

Warszawa, dnia 19 lipca 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

**Odwołujący:**

**MIRBUD S.A.**

ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice

NIP: 8361702207, KRS 0000270385

*reprezentowany przez:*

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy,

Pl. Konesera 6/B4, 03-736 Warszawa, tel. 664118801, e-mail: dzieminski@kzp.net.pl

**Zamawiający:**

**Akademia Muzyczna im. F. Nowowiejskiego w Bydgoszczy**

ul. Słowackiego 7, 85-008 Bydgoszcz

Krajowy numer identyfikacyjny: 554-031-32-25

e-mail: zam.publiczne@amfn.pl

**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy”* numer referencyjny: ZP-PN-3/A2020/2021, dalej: **Postępowanie**

I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019, z późn. zm.), dalej: **ustawa Pzp** w imieniu wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, dalej: **Odwołujący** ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Akademii Muzycznej im. F. Nowowiejskiego w Bydgoszczy, dalej: **Zamawiający** wobec postanowień specyfikacji

warunków zamówienia, dalej: **SWZ** podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

**II.** Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w projekcie pn. *Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy realizowanych na podstawie projektu technicznego pn. Nowa siedziba Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy. Zakres zamówienia obejmują realizację robót budowlanych (wraz z dostawą części wyposażenia wbudowanego na stałe) polegających na budowie nowej siedziby Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy.*

*Wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie na zasadach i warunkach szczegółowo określonych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOBR), książki projektu, a także przekazanych informacyjnie przedmiaru robót.*

*Zamówienie nie jest podzielne na części.*

**III.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 129-341232. Ogłoszenie jest dostępne na stronie:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:341232-2021:TEXT:PL:HTML&src=0&tabId=1>.

Zgodnie z brzmieniem art. w art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 5 w związku z art. 509 ust. 2 Ustawy Pzp termin 10 dniowy upływa w sobotę 17 lipca 2021 r., zatem termin wniesienia odwołania upływa dnia następnego po dniu wolnym od pracy, czyli w dniu 19 lipca 2021 r.

**IV.** Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.).

V. Odwołujący o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął wiadomość w dniu 7 lipca 2021 r., w momencie zapoznał się z publikacją ogłoszenia i specyfikacją warunków zamówienia, dalej: **SWZ**.

VI. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 19 lipca 2021 r. co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom zawartym w art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 5 w związku z art. 509 ust. 2 Ustawy Pzp zachował termin do wniesienia odwołania.

VII. Odwołujący składa niniejsze odwołanie na podjęte i zaniechane przez Zamawiającego czynności w toku Postępowania polegające na:

1. ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i wygórowany;
2. ustanowienie warunku udziału w postępowaniu utrudniającego i ograniczającego uczciwą konkurencję.

VIII. Zamawiającemu poprzez wskazane czynności i zaniechania na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa, które to mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania przetargowego i złożenie oferty przez odwołującego:

1. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej **doświadczenia wykonawcy** poprzez określenie wymagań w zakresie wykazania się budową nowego budynku użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem:** *kina, domów kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sale tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych* oraz poprzez wymóg wykonania robót dotyczących elektroakustyki w sposób, który utrudnia i narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia poprzez **ograniczenie** warunku udziału w postępowaniu do budowy nowego obiektu użyteczności publicznej należącego do **klasy 1261 jedynie i wyłącznie do sal konserwowych, oper, teatrów, sal koncertowych**, co nie jest proporcjonalnej do

przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów przez, co Postępowanie straciło wymiar przejrzystości;

2. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej **dysponowania osobami, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia** na skutek konieczności posiadania doświadczenia w zakresie:

a. budowy nowego obiektu użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów, zoologicznych i botanicznych** lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych przez Dyrektora Budowy, Kierownika budowy,

b. budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów, zoologicznych i botanicznych** lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych o wymaganych parametrach powierzchni całkowitej nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>** i wartość robót konstrukcyjna - budowlanych i wykończeniowych nie mniejsza, niż **50.000.000,00 zł brutto** przez kierownika robót ogólnobudowlanych;

c. budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów, zoologicznych i botanicznych** lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych o wymaganych parametrach powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, o wartość robót sanitarnych nie mniejsza, niż **20.000.000,00 zł brutto** przez kierownika robót sanitarnych;

d. budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków**

*schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów, zoologicznych i botanicznych* lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych o wymaganych parametrach powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, o wartość robót sanitarnych nie mniejsza niż **15.000.000,00 zł brutto**, w obiekcie zastosowano i uruchomiono instalację, fotowoltaiczną przez kierownika robót elektrycznych;

e. budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu użyteczności publicznej należącej do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów, zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych o powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, wartość robót niskoprądowych nie mniejsza niż **10.000.000,00 zł brutto** przez kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych);**

- co w zdecydowany sposób, narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia nie jest proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów przez, co Postępowanie straciło wymiar przejrzystości.

3. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 241 § 1 i § 2 Ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie wygórowanego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia, w tym preferujące jednego wykonawcę na skutek dysponowania przez wykonawcę:

a. kierownikiem robót elektroakustycznych posiadającego wykształcenie: wyższe techniczne w specjalności akustyka lub inżynieria dźwięku, o 10- letnim doświadczeniu w pełnieniu funkcji kierownika robót elektroakustycznych lub kierownika projektu kierującego pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu elektroakustycznego w obiektach kultury liczone jako suma czasu pełnienia takiej funkcji, i który w okresie ostatnich 10 lat przed dniem złożenia oferty kierował pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu elektroakustycznego dla co najmniej 1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy **PKOB 1261** z wyłączeniem:

kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych, posiadającego minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań, z wymogiem: - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie,

b. kierownik robót mechaniki scenicznej posiadającego uprawnienia dozoru technicznego do konserwacji maszyn i urządzeń transportu bliskiego w kategorii W (wciągarki i wciągniki) oraz DZ (dźwigniki) o co najmniej 5-letnim doświadczeniu zawodowym w pełnieniu funkcji specjalisty ds. mechaniki scenicznej lub kierownika projektu kierującego pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu mechaniki scenicznej w obiektach kultury liczone jako suma czasu pełnienia takiej funkcji, i który w okresie ostatnich 5 lat przed dniem złożenia oferty pełnił funkcję specjalisty lub kierował pracami polegającymi na dostawie wraz montażem i uruchomieniem dla co najmniej 1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy **PKOB 1261** z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych, urządzeń mechaniki scenicznej górnej oraz mechaniki dolnej, z wymogiem: - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie,

c. kierownika robót adaptacji akustycznej posiadającego wykształcenie wyższe techniczne z 10 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót adaptacji akustycznej lub kierownika projektu kierującego pracami polegającymi na wykonaniu robót adaptacji akustycznej obejmującego dostawę i montaż ustrojów pochłaniających, rezonujących, odbijających oraz dyfuzorów dla co najmniej 1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy **PKOB 1261** z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych, posiadającego minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań, z wymogiem: - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie

4. art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1



Ustawy Pzp w związku z art. 241 § 1 i § 2 Ustawy Pzp w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia, w tym preferującego jeden podmiot i tym samym pozbawiający innych wykonawców możliwości złożenia oferty, poprzez żądanie wykonania budynku pasywnego przez kierownika budowy / kierownika robót ogólnobudowlanych wykonania budynku pasywnego oraz budowę budynku energooszczędnego z dodatkowymi warunkami wskazanymi w SWZ, a także spełniającego przez kierownika robót sanitarnych łącznie następujących warunków kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na odwiertach, montażu i uruchomieniu pomp ciepła z wymiennikami gruntowymi pionowymi o łącznej mocy co najmniej 150 kW, kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu wentylacji mechanicznej z rekuperacją, przez kierownika robót elektrycznych spełniającego łącznie następujących warunków: kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu w ramach jednej inwestycji instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 100 kWp wraz z aplikacją kontrolną oraz kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych), który kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu instalacji dla systemów BMS i SMS oraz na uruchomieniu programów sterujących, kierownika robót elektroakustycznych następujących warunków: wykształcenia wyższego technicznego w specjalności akustyka lub inżynieria dźwięku, który to kierował w ostatnich 10 latach pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu elektroakustycznego dla co najmniej 3 obiektów należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 **w zakresie bibliotek** lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, z których każdy posiadał minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań połączonych systemem cyfrowej sieci audio pracującej w technologii TDM lub technologii IP z protokołem synchronizacji PTP wersja 2 i ujednoliconym systemem zarządzania oraz kierownika robót mechaniki scenicznej spełniającego łącznie następujące warunki: posiadającego uprawnienia dozoru technicznego do konserwacji maszyn i urządzeń transportu bliskiego w kategorii W (wciągarki i wciągniki) oraz DZ (dźwigniki), w okresie ostatnich 5 lat przed dniem złożenia oferty pełnił funkcję specjalisty lub kierował pracami polegającymi na dostawie wraz montażem i uruchomieniem urządzeń mechaniki scenicznej górnej i dolnej dla co najmniej 1 obiektu odebranych przez jednostkę dozoru technicznego.

**IX.** Odwołujący mając na uwadze powyższe zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu, aby:
  - dokonał zmiany treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
  - dokonał zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
  - wydłużył termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na sporządzenie ofert lub wprowadzenie zmian w ofertach.

**X.** Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie w sposób wygórowanym nieproporcjonalnym naruszający zasadę uczciwej konkurencji sformułował warunek udziału w postępowaniu oraz sposób jego spełniania, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowany warunek, pomimo posiadania wyjątkowo dużego i wieloletniego doświadczenia. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym, Odwołujący mógłby złożyć wniosek, a następnie ofertę, a oferta ta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.



Zamawiający poprzez wskazanie irracjonalnych warunków udziałów w postępowaniu nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia i niekompatybilny z obiektywnymi uzasadnionymi potrzebą Zamawiającego pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający swoim postępowaniem doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty, i jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

**XI.** Odwołujący oświadcza, iż w dniu 19 lipca 2021 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 Ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

## Uzasadnienie

I. Naruszenie przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy Pzp – poprzez wadliwe (wygórowane) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy – doświadczenie wykonawcy:

1. Zamawiający w rozdziele IX w ust. 2 pkt 2.2. ppkt 2.2.1.1. dotyczącym warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy postawił następujące warunki: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej 2.2.1. wykonanie w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie): 2.2.1.1. co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie co najmniej 1 (jednego) nowego budynku użyteczności publicznej należącego **do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych** o wymaganych parametrach:

- powierzchni całkowita budynku nie mniejsza niż 10.000,00 m<sup>2</sup>,
- wartości robót nie mniejszej, niż 100.000.000,00 zł brutto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie,
- obiekt posiada salę koncertową **z minimum 300 miejscami siedzącymi i roboty obejmowały system akustyki sali koncertowej,**
- wykonane roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, **elektroakustyki.**

2. Odwołujący wskazuje, że cytowany warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia został określony wadliwie, gdyż przez tak sformułowany warunek Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

3. Szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, że Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu określił doświadczenie wykonawcy polegające na budowie co najmniej jednego nowego budynku użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 1261, jednakże zamawiający, jak wynika z treści SWZ z klasy PKOB 1261 **wyłączył następujące obiekty:** *kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych*, co w zdecydowany sposób prowadzi do **ograniczenia** spełnienia warunku poprzez wykazanie posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w przedmiocie budowy co najmniej jednego nowego budynku użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 1261 **tylko i wyłącznie** w zakresie sali koncertowej, opery, teatrów, sali kongresowej.

4. Zwrócić uwagę należy, że zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych (PKOB) wprowadzonej do porządku prawnego Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 1316) klasa PKOB 1261 obejmują ogólnodostępne obiekty kulturalne, to jest:

- kina, sale koncertowe, opery, teatry itp.;
- sale kongresowe, domy kultury i wielozadaniowe sale wykorzystywane głównie do celów rozrywkowych;
- kasyna, cyrki, teatry muzyczne, sale taneczne i dyskoteki, estrady itp.;
- budynki schronisk dla zwierząt;
- budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych

Jak wynika z PKOB klasa ta nie obejmuje: muzeów, galerii artystycznych (1262), budynków kultury fizycznej (1265), parków rozrywkowych i wypoczynkowych (2412).

5. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że nie zasadne i sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji jest określenie tak rygorystycznych wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia poprzez ograniczenie **robót budowlanych do nowego budynku użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 1261 tylko i wyłącznie obejmujących sale koncertowe, opery, teatry itp., sale kongresowe.** Takie zawężenie warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego nie znajdują racjonalnego uzasadnienia oraz nie jest podyktowane obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

7. Wykonawca podkreśla, że wobec warunku Zamawiającego określonego w SWZ dotyczącego posiada doświadczenia w zakresie wybudowania co najmniej jednego nowego budynku użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 1261 **z wyłączeniem:** *kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych*, dokonał weryfikacji spełnienia warunku co do obiektów, które nie zostały wykluczone przez zamawiającego z klasy PKOB 1261, to jest: sale koncertowe, opery, teatry itp.; sale kongresowe.

8. Biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego należy zwrócić uwagę, że w ostatnich 8 latach przed upływem składania ofert na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zostało zrealizowanych **jedynie cztery inwestycje** dotyczące budowy nowego obiektu budowlanego użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 1261 z wyłączenie *kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych*, w tym dwa obiekty zostały zrealizowane przez firmę WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

Lp	nazwa	powierzchnia całkowita	wartość	wykonawca	zakres prac	rok
1.	Filharmonia im. Mieczysława Karłowicza w Szczecinie	12 734 m <sup>2</sup>	ponad 100.000.000,00 zł	Warbud S.A.	budowa	wiosna 2014 r.
2.	Siedziba Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w	25 450 m <sup>2</sup>	260.000.000,00 zł	Warbud S.A.	budowa	Sierpień 2014 r.

	Katowicach					
3.	Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu	48,5 tys. m <sup>2</sup>	331.483.364,65 zł	Wykonawca Mostostal zerwał kontrakt z Zamawiającym, w drugim przetargu Wykonawcą został Inter-System S.A. i Elektromontaż Rzeszów	budowa	III kwartał 2015 r.
4.	Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Toruń	22.000,00 m <sup>2</sup>	157.970.000,00 zł	Mostostal Warszawa (Lider) – Acciona Infrastruktura (Partner)	Grudzień 2014 r.	Grudzień 2014 r.

9. W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazują, że warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, co do dysponowania referencjami w zakresie wybudowania nowego obiektu budowlanego użyteczności publicznej poprzez zawężenie tej budowy jedynie do pięciu kategorii obiektów, to jest: sale koncertowe, opery, teatry, teatry muzyczne i sale kongresowe jest nadmierny. Powyższe ewidentnie świadczy, że warunek ten został określony wadliwie. Zauważyć należy, że analiza tych obiektów będących salami koncertowymi, operami, teatrami i salami kongresowymi prowadzi do prostej konkluzji, że obiekty te podlegają modernizacji, budowie i nadbudowie, zaś rzadkością jest budowanie nowych obiektów z takim przeznaczeniem.

10. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym bogate i wieloletnie doświadczenie, dotyczące budowy nowych budynków użyteczności publicznej, pozwalające na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zrealizował bowiem wiele robót budowlanych polegających na kompleksowej budowie / przebudowie dużych obiektów użyteczności publicznej, w których zakres wchodziły roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne i wykończeniowe obejmujące instalacje

elektryczne, wodno-kanalizacyjne, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, w tym w okresie ostatnich dziesięciu (10) lat kilka tego typu budów, o powierzchni min. 10.000,00 m<sup>2</sup> o wartości robót nie mniejszych niż 100.000.000,00 zł, co wskazują, że Odwołujący spełnia więc pozostałe warunki udziału w postępowaniu, w tym budowy nowego budynku użyteczności publicznej wobec tego ograniczenie tych budynków jedynie do klasy 1261 w ramach wyłączenie sal koncertowych, oper, teatrów (w tym muzycznych) i sal kongresowych stanowi zbyt daleko idące ograniczenie udziału w postępowaniu wykonawców.

11. Odwołujący może pochwalić się i dysponuje referencjami, które potwierdzają wykonanie przez Odwołującego w ciągu ostatnich ośmiu lat inwestycji dotyczących budowy nowego obiektu użyteczności publicznej. Odwołujący uważa, że nietuzinkowe doświadczenie Odwołującego dowodzi, iż Odwołujący jest w stanie należycie i terminowo wykonać robotę budowlaną, której przedmiotem jest *Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy*”.

12. Odwołujący pomimo tak bogatego doświadczenia w realizacji obiektów użyteczności publicznej nie jest jednak w stanie wykazać spełnienia części warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, w zakresie realizacji inwestycji, polegającej na budowie nowego obiektu budowlanego obejmującego: salę koncertową, operę, teatr (teatr muzyczny) salę kongresową jednocześnie wyposażoną w system akustyki koncertowej i elektroakustyki oraz posiadających sale koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi.

Przy czym, bez znaczenia jest, iż został zastrzeżony wymóg, by wykonawca dysponował doświadczeniem w przedmiocie budowy obiektów o wymiarach powierzchni całkowitej budynku nie mniejszej niż 10.000,00 m<sup>2</sup>, wartości robót nie mniejszej niż 100.000.000,00 zł brutto w stosunku co do którego wydano pozwolenie na użytkowanie lub oddano do użytku, oraz wykonanie robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli, dostępu, telewizji dozoru, multimedialne w sytuacji, gdy spełnienie tego warunku zostało **ograniczone** przez Zamawiającego **tylko i wyłącznie do obiektów posiadających status** sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych **stanowi wymóg nadmierny** i pozostaje w sprzeczności



z przepisami art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, , **a każdy dodatkowy warunek ograniczający się do budowy nowego budynku: sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych jedynie pogłębia tę nadmierność.** Przedmiotowy warunek nie został bowiem ustalony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a został sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny oraz wygórowany w konsekwencji ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

13. Odwołujący podnosi, że wymaganie wykazania się doświadczeniem w tak szerokim zakresie, wskazanym w punkcie 2.2.1.1. SWZ z równoczesnym ograniczeniem budowy nowego budynku użyteczności publicznej do sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych z systemem akustyki sali koncertowej i elektroakustyki wyklucza szereg wykonawców, co nie jest uzasadnione celem zamówienia. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, w Polsce występują jedynie nieliczne firmy budowlane, który byłyby w stanie spełnić tak określony warunek udziału, co do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, właśnie z **uwagi na bardzo małą ilość wybudowanych nowych budynków użyteczności publicznej należących do sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych wyposażonych w system akustyki sali koncertowej i elektroakustyki.** Tymczasem budowa nowego obiektu: sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych nie cechuje się tak daleko idącą odrębnością od innych obiektów użyteczności publicznych. Zgodnie z doświadczeniem i wiedzą techniczną Odwołującego, wystarczającym warunkiem w tym zakresie jest wykazanie się doświadczeniem w zakresie budowy co najmniej 1 (jednego) nowego budynku użyteczności publicznej.

14. Odwołujący nie znajduje podstaw do ograniczenia warunku wykazania się budowlaną nowego obiektu użyteczności publicznej jedynie tylko w zakresie sali koncertowej, opery, teatru (teatru muzycznego), sal kongresowych wraz z systemem akustyki sali oraz elektroakustyki nie mieści się w granicach dopuszczanej ustawą Pzp proporcjonalności oraz wymogu w zakresie żądania spełnienia warunków na poziomie minimalnym.

15. Należy zaznaczyć, że pojęcie budynku użyteczności publicznej reguluje § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w *sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* (Dz. U. z 2020 r., Nr 75, poz. 690, z późn.zm.). Zgodnie z jego treścią, budynek użyteczności publicznej może być rozumiany jako *budynek przeznaczony na potrzeby: administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny*. Ponadto, budynkiem użyteczności publicznej może być budynek biurowy lub socjalny. W praktyce oznacza to, że zaliczając dany budynek do kategorii użyteczności publicznej, należy wziąć pod uwagę zaspokajanie zbiorowych i powszechnych potrzeb społecznych.

16. Prawo budowlane oraz wspomniane wcześniej Rozporządzenie Ministra Infrastruktury określa wymogi techniczne, jakie muszą spełniać budynki użyteczności publicznej. Zasady te mają zapewnić bezpieczne i wygodne użytkowanie budynku wszystkim osobom. Przede wszystkim, budynki użyteczności publicznej muszą być dostosowane do potrzeb osób niepełnosprawnych. Kluczowe w tej kwestii jest zapewnienie podjazdów i ramp umożliwiających dostęp do budynku osobom o różnym stopniu niepełnosprawności. Każdy budynek użyteczności publicznej musi również spełniać normy bezpieczeństwa pożarowego. W szczególności chodzi tu o konieczność poddawania takiego obiektu regularnym kontrolom straży pożarnej. Ponadto, budynek użyteczności publicznej musi spełniać normy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa przebywających w nim osób. Istotne jest zwłaszcza bezpieczeństwo konstrukcji pod kątem przemieszczania się czy odkształcania i naprężeń konstrukcji.

Wszystkie nowe budynki użyteczności publicznej, jak i te wprowadzane do obrotu (muszą posiadać tzw. certyfikat energetyczny. Określa on klasę energetyczności obiektu w skali od A do G. Certyfikat wydawany jest na 10 lat przez licencjonowanego certyfikatowa energetycznego.

17. Zauważyć należy, że na skutek wyłączenia przez Zamawiającego z obiektów użyteczności publicznej klasy 1261 z wyłączeniem: *kina, domu kultury,*

wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych, z dodatkowym warunkiem wybudowania sali koncertowej z minimum 300 miejscami siedzącymi wraz z systemem akustyki sali koncertowej i elektroakustyki ofertę mogą złożyć jedynie wykończeni, którzy wybudowali nowy budynek użyteczności publicznej z przeznaczeniem na salę koncertową, operę, teatr (teatr muzyczny) salę kongresową zauważyć należy, że **w ostatnich 8 latach nie została wybudowana żadna nowa** sala koncertowa w akademii muzycznej, żaden teatr, opera, jak również sala kongresowa, która spełniała by wszystkie wymagania Zamawiającego kwotę i powierzchniowe oraz systemem akustyki elektroakustyki. Ponadto szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, że system akustyki i elektroakustyk stosowany w salach koncertowych i kongresowych, a także operach i teatrach zaczął rozwijać się na przełomie 2010 r. - 2011 r., zatem aktualnie wiele obiektów jest modernizowanych pