

Warszawa, 20 listopada 2023 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

SIM Zagłębie sp. z o.o.
ul. Wojska Polskiego 8/2.21, 41-208 Sosnowiec
nr KRS: 0000967973
zamowienia@simzaglebie.pl
tel.: +48 500 408 604

Odwołujący:

PBO ŚLĄSK Sp. z o.o.
ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec
numer KRS: 0000044978
reprezentowany przez pełnomocnika:
r. pr. Tomasz Michalczyk
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
tel. 504 230 630
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z podziałem na trzy segmenty mieszkalne: A, B i C wraz z wbudowanymi lokalami usługowo handlowymi w parterze budynku, z wbudowanym garażem podziemnym wielostanowiskowym, zagospodarowaniem terenu, przyłączami: wodnym i kanalizacyjnym, zjazdem z ulicy Mieszka I, drogą pożarową oraz zewnętrznymi instalacjami wewnętrznymi: wodna, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej i ciepłej zlokalizowanego w Chrzanowie, przy ul. Mieszka I”, nr ref. ZP/2/PN/2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. UE. 2023/S 180-563110 z 19 września 2023 r. („**Postępowanie**”)

Adres strony internetowej na której dostępna jest dokumentacja postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/817950>

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) i art. 505 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) i ust. 2 pkt. 1 PZP w imieniu **PBO ŚLĄSK Sp. z o.o.** (ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec) („**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, zaskarżam czynności i zaniechania **SIM Zagłębie sp. z o.o.** (ul. Wojska Polskiego 8/2.21, 41-208 Sosnowiec) („**Zamawiający**”), polegające na zmianie przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia (SWZ) oraz zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dotyczącym warunku udziału w Postępowaniu (zdolność techniczna lub zawodowa) sposób: (1) utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz (2) nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.
2. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP** poprzez zmianę treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności rozumianej jako minimalne poziomy zdolności, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, tj. w zakresie postawienia przez Zamawiającego wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia, o którym mowa w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”) oraz sekcji III.1.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, który dyskryminuje wykonawców będących w stanie rzetelnie wykonać zamówienie na skutek:
 - 1) dodania w treści warunku wymogu: *Dodatkowo co najmniej 1/3 powierzchni ścian jednego z ww. budynków była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych (zmiana SWZ z 11 listopada 2023 r oraz zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu z 13 listopada 2023 r., Dz. U. UE nr 2023/S 218-687035, który następnie został zmodyfikowany poprzez:*
 - 2) dodanie w treści warunku wymogu: *oraz ii) 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych (zmiana SWZ z 16 listopada 2023 r. oraz zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu z 17 listopada 2023 r., Dz. U. UE nr 2023/S 222-699399).*
3. W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**
 - 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („**KIO**”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3.3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SWZ i odpowiednio Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) SWZ oraz sekcji III.1.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie z opisu warunku udziału sformułowania:

oraz ii) 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych

tj. poprzez przywrócenia warunkowi udziału z pkt. 8 ppkt 4) lit a) SWZ brzmienia sprzed zmian dokonanych 11 i 16 listopada 2023 r.:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej:

i) 2 roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym:

- jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto,

- druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań;

3.4. zważywszy, że termin składania ofert w Postępowaniu przypada 28 listopada 2023 r., w przypadku nieuwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania lub niedokonania zmiany terminu składania ofert w Postępowaniu i w przypadku rozpoznania i uwzględnienia odwołania przez Izbę po upływie terminu składania ofert wnoszę o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania;

3.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

Zamawiający dokonał zmiany treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) SWZ w dniu 11 listopada 2023 r. (publikacja zmiany na Platformie Zakupowej) (zmiana treści warunku opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu została opublikowana 13 listopada 2023 r.), a następnie zmienił/ doprecyzował treść tego samego warunku w dniu 16 listopada 2023 r. (publikacja zmiany na Platformie Zakupowej) (zmiana treści warunku opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu została opublikowana 17 listopada 2023 r.). Mając więc na uwadze treść art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ust. 2 pkt. 1 PZP odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do dnia 27 listopada 2023 r. (10 dni od ostatniej zmiany SWZ

