskazać należy, iż w ostatnich latach nie budowało się w Polsce zbyt dużo budynków określonych przez Zamawiającego w tym warunku. Obiekty stanowiące dziedzictwo kulturowe często przechowywane są w przebudowanych istniejących wcześniej budynkach, często zabytkowych. Dlatego, w tym zakresie zasadnym byłoby również oprócz warunku polegającego na budowie takiego budynku dopuszczenie doświadczenia w „przebudowie” budynku o takim przeznaczeniu.

4. Postawiony przez Zamawiającego warunek, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, przez co uniemożliwia złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą je zrealizować.

5. Dla inwestycji o podobnym charakterze Zamawiający nie stawiają tożsamyh wymagań dla warunku wiedzy i doświadczenia (podawał przykłady)

Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób wymaganych do skierowania do realizacji zamówienia.

1. W pkt 3.1.1.3 SIWZ Kierownik budowy - Zamawiający wymaga aby osoba wskazana na to stanowisko spełniała następujące wymagania w zakresie doświadczenia:

c. posiada minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy,

d. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 7.000 m<sup>2</sup> (słownie: siedem tysięcy) lub o wartości brutto wykonanych robót budowlanych co najmniej 40.000.000,00 PLN (słownie: czterdzieści milionów),

e. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych [zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.), lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe.

UWAGA: W przypadku Kierownika Budowy, Zamawiający uzna, że dana osoba posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji inwestycji, o których mowa w pkt. d) i e) powyżej, jeśli osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji tej inwestycji przez cały okres jej trwania, w przypadku inwestycji trwających krócej niż 2 lata, a w przypadku inwestycji trwających dłużej niż 2 lata - przez minimum 2 lata.

2. Wymaganie jest nadmierne i nieproporcjonalne do pełnionej funkcji. Podobnie jak w przypadku doświadczenia wymaganego od Wykonawcy doświadczenie Kierownika budowy, w wybudowaniu budynku użyteczności publicznej nie różni się stopniem skomplikowania od doświadczenia w budowie budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Tym samym niezasadne jest ograniczenie warunku, wyłącznie do tych dwóch rodzajów budynków.

3. Dodatkowo wskazać należy, iż w ostatnich latach nie budowało się w Polsce zbyt dużo budynków określonych przez Zamawiającego w tym warunku. Obiekty stanowiące dziedzictwo kulturowe często przechowywane są w istniejących wcześniej, przebudowanych budynkach, również zabytkowych. Dlatego, w tym zakresie zasadnym byłoby oprócz warunku polegającego na budowie takiego budynku dopuszczenie doświadczenia w "przebudowie" budynku o takim przeznaczeniu.

4. Postawiony przez Zamawiającego warunek, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, przez co uniemożliwia złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą je zrealizować.

5. Dla inwestycji o podobnym charakterze i złożoności Zamawiający nie stawiają aż tak wygórowanych wymagań dla osoby pełniącej funkcję Kierownika budowy (podawał przykłady).

Zarzut dotyczący Kryterium oceny ofert.

1. Zamawiający, jako jedno z kryterium oceny ofert wskazał: „Zespół osób” (pkt 7.2.2 SIWZ) i poinformował, iż będzie oceniał osoby wskazane w wykazie osób, skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

2. W kryterium „Zespół osób” Wykonawca otrzyma punkty w ramach następujących podkryteriów:

- Doświadczenie członków Kluczowego Zespołu (Dkz)- 20 pkt

-Zastępowalność członków Kluczowego Zespołu (Zkz) -10 pkt

3. W ramach podkryterium „Doświadczenia członków. Kluczowego Zespołu” Zamawiający będzie przyznawał punkty za doświadczenie poszczególnych osób w realizacji zamówień tożsamych z inwestycjami wymaganymi na potwierdzenie spełniania warunków.