dokonanej 16 listopada 2023 r.) a niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP dziesięciodniowym terminie.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w branży budowlanej jest zainteresowany udziałem i złożeniem oferty w Postępowaniu. Po publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz publikacji dokumentów zamówienia Odwołujący podjął działania związane z wyceną przedmiotu zamówienia, przygotowując się do złożenia oferty w postępowaniu. Zmiany treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu dokonane przez Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie konkurencyjnej, niepodlegającej odrzuceniu, oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Utrata możliwości pozyskania, a następnie realizacji zamówienia może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę oraz będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1 Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z podziałem na trzy segmenty mieszkalne: A, B i C wraz z wbudowanymi lokalami usługowo handlowymi w parterze budynku, z wbudowanym garażem podziemnym wielostanowiskowym, zagospodarowaniem terenu, przyłączami: wodnym i kanalizacyjnym, zjazdem z ulicy Mieszka I, drogą pożarową oraz zewnętrznymi instalacjami wewnętrznymi: wodna, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej i ciepłej zlokalizowanego w Chrzanowie, przy ul. Mieszka I.
- 1.2 Zamówienie zostało opisane za pomocą: przedmiaru robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) oraz dokumentacji projektowej (projekt budowlany oraz projekt wykonawczy) (**Załącznik nr 1 do SWZ** – w aktach Postępowania).
- 1.3 Zgodnie z treścią SWZ (opublikowanej 19 września 2023 r.) oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanego w Dz. U. UE 19 września 2023 r.), odpowiednio w pkt. 8 ppkt. 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III.1.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca musi wykazać, iż posiada niezbędne wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:

w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej:

- a) 2 roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym:
 - jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto,
 - druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań,

1.4 W dniu 11 listopada 2023 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej zmianę SWZ (dokument datowany na 9 listopada 2023 r., umieszczony na Platformie Zakupowej 11 listopada 2023 r.) o następującej treści:

zapisy pkt 8 SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia“:
(...)

zmieniają się i otrzymują brzmienie:

„(...)

- 4) zdolności technicznej lub zawodowej:
Wykonawca musi wykazać, iż posiada niezbędne wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:
 - a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: 2 roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym:
 - jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto,
 - druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań.
- Dodatkowo co najmniej 1/3 powierzchni ścian jednego z ww. budynków była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.**
(...)

1.5 Analogicznie, poprzez dodanie sformułowania:

Dodatkowo co najmniej 1/3 powierzchni ścian jednego z ww. budynków była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych

zmieniony został warunek udziału opisany w sekcji III.1.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu (zmiana ogłoszenia o zamówieniu opublikowana 13 listopada 2023 r., nr w Dz. U. UE 2023/S 218-687035).

Dowód: Zmiana SWZ opublikowana 11 listopada 2023 r. plik pn. Modyfikacja SWZ i zmiana terminu składania ofert 3-2.pdf (w aktach Postępowania).

Zmiana ogłoszenia o zamówieniu opublikowana 13 listopada 2023 r., nr w Dz. U. UE 2023/S 218-687035) (w aktach Postępowania).

1.6 W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał kolejnej zmiany/ doprecyzowania warunku udziału opisanego w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) SWZ nadając mu następujące brzmienie:

*zapisy pkt 8 SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”:
(...)*

zmieniają się i otrzymują brzmienie:

„(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca musi wykazać, iż posiada niezbędne wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej:

i) 2 roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym:

- jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto,
- druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań,

oraz

ii) 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

(...)"

1.7 Analogicznie, poprzez dodanie sformułowania:

oraz ii) 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

zmieniony został warunek udziału opisany w sekcji III.1.3 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu (zmiana ogłoszenia o zamówieniu opublikowana 17 listopada 2023 r., nr w Dz. U. UE nr 2023/S 222-699399).

Dowód:

Zmiana SWZ opublikowana 16 listopada 2023 r. plik pn. Modyfikacja SWZ i zmiana terminu składania ofert 7.pdf (w aktach Postępowania).

Zmiana ogłoszenia o zamówieniu opublikowana 17 listopada 2023 r., nr w Dz. U. UE 2023/S 222-699399) (w aktach Postępowania).

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

2.1 Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z podziałem na trzy segmenty mieszkalne: A, B i C wraz z wbudowanymi lokalami usługowo handlowymi w parterze budynku, z wbudowanym garażem podziemnym wielostanowiskowym, zagospodarowaniem terenu oraz wykonaniem przyłączy i instalacji: wodnej, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej i ciepłej.

2.2 W celu weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia Zamawiający, w pierwotnej wersji SWZ i ogłoszenia (przed ww. zmianami) postawił warunek udziału dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym wykonawcy powinni wykazać się doświadczeniem w wykonaniu [pkt. 8 ppkt 4) lit a) SWZ]:

2 robót budowlanych polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym:

- jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto,
- druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań.

2.3 Doświadczenie opisane w warunku udziału w postępowaniu było zatem powiązane z przedmiotem zamówienia i odpowiadało co do zakresu doświadczenia robotom, które wykonawca musi wykonać w celu realizacji zamówienia (budowa budynku mieszkalnego, wielorodzinnego wraz z garażem podziemny i instalacjami).

2.4 Zmiana treści warunku udziału dokonana przez Zamawiającego w dniu 11 listopada 2023 r. oraz następnie 16 listopada 2023 r. polegała na wprowadzeniu do warunku wymogu co do posiada przez wykonawcę dodatkowego doświadczenia związanego z technologią wykonania robót:

oraz 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

powodując, że:

- a) wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu już nie 2 (dwóch), ale 3 (trzech) robót budowlanych polegających na budowie budynku wielokondygnacyjnego;
 - b) dodatkowe doświadczenie musi obejmować budowę budynku w technologii prefabrykowanej betonowej, przy czym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.
- 2.5 Dokonana przez Zamawiającego zmiana SWZ spowodowała wprowadzenie do warunku udziału dodatkowego, nadmiarowego i nieproporcjonalnego wymagania, które dodatkowo obniża konkurencyjność postępowania. Posiadanie doświadczenia w budowie budynków w technologii prefabrykowanej betonowej z zastosowaniem konkretnego rozwiązania (prefabrykaty

- keramzytobetonowe) nie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania robót dotyczących zamówienia.
- 2.6 Wskazanie w warunku udziału na konkretną technologię wykonania robót oraz rodzaj materiału (keramzytobeton) nie ma żadnego uzasadnienia ani w świetle przedmiotu zamówienia ani też w stopniu skomplikowania inwestycji. Wykonanie robót z zastosowaniem prefabrykatów jest co do zasady łatwiejsze i szybsze niż stosowanie technologii tradycyjnych (murowanie ścian lub wylewanie ścian monolitycznych), ponieważ obejmuje montaż gotowych elementów.
- 2.7 Po pierwsze należy zauważyć, że element „prefabrykowany” stanowi półprodukt i typowy element budowlany służący do montażu bezpośrednio na placu budowy. Zastosowanie prefabrykatów pozwala na ułatwienie i przyspieszenie wykonania robót budowlanych, ponieważ montaż obejmuje gotowe elementy, które zostają wytworzone w zakładzie prefabrykacji zgodnie z wytycznymi klienta i dostarczone na plac budowy. Wykonanie robót przy użyciu elementów prefabrykowanych nie wymaga zatem szczególnego, dodatkowego doświadczenia ani umiejętności, a wręcz przeciwnie, zastosowanie gotowych (prefabrykowanych) elementów ma na celu ułatwienie i przyspieszenie wykonania robót.
- 2.8 Podobnie, wymaganie przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót z zastosowaniem określonej technologii tutaj: prefabrykatów keramzytobetonowych należy uznać za nadmiarowe. Keramzytobeton jest jednym z rodzajów materiałów budowlanych – jest to mieszanka betonu z kruszywem keramzytowym, powstający w procesie wypalania gliny ilastej, pęczniejącej pod wpływem działania wysokiej temperatury. Keramzytobeton jest materiałem o niższej gęstości niż zwykły beton, co podnosi parametry izolacji termicznej i akustycznej. Rodzaj materiału (tutaj: keramzytobeton), który zostanie zastosowany do wykonania robót nie ma jednak żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny zdolności wykonawcy i jego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych dotyczących budowy budynków wielorodzinnych.
- 2.9 Postawienie przez Zamawiającego dodatkowych wymagań prowadzi zatem do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ ogranicza krąg wykonawców wyłącznie do tych firm, które posiadają doświadczenie w wykonaniu budynków z zastosowaniem tej konkretnej technologii (prefabrykatów keramzytobetonowych), która jest stosowana stosunkowo od niedawna.
- 2.10 W tym miejscu należy również zauważyć, że zgodnie z dokumentacją zamówienia - projektem wykonawczym projektant przewidział wykonanie robót dotyczących zamówienia z zastosowaniem prefabrykatów keramzytobetonowych.

Projekt wykonawczy architektoniczno-budowlany:

3.5. KONSTRUKCJA ŚCIAN - ŚCIANY ZEWNĘTRZNE

- *Ściany żelbetowe obciążone gruntem kondygnacji garażowej grubości 25cm.*
- *Wszystkie ściany nośne i nienośne od +2 w górę wykonywane jako prefabrykowane z keramzytobetonu o grubościach opisanych na rysunkach.*
- *Przekroje, materiał oraz lokalizację słupów wg projektu technicznego.*
- *Założono słupy żelbetowe:*

- kondygnacji garażowej założono jako przekrój max. 35x35cm, 35cm x 40 cm, 40 x 40
- słupy pod częścią mieszkalną założono max.: 50x50cm.
- Schody prefabrykowane płytowe.

Wykonać zgodnie z rysunkami pw arch.-bud oraz konstrukcji

3.7. KONSTRUKCJA ŚCIAN - ŚCIANY WEWNĘTRZNE

Wszystkie ściany należy wykonać oraz wykończyć – zg. z projektem konstrukcyjnym oraz architektonicznym. Nowoprojektowane ściany wewnętrzne, należy wykonać jako:

- Na poziomie kondygnacji podziemnej – wszystkie ściany oraz słupy konstrukcyjne – należy wykonać zg. z pw konstrukcji oraz arch.-bud. – jako elementy żelbetowe
- Na poziomie 1-ej kondygnacji nadziemnej – parter ściany należy wykonać jako:
 - Elementy żelbetowe zg. z pw konstrukcji oraz arch.-bud
 - Na kondygnacjach nadziemnych – pozostałych
 - jako prefabrykowane z keramzytobetonu

3.9.ROBOTY WEWNĘTRZNE

3.9.1. ŚCIANY WEWNĘTRZNE

Wszystkie ściany należy wykonać oraz wykończyć – zg. z projektem konstrukcyjnym oraz architektonicznym. Nowoprojektowane ściany wewnętrzne, należy wykonać jako:

- systemowe prefabrykowane keramzytobetonowe o grubości: 12 cm i 15 cm

(...)

Dowód: PROJEKT WYKONAWCZY ARCHITEKTONICZNO-BUDOWLANY

plik: PW CHRANÓW > ARCHITEKTURA > OPISY> CHRZANÓW_P.W P. A-B. - OPIS.14.04.2023.pdf (w aktach Postępowania).

- 2.11 Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania robót zostały określone przez projektanta w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (**STWiORB**), które stanowią część dokumentacji projektowej (projektu wykonawczego). Zgodnie z definicją zawarta w § 12 Rozporządzenia²: *Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.*
- 2.12 Co jednak istotne, w **STWiORB dla wykonania zamówienia brak jest jakichkolwiek szczegółowych wymagań dla wykonania robót z zastosowaniem prefabrykatów keramzytobetonowych**. Gdyby projektant widział potrzebę zastosowania szczególnych rozwiązań, wymagających posiadania szczególnej wiedzy lub umiejętności ze strony wykonawcy związanych z wykonaniem robót z zastosowaniem prefabrykatów keramzytobetonowych, to z pewnością określiłby takie wymagania w STWiORB.

² Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454).

- 2.13 Po drugie, należy zauważyć, że Zamawiający prowadzi postępowanie od 19 września 2023 r., natomiast zmiana warunku udziału została dokonana odpowiednio 11 i 16 listopada 2023 r., a więc ponad 1,5 miesiąca po wszczęciu postępowania. Gdyby kwestia doświadczenia w wykonaniu robót w technologii identycznej jak opisana w dokumentacji projektowej (projekt wykonawczy) miała dla Zamawiającego istotne znaczenie (pomijając w tym miejscu ocenę czy wymaganie doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia jest dopuszczalne) to od początku postępowania Zamawiający wymagałaby od wykonawców takiego doświadczenia – tak się jednak nie stało, a **dodatkowy wymóg został wprowadzony dopiero 1,5 miesiąca po wszczęciu postępowania.**
- 2.14 Po trzecie, warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz **służą weryfikacji minimalnych zdolności wykonawcy** do wykonania zamówienia. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót analogicznych, co przedmiot zamówienia:

Opis przedmiotu zamówienia Pkt. 4 SWZ	Warunek udziału (pkt 8 ppkt 4) lit a) SWZ przed zmianą z 11.11.2023 i 16.11.2023
Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z podziałem na trzy segmenty mieszkalne: A, B i C wraz z wbudowanymi lokalami usługowo handlowymi w parterze budynku, z wbudowanym garażem podziemnym wielostanowiskowym, zagospodarowaniem terenu, przyłączami: wodnym i kanalizacyjnym, zjazdem z ulicy Mieszka I, drogą pożarową oraz zewnętrznymi instalacjami wewnętrznymi: wodna, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej i ciepłej	2 roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego z garażem podziemnym wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociągową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu , przy czym: <ul style="list-style-type: none"> - jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto, - druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań

- 2.15 Tak określony warunek z całą pewnością pozwala na weryfikację minimalnych zdolności wykonawcy – wymagane doświadczenie odnosi się do analogicznych rodzajowo robót budowlanych, a Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu 2 robót budowlanych.
- 2.16 Sformułowanie dodatkowego wymagania (wprowadzonego zmianami z 11 i 16 listopada 2023 r.) co do wykazania się doświadczenie w wykonaniu dodatkowej (trzeciej roboty budowlanej) i to zrealizowanej w technologii i zastosowaniem materiałów identycznych jak określona dla zamówienia (prefabrykaty keramzytobetonowe) należy uznać za nadmiarowe i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ taki wymóg w efekcie prowadzi do postawienia wymagania wykazania się doświadczeniem w realizacji robót identycznych z przedmiotem zamówienia (nie realizuje postulatu minimalnych wymaganych zdolności), a w efekcie prowadzi również do ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

- 2.17 Warunki udziału w postępowaniu, a więc zestaw wymogów mających potwierdzać możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z zamierzeniem zamawiającego, są poddane regulacji art. 112 PZP. Zgodnie z jego brzmieniem warunki powinny być opisane *w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, **w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.***
- 2.18 Celem przepisu jest ukształtowanie zespołu wymagań zamawiającego w taki sposób, aby z jednej strony dopuścić do udziału w postępowaniu podmioty wykwalifikowane i zdolne do wykonania zamówienia, a z drugiej, aby zapewnić możliwie najszerszy dostęp do zamówienia³.
- 2.19 Swoboda zamawiającego do kształtowania warunków udziału jest ograniczona wyłącznie przez przepisy PZP. Wyrażone w art. 112 PZP granice tej swobody obejmują: 1) **proporcjonalność** do przedmiotu zamówienia, oraz 2) **niezbędność** do należytego wykonania zamówienia.
- 2.20 Jak wskazała KIO⁴: **Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.**"
- 2.21 Podobne stanowisko przyjęła KIO w wyroku z dnia 21 listopada 2022 r.⁵, stanowiąc, że: **Warunki udziału w postępowaniu są stawiane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było zweryfikować, czy dany wykonawca ma potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia i nie mogą być nadmiarowe. Ustawodawca wymaga, aby poziom warunku wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach zbadać ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia."**
- 2.22 Warunki udziału wyznaczają minimalny próg dla zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia, zakreślając szeroki krąg konkurencyjności. Jest to również istotne w kontekście rozróżnienia warunków udziału od kryteriów selekcji, ponieważ mają one zgoła odmienne funkcje. Jak wskazano w Komentarzu UZP: **Warunki udziału określają obiektywne wymagania dla wykonawców w celu dopuszczenia ich w ogóle do udziału w postępowaniu, podczas gdy kryteria selekcji pozwalają na dokonanie dalszej oceny tych wykonawców pozwalającej określić, którzy z nich najlepiej spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Kryteria selekcji służą zatem ocenie wyższego stopnia spełnienia wybranych zdolności wykonawcy, które muszą mieścić się w kategoriach warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp."**⁶.

³ Urząd Zamówień Publicznych 'Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz: Wydanie II' art. 112 [2023].

⁴ Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1342/19.

⁵ Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2022 sygn. akt KIO 2831/22.

⁶ Urząd Zamówień Publicznych 'Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz: Wydanie II' art. 112 [2023].

- 2.23 Zasada proporcjonalności ukształtowania warunków udziału oznacza również, że [...] *sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego i umożliwienia dostępu do udziału w postępowaniu szerokiej grupie wykonawców. Tym samym, warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie zawsze oznaczać musi warunek wprost powielający przedmiot zamówienia.*⁷
- 2.24 Mając na uwadze, że warunek udziału powinien określać minimalne wymagane zdolności, to doświadczenie wymagane w ramach warunku udziału nie powinno pokrywać się z zakresem prac dotyczącym zamówienia. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu kierują się zasadą wynikającą z art. 112 ust. 1 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.* Innymi słowy, doświadczenie wymagane w ramach warunku udziału dotyczącego potencjału technicznego lub zawodowego musi być proporcjonalne, ale nie identyczne z zakresem prac wymaganych dla wykonania zamówienia objętego danym postępowaniem. Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu **formułuje „minimalne wymagane poziomy zdolności”**, nie zaś poziomy zdolności identyczne z zakresem prac objętych zamówieniem.
- 2.25 Powyższe potwierdza również orzecznictwo Izby: *Określone przez zamawiającego warunki udziału w danym postępowaniu, w tym w przetargu, mają na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Zamawiający określając warunki udziału zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a mianowicie warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i sformułowane w taki sposób, aby zamawiający mógł dokonać właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwie ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem opisane w taki sposób, aby niezasadnie nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych.*⁸
- 2.26 W orzecznictwie KIO ukształtował się również pogląd, zgodnie z którym: [...] **nie można mówić, by warunek był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdy w istocie jest to warunek wprost powielający przedmiot zamówienia.** Nie chodzi bowiem o to, by wykonawca musiał się legitymować wykonaniem takiej samej inwestycji, jak ta objęta przedmiotem zamówienia - takie podejście **ogranicza bowiem w sposób niezasadny konkurencję, gdyż wykonawcy posiadający zbliżone doświadczenie, posiadający możliwość należytego wykonania całości zamówienia,**

⁷ Uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO/KD 21/18.

⁸ Por. wyrok KIO z 8 lutego 2023 r., KIO 225/23.

*byliby eliminowani z postępowania tylko dlatego, że nie mają w swoim portfolio inwestycji tożsamej czy analogicznej do inwestycji objętej danym zamówieniem.*⁹

- 2.27 Zasada proporcjonalności w odniesieniu do określenia warunków udziału została również poddana interpretacji przez KIO w uchwale z dnia 3 czerwca 2015 r.: *Proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako **zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców.** Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. **Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia.** Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.*¹⁰.
- 2.28 Podsumowując powyższe należy stwierdzić, że określanie warunków udziału w postępowaniu, o ile charakteryzuje się swobodą przyznaną zamawiającemu w tym zakresie, doznaje ograniczeń ze względu na m.in. zasady niezbędności oraz proporcjonalności, zgodnie z którymi wymogi powinny być ustalane na poziomie minimalnym i rzeczywiście niezbędnym do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, oraz w sposób, który nie jest tożsamy z tym przedmiotem.
- 2.29 Ze względów opisanych powyżej warunek udziału określonych w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) SWZ, z uwzględnieniem zmian dokonanych 11 listopada 2023 r. oraz 16 listopada 2023 r., nie spełnia wymagań określonych w art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP, ponieważ wprowadza wymóg wykazania się doświadczeniem, które nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W efekcie dokonanie zmiany warunku udziału Zamawiający sformułował wymogi nadmierne, które nie są konieczne do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, rozumianej jako minimalne poziomy zdolności, ale prowadzą do ograniczenia konkurencji w postępowaniu poprzez dopuszczenie wyłącznie tych firm, które posiadają doświadczenie w realizacji robót w technologii opisanej w dokumentacji projektowej.
- 2.30 Z uwagi na powyższe Odwołujący domaga się zmiany treści warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8 ppkt 4) lit. a) SWZ poprzez przywrócenie treści warunku w brzmieniu sprzed zmian dokonanych przez Zamawiającego w dniu 11 listopada 2023 r. (pismo datowane na 9 listopada 2023 r.) oraz 16 listopada 2023 r.

⁹ Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt 995/16.; por. KIO 1431/15, KIO 2075/14, KIO 2273/14, KIO/KD 30/15.

¹⁰ Uchwała KIO z dnia 3 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO/KD 30/15.

W imieniu Odwołującego

r. pr. prawny Tomasz Michalczyk

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo dla r. pr. T. Michalczyka.
- 2) Odpis z KRS dla PBO Śląsk sp. z o.o.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.