4. W ramach podkryterium „Zastępowalność Kluczowego Zespołu” Zamawiający przyzna punkty za wskazanie osób mogących zastępować czasowo lub stale osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które będą wskazane przez wykonawcę w ofercie jako kluczowy personel. Dla każdej osoby wskazanej w ofercie, mającej uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jako kluczowy personel można wskazać co najwyżej dwie inne osoby na zastępstwo, spełniające minimalne wymagania zamawiającego dla danej osoby kluczowego personelu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

5. Tak określone kryteria są sprzeczne w ocenie Odwołującego z treścią art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Zasadą wyrażoną w art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest, iż kryteria oceny ofert mają odnosić się do przedmiotu zamówienia. Nowelizacja nie zmieniła tej zasady. W szczególności zachowany został również przepis, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy w tym jego wiarygodności technicznej. Wymienione w pkt 5) przykładowe kryteria takie jak organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia również tej zasady nie łamią, mogą bowiem stanowić kryterium oceny ofert wyłącznie wtedy, gdy mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W przypadku przedmiotowego postępowania określone przez Zamawiającego kryterium doświadczenia osób z Kluczowego zespołu nie będzie miało wpływu na jakość wykonania zamówienia z uwagi na następujące okoliczności:

a. Zamawiający postawił stosunkowo wysokie wymagania jako warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli osoby spełnią te wymagania, to już to będzie wystarczającym potwierdzeniem doświadczenia poszczególnych osób i ich zdolności do wykonania zamówienia.

b. W przypadku zamówienia którego przedmiotem są roboty budowlane realizowane na podstawie projektów przekazanych przez Zamawiającego, osoby pełniące funkcje Kierownika budowy i kierowników robót mają niewielki wpływ na jakość wykonania zamówienia z uwagi na to, że mają obowiązek wykonywać roboty zgodnie z projektem.

c. Zdecydowanie większy wpływ na jakość miałyby, np. użyte materiały czy zastosowana

technologia, a nie doświadczenie personelu.

d. Jako drugie kryterium Zamawiający wskazał „zastępowalność zespołu”, wskazując, iż punkty będą przyznawane za to, że Wykonawca będzie dysponował osobami, które czasowo lub stale będą zastępowały osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jednak te osoby nie muszą mieć doświadczenia takiego jak osoby wskazane na poszczególne stanowiska, lecz wystarczy, że będą spełniały minimalne wymagania zamawiającego dla danej osoby kluczowego personelu. Powyższe prowadzi do patologii wykreowanej przez samego Zamawiającego, polegającej na tym, że zamówienie może zostać udzielone wykonawcy, który wskaże na pierwszym miejscu osoby posiadające największe doświadczenie w celu uzyskania najwyższej liczby punktów, a następnie zamieni te osoby na osoby „zapasowe” które takiego doświadczenia nie muszą posiadać, a które będą realizowały zamówienie.

e. W zakresie drugiego podkryterium, to konieczność zastąpienia osoby wskazanej w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków przez osobę o nie gorszych kwalifikacjach wynika z samej treści SIWZ oraz z przepisów ustawy. Zatem stworzenie kryterium z czegoś, co jest obowiązkiem każdego wykonawcy jest nieuzasadnione. Ponadto konieczność utrzymywania podwójnego czy potrójnego personelu powiększa koszty inwestycji, nie wpływając jednak na jej jakość.

f. Jeżeli zaś wykonawca nie skorzysta z „personelu” dodatkowego, to jaki wpływ na jakość robót będzie miało to kryterium?

a. Kryterium to ma szczególne znaczenie, gdyż jego wagę Zamawiający określił aż na 30%.

b. Podsumowując, kryterium „zespół osób” jest kryterium niezgodnym z art. 91 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez:

Wykreślenie kryterium „Zespół osób” i zastąpienie go kryterium zgodnym z Prawem zamówień publicznych, tj. kryterium nie dotyczącym właściwości Wykonawcy.

Zarzuty dotyczące wzoru umowy.

1. Odwołujący podkreślał, że prawo Zamawiającego do kształtowania opisu przedmiotu

zamówienia oraz postanowień wzoru umowy nie jest prawem absolutnym, ale podlega ograniczeniom ze względu na ww. przepisy i zasady prawa. Tym samym, Zamawiający nie ma pełnej dowolności w kształtowaniu stosunku obu stron, ale wszelkie wymagania i nałożone na wykonawców obowiązki powinny być racjonalnie uzasadnione i proporcjonalne, a także odpowiadać przedmiotowi zamówienia oraz obiektywnie uzasadnionym potrzebom Zamawiającego.

2. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - Istotne dla Stron postanowienia umowy zawarł postanowienia, które naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych:

3. § 1 pkt 12) Umowy definicja „wady” oraz postanowienia § 14 ust. 1 pkt 2) i 3), ust. 6, 7 i 9: „wada - cecha zmniejszająca wartość wykonanych robót ze względu na cel oznaczony w Umowie lub wykonanie niezgodnie z dokumentacją techniczną lub z obowiązującymi w tym zakresie warunkami technicznymi wykonania robót, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną, normami lub innymi dokumentami wymaganymi przepisami prawa”

Postanowienia powyższe naruszają w ocenie Odwołującego przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Definicja wady pomija podstawowy wyznacznik wady w rozumieniu kodeksu cywilnego to jest określoną niezgodność świadczenia lub jego wyniku z umową, ponadto powoduje rażąco nieprzejrzystość i niejasność definicyjną ze względu na zakres znaczeniowy użytych sformułowań, a dodatkowo także dopuszczalność rażącej uznaniowości Zamawiającego w kwalifikowaniu danych okoliczności jako wady lub nie. Poza naruszeniem równowagi stron stosunku kontraktowego taki zapis implikuje niemożliwość oszacowania ryzyka oraz zakresu odpowiedzialności Wykonawcy i tym samym niemożliwość odpowiedniego skalkulowania oferty. Tak sformułowana definicja, ze względu na jej wpływ na zakres świadczenia oraz cenotwórczy charakter jest wadliwa w odniesieniu do przepisu art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji stawia Wykonawcę w sytuacji niepewności zarówno co do oceny w zakresie prawidłowego przygotowania oferty jak i zakresu późniejszego świadczenia.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Doprecyzowania pojęcia „wady” poprzez zastąpienie jej konstrukcją opartą na regulacji kodeksu cywilnego i uzależnienie odpowiedzialności Zamawiającego w tym zakresie od tak przyjętej konstrukcji prawnej.

4. § 2 ust. 6 pkt 3) Umowy

„Generalny Wykonawca oświadcza, iż:

3) znany mu jest aktualny stan terenu budowy, stan Dokumentacji projektowej i sposoby rozwiązań konstrukcyjnych wszystkich elementów robót oraz inne czynniki mogące mieć wpływ na realizację Umowy; wszelkie zastrzeżenia Generalnego Wykonawcy dotyczące terenu budowy i dokumentacji projektowej zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie będą stanowiły podstawy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego."

Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych . W sposób nieuprawniony wbrew podstawowej zasadzie formułowania OPZ przez Zamawiającego i zgodnie z Prawem zamówień publicznych narzuca Wykonawcom przyjęciem zobowiązania do odpowiedzialności za wszelkie ryzyka w tym za wszelkie sprzeczności z OPZ przygotowanym przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie ww. postanowienia.

5. § 3 ust. 2 Umowy

„Generalny Wykonawca wykona fragment Inwestycji polegający na przebudowie drogi dojazdowej do Obiektu od ul. Rakowickiej wraz ze zjazdem z ul. Rakowickiej oraz wybudowaniem sieci wodociągowej, kanalizacyjnej i teletechnicznej pod drogą dojazdową, w terminie do 31 grudnia 2017 r. Obowiązkiem Generalnego Wykonawcy jest naprawienie do czasu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy wszelkich zniszczeń i zużycia nawierzchni drogi spowodowanych pracami budowlanymi. W razie potrzeby naprawa może polegać na wykonaniu ponownie odpowiednich prac."

Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Brak wyczerpującego i zgodnego z Prawem zamówień publicznych opisu zakresu świadczenia w postaci napraw - tym samym niemożliwości ich wyceny i złożenia konkurencyjnej oferty.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie postanowienia w zakresie obowiązku dokonywania napraw.

6. § 5 ust. 7 i 8 Umowy

7. Generalny Wykonawca potwierdza, iż przyjmuje na siebie całkowitą odpowiedzialność oraz zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności związanej z wszelkimi roszczeniami skierowanymi wobec Zamawiającego, dotyczącymi jakichkolwiek zaistniałych szkód, kosztów i wydatków związanych bezpośrednio lub pośrednio z wykonywaniem robót budowlanych, powstałych w szczególności w wyniku:

1) uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała, włącznie ze skutkiem śmiertelnym, i długotrwałą chorobą którejkolwiek z osób zatrudnionych przez Generalnego Wykonawcę lub Podwykonawców;

2) utraty lub uszkodzenia majątku Generalnego Wykonawcy, Podwykonawców oraz osób przez nich zatrudnionych;

3) utraty lub uszkodzenia majątku osób trzecich, uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała, włącznie ze skutkiem śmiertelnym, długotrwałą chorobą osób trzecich;

4) utraty lub uszkodzenia robót budowlanych, jakiegokolwiek rodzaju i powstałych w dowolny sposób.

8. Jeżeli Zamawiający poniesie jakiegokolwiek koszty w związku z roszczeniami osób trzecich w przypadkach określonych w ust 7 Generalny Wykonawca po uprzednio otrzymanym wezwaniu od Zamawiającego niezwłocznie zwróci je Zamawiającemu.

Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Niedopuszczalna regulacja w odniesieniu do specyfiki zamówienia publicznego rażąco sprzeciwiająca się jego naturze. Dodatkowo sprzeczna z przepisami kc o charakterze niedyspozytywnym np. art. 437,449,473.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie ww. postanowienia.

7. § 11 ust. 6 Umowy

„Odbiór częściowy w zakresie fragmentu Inwestycji polegającego na przebudowie drogi

dojazdowej do Obiektu wraz ze zjazdem od ul. Rakowickiej oraz wybudowaniem sieci wodociągowej, kanalizacyjnej i teletechnicznej, dokonany zostanie w obecności przedstawicieli właścicieli nieruchomości, przez które przebiega droga, z którymi Zamawiający zawarł umowę dotyczącą partycypowania w kosztach jej przebudowy oraz ewentualnych następnych właścicieli drogi."

Naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie ww. postanowienia.

#### 8. § 14 ust. 6 Umowy

„Gwarancja w zakresie robót budowlanych dotyczących przebudowy drogi dojazdowej do budynku nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie zostanie wystawiona również na deweloperów, którzy będą partycypować w kosztach przebudowy drogi tj. spółki: PURE SYSTEMS Sp. z o.o. oraz R-Budomat 2 Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Szczegółowe zasady rozliczeń między Zamawiającym a deweloperami oraz wzajemne obowiązki tych podmiotów w zakresie przeprowadzenia fragmentu Inwestycji polegającego na przebudowie drogi dojazdowej określa odrębna umowa zawarta między Zamawiającym a deweloperami."

Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie niedopuszczalności obowiązku świadczenia gwarancyjnego na rzecz podmiotów trzecich, tj. deweloperów, tym bardziej bez znajomości umowy między nimi a Zamawiającym.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie ww. postanowienia.

#### 9. § 16 ust. 5 Umowy

„W przypadku spowodowania przez Generalnego Wykonawcę szkody w mieniu Zamawiającego przy realizacji Umowy, Zamawiający wystawi notę obciążeniową, na podstawie której Generalny Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu odszkodowanie za powstałe szkody."

Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Rażące naruszenie powszechnie obowiązujących zasad odpowiedzialności za szkodę i jej naprawienia - 361 kc, statuujące w sposób niedozwolony jednostronne określanie jej wysokości przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez:

Wykreślenie ww. postanowienia.

10. Załącznik nr 2 a i 2 b do SIWZ - minimalne zapisy dotyczące umowy o podwykonawstwo dla podwykonawców robót budowlanych oraz dostaw i usług.

Zamawiający narzucił Wykonawcom treść umów podwykonawczych. Postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie daje uprawnienia Zamawiającym do narzucenia całkowitej treści umowy z podwykonawcami. Dopuszczalna jest jedynie ingerencja wyjątkowo i to w zakresie szczegółowo przewidzianych w Prawie zamówień publicznych warunków.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowienia poprzez: usunięcie z SIWZ wzorów umów z podwykonawcami.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

Do postępowań odwoławczych po stronie Odwołujących przystąpili wykonawcy: Chemobudowa Kraków spółka akcyjna w Krakowie (sygn. akt KIO 2112/16 i sygn. akt KIO 2122/16), Skanska spółka akcyjna w Warszawie (sygn. akt KIO 2122/16) po stronie odwołującego (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

### **Sygn. akt KIO 2112/16, KIO 2122/16**

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie. Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się odpowiednim doświadczeniem, a mianowicie wykonaniem (m.in.) „co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz. 1446 z późn. zm.), lub innego budynku, którego przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe, o powierzchni użytkowej tego budynku nie mniejszej niż 1.000 m<sup>2</sup> (słownie: jeden tysiąc). Zamawiający poprzez „budowę” rozumie wykonanie nowego budynku w określonym miejscu: przez budowę nie należy rozumieć odbudowy, rozbudowy, nadbudowy budynku. Zamawiający poprzez budynek rozumie obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Zamawiający uzna wyłącznie roboty budowlane opisane powyżej, które dodatkowo obejmowały etap procesu inwestycyjnego, w którym powstał fundament, ściany oraz dach. Powyższe rozumienie pojęcia budynek odnosi się do słowa budynek użytego we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu.” (Rozdział 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.2). Analogicznie Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu odnośnie kierownika budowy (**Rozdział 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1.3**) oraz **doświadczenie osób punktowane w ramach** pozacenowego kryterium oceny ofert (**Rozdziale 7 pkt 7.2. ppkt 1**) specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

**W obu odwołaniach kwestionowano adekwatność i proporcjonalność ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (zarówno odnośnie posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jak i odnośnie osób wymaganych do realizacji zamówienia) do przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła stanowiska obu Odwołujących i uznała, że wymóg Zamawiającego nie może być tożsamy z przedmiotem zamówienia, ale, jak postuluje zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, związany z przedmiotem zamówienia, adekwatny i proporcjonalny. „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być bowiem: po pierwsze - związany z**

przedmiotem zamówienia, po drugie zaś - do niego proporcjonalny. Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania (nie istnieje dopuszczalny ustawowo cel, jakiemu miałby on służyć). Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko - jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia.

Powiązanie z przedmiotem zamówienia warunku posiadania wymaganych ustawą uprawnień wynika z samego brzmienia art. 22 ust. 1 pkt 1, który wskazuje, że tylko w przypadku gdy zamówienie obejmuje działalność lub czynności (przedmiot zamówienia), do których wykonania wymagane są uprawnienia przepisami ustaw, można taki warunek stosować.

W przypadku wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego powiązanie z przedmiotem zamówienia również opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). (...)

Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. "Proporcjonalny" oznacza, zgodnie z definicją zawartą w *Uniwersalnym słowniku języka polskiego*, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym.

Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do

osiągnięcia wybranego celu.” (Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art.22 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz., wyd. VI, LEX, 2014). Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa decydowania o kształcie warunku udziału w postępowaniu, niemniej powinno się to odbywać w określonych ramach: z jednej strony, ustalony warunek powinien być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z drugiej – nie może bez uzasadnienia ograniczać uczciwej konkurencji. Niewątpliwie warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ (w ogłoszeniu w pkt. III.1.3 „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Zamawiającego jedynie odesłał do SIWZ). Nie oznacza to, że Zamawiającego tak powinien sformułować warunek, aby mógł go spełnić każdy wykonawca, ale powinien uczynić to tak, aby spełniał go wykonawca, który rzeczywiście jest zdolny do wykonania zamówienia; Zamawiającego nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji. W niniejszym postępowaniu Zamawiającego ograniczył pojęcie „budowa” jedynie do nowopowstałego budynku, nie dopuszczając możliwości wykazania się wykonaniem odbudowy, rozbudowy, nadbudowy ani przebudowy obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 i 7a Prawa budowlanego). Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2122/16 wyraził obawę, że gdyby zrealizować postulaty Odwołującego co do modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, to „dopuszczone mogłyby zostać podmioty, które wykonawcy np. tylko odnowienie budynku lub przesunięcie ściany” (strona 12 odpowiedzi na odwołanie). Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić; przebudowa może mieć bardziej złożony charakter i polegać na wykonaniu bardziej skomplikowanych prac, niż budowa nowego obiektu, dlatego nie można odmówić w ocenie Izby posiadania odpowiedniego doświadczenia wykonawcy, który wykonał przebudowę. Zakres tej przebudowy (czy innych prac, niż budowa nowego obiektu) jednak powinien być określony przez Zamawiającego. Postulowane przez Odwołujących zmiany nie zawierały dookreślenia zakresu i wartości bądź stopnia skomplikowania prac budowlanych proponowanych przez Odwołujących, Izba nakazała wykreślenie warunku, który uznała za nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (Izba jest związana zarzutami odwołania, nie żądaniem).

Okoliczność, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia potwierdza zresztą w ocenie Izby odpowiedź na oba odwołania, gdzie Zamawiającego (strona 12) podnosi, że wymagając budowy nowego obiektu oczekiwał łącznie wykonania „robót ziemnych, specjalistycznego posadowienia budynku, konstrukcji jego stanu surowego, robót wykończeniowych, zagospodarowania terenu, w tym robót drogowych, specjalistycznych prac w segmencie archiwalnym w celu osiągnięcia zakładanych parametrów klimatycznych dla przechowywanych materiałów archiwalnych, które często mają więcej, niż 100 lat”. Poza ostatnim postulatem – odnoszącym się do „specjalistycznych prac w segmencie archiwalnym”, pozostałe

oczekiwania Zamawiającego nie są unikalne i właściwe wyłącznie dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważał, co akcentował również w toku rozprawy, że najistotniejsze są dla niego instalacje wewnętrzne i nośność – te wymogi, niewątpliwie istotne dla przedmiotu zamówienia, Zamawiający może opisać jako warunek udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba, nie będąc związana żądaniem odwołań, akceptując zobiektywizowane (adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia) oczekiwania Zamawiającego, niewyrażone do tej pory w SIWZ, nakazała wykreślenie kwestionowanego w odwołaniach warunku udziału w postępowaniu, pozostawiając Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania, możliwość bądź przychylenia się do wyrażonych w odwołaniach żądań obu Odwoływających z dodatkowym określeniem pożądanego zakresu odbudowy, rozbudowy, przebudowy obiektu budowlanego, bądź możliwość opisanie warunku przez określenie wymaganego katalogu instalacji, zbliżonych do realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia.

Analogicznie Zamawiający powinien postąpić w odniesieniu wymogów co do doświadczenia potencjału osobowego i punktacji w kryterium cenowym.

Ponieważ Izba nie może dokonać opisu warunku udziałów w postępowaniu za Zamawiającego, a równocześnie zarzuty obu odwołań w tym zakresie okazały się zasadne, Izba nakazała wykreślenie kwestionowanych postanowień SIWZ.

### **Sygn. akt KIO 2122/16**

Ponadto w odwołaniu sygn. akt KIO 2122/16 Odwołujący kwestionował co do zasady możliwość ustalenia kryterium oceny ofert dotyczącego potencjału osobowego. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert mogą być kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności, m.in. „kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”. Nie jest to kryterium dotyczące właściwości wykonawcy i jako takie nie jest sprzeczne z art. 91 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo, na podstawie powyższych przepisów, oceniać i punktować „rozmiar” czy kwalifikacje potencjału osobowego, jakim dysponuje wykonawca. Nie można uznawać, że rozmiar tego potencjału (zastępowalność osób) nie ma znaczenia dla całego okresu trwania budowy. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut odwołania w tym zakresie.

Izba, dzieląc w całości stanowisko Zamawiającego w tej kwestii, oddaliła również wszystkie zarzuty dotyczące kwestionowanych odwołaniem postanowień umowy, nie znajdując w nich żadnych sprzeczności czy niezgodności z Prawem zamówień publicznych. I tak, postanowienie § 1 pkt 12) Umowy: definicja „wady” oraz postanowienia § 14 ust. 1 pkt 2)

i 3), ust. 6, 7 i 9 „wada - cecha zmniejszająca wartość wykonanych robót ze względu na cel oznaczony w Umowie lub wykonanie niezgodnie z dokumentacją techniczną lub z obowiązującymi w tym zakresie warunkami technicznymi wykonania robót, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną, normami lub innymi dokumentami wymaganymi przepisami prawa” nie jest w ocenie Izby niezgodne z przytaczanymi przez Odwołującego przepisami prawa i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na rozprawie Odwołujący podkreślał, że powołanie się na niezdefiniowane „inne dokumenty, wymagane przepisami prawa” narusza jego interes, jednak w ocenie Izby profesjonalny wykonawca powinien być w stanie zdefiniować katalog dokumentów, określonych prawem, dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia. Izba również nie dopatrzyła się niejasności i nieprzejrzystości w kwestionowanym postanowieniu.

W ocenie Izby również § 2 ust. 6 pkt 3) Umowy („Generalny Wykonawca oświadcza, iż: 3) znany mu jest aktualny stan terenu budowy, stan Dokumentacji projektowej i sposoby rozwiązań konstrukcyjnych wszystkich elementów robót oraz inne czynniki mogące mieć wpływ na realizację Umowy; wszelkie zastrzeżenia Generalnego Wykonawcy dotyczące terenu budowy i dokumentacji projektowej zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie będą stanowić podstawy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego.”) nie narusza zasad udzielania zamówień publicznych, jest standardowym postanowieniem umownym. Nie stanowi nadmiernego obciążenia dla wykonawcy. Wykonawca powinien zapoznać się z placem budowy, w takim zakresie, jaki jest możliwy, bez prowadzenia dodatkowych prac (odwiertów, odkrywek itp.), o ile nie były przewidziane przez Zamawiającego. Rację ma Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie zauważając, że kwestionowane odwołaniem postanowieniem jest w istocie rozwinięciem obowiązku kontrolnego i informacyjnego generalnego wykonawcy, opisanego w art. 651 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący kwestionował również § 3 ust. 2 Umowy („Generalny Wykonawca wykona fragment Inwestycji polegający na przebudowie drogi dojazdowej do Obiektu od ul. Rakowickiej wraz ze zjazdem z ul. Rakowickiej oraz wybudowaniem sieci wodociągowej, kanalizacyjnej i teletechnicznej pod drogą dojazdową, w terminie do 31 grudnia 2017 r. Obowiązkiem Generalnego Wykonawcy jest naprawienie do czasu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy wszelkich zniszczeń i zużycia nawierzchni drogi spowodowanych pracami budowlanymi. W razie potrzeby naprawa może polegać na wykonaniu ponownie odpowiednich prac.”) twierdząc, że brak wyczerpującego i zgodnego z Prawem zamówień publicznych opisu zakresu świadczenia w postaci napraw powoduje niemożliwość ich wyceny i złożenia konkurencyjnej oferty.

W ocenie Izby nie można dopatrzeć się niezgodności kwestionowanego

postanowienia z Prawem zamówień publicznych. Odwołujący nie kwestionuje zakresu przedmiotu umowy - wykonania fragmentu Inwestycji polegającego na przebudowie drogi dojazdowej – ale konieczność dokonywania napraw spowodowanych pracami budowlanymi. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie trafnie zauważa, że Odwołujący kwestionując sam obowiązek wykonania napraw, nie kwestionuje obowiązku ponownego wykonania odpowiednich prac, czyli wykonawca powinien zakładać, że może zaistnieć konieczność ponownego wykonania drogi, co konsumuje konieczność dokonania jakichkolwiek napraw.

Izba również podzieliła stanowisko Zamawiającego co do zawartych w odwołaniu zastrzeżeń wobec § 5 ust. 7 i 8 Umowy – rozkład ciężaru odpowiedzialności związany jest z pieczę sprawowaną przez wykonawcę nad terenem budowy oraz robotami budowlanymi, i nie wyłącza zastosowania art. 449 § 1 i 473 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podnosił, że § 11 ust. 6 Umowy, przewidujący obecność podczas czynności odbiorowych przedstawicieli właścicieli nieruchomości, przez które przebiega droga, narusza przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący w ogóle w odwołaniu nie uzasadnił, dlaczego według niego obecność osób trzecich podczas odbioru naruszać ma bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia, Izba zarzut w tym zakresie oddaliła.

Odwołujący kwestionował również § 14 ust. 6 Umowy, zgodnie z którym „Gwarancja w zakresie robót budowlanych dotyczących przebudowy drogi dojazdowej do budynku nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie zostanie wystawiona również na deweloperów, którzy będą partycypować w kosztach przebudowy drogi tj. spółki: PURE SYSTEMS Sp. z o.o. oraz R-Budomat 2 Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Szczegółowe zasady rozliczeń między Zamawiającym a deweloperami oraz wzajemne obowiązki tych podmiotów w zakresie przeprowadzenia fragmentu Inwestycji polegającego na przebudowie drogi dojazdowej określa odrębna umowa zawarta między Zamawiającym a deweloperami.” W ocenie Odwołującego przytoczone postanowienia naruszają przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie niedopuszczalności obowiązku świadczenia gwarancyjnego na rzecz podmiotów trzecich, tj. deweloperów, tym bardziej bez znajomości umowy między nimi a Zamawiającym.

Równocześnie Odwołujący nie kwestionował w ogóle faktu, że w ramach umowy dokona przebudowy drogi dojazdowej. Skoro Odwołujący podejmuje się przebudowy drogi, co do której w koszcie jej przebudowy „partycypują osoby trzecie”, nie wnosząc w tym zakresie zastrzeżeń (Izba w tej kwestii nie zajmuje więc stanowiska, ponieważ wykraczałoby ono poza

zarzuty odwołania), to w ocenie składu orzekającego nie narusza przepisów prawa udzielenie gwarancji w związku z przebudową tejże drogi, proporcjonalnie do poniesionych przez inwestorów kosztów. Niewątpliwie Zamawiający powinien udostępnić wykonawcom biorącym udział w niniejszym postępowaniu zasady rozliczeń z podmiotami trzecimi, aby wykonawca zyskał wiedzę, w jakim zakresie na rzecz kogo wykonuje świadczenie, o co jednak Odwołujący nie wnosił.

W ocenie składu orzekającego również nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odnoszący się do § 16 ust. 5 Umowy, wiążący wystawienie przez Zamawiającego noty obciążeniowej w przypadku spowodowania przez Generalnego Wykonawcę szkody w mieniu Zamawiającego przy realizacji Umowy, na podstawie której Generalny Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu odszkodowanie za powstałe szkody. Według Odwołującego, postanowienie to narusza przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Rażąco naruszenie powszechnie obowiązujących zasad odpowiedzialności za szkodę i jej naprawienia - 361 kc, statuujące w sposób niedozwolony jednostronne określanie jej wysokości przez Zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się sprzeczności kwestionowanego odwołaniem postanowienia z przywołanymi przepisami prawa, w szczególności z art. 361 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 361 § 1 Kodeksu cywilnego, zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła, natomiast zgodnie z § 2, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządono. Postanowienie, którego dotyczy odwołanie, nie przewiduje obciążania wykonawcy za więcej, niż normalne następstwa działania i zaniechania (do czego sprawdzało się uzasadnienie zarzutu), dlatego Izba zarzut oddaliła.

Odwołujący postulował wykreślenie załączników nr 2 a i 2 b do SIWZ, gdzie Zamawiający określił minimalne zapisy dotyczące umowy o podwykonawstwo dla podwykonawców robót budowlanych oraz dostaw i usług (wzory umów z podwykonawcami). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający narzucił Wykonawcom treść umów podwykonawczych, co narusza przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 oraz w zw. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie daje uprawnienia Zamawiającym do narzucenia całkowitej treści umowy z podwykonawcami, a dopuszczalna jest jedynie ingerencja wyjątkowo i to w zakresie szczegółowo przewidzianych w Prawie zamówień publicznych warunków.

Zdaniem Izby, szczegółowe określenie postanowień umów z podwykonawcami nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Odwołujący nie skarżył poszczególnych postanowień (niezadowolenie ze zbyt krótkiego terminu płatności na rzecz podwykonawców objawił dopiero na rozprawie). Racje ma Zamawiający, że określenie postanowień umów z podwykonawcami stanowi wypełnienie dyspozycji art. 36 ust. 2 pkt 11) Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, Zamawiający winien w SIWZ określić wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania. Ustawa nie określa stopnia szczegółowości wymagań, które powinny być przez Zamawiającego opisane w SIWZ, w związku z czym określenie ich na wysokim stopniu szczegółowości przez przedstawienie pełnego wzoru umowy nie narusza jakiegokolwiek przepisu. Stąd Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

W konsekwencji, wszystkie zarzuty wobec postanowień umowy Izba uznała za niezasadne.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w związku z potwierdzeniem się wspólnego dla obu odwołań zarzutu dotyczącego wymaganego doświadczenia, doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, uwzględniając oba odwołania.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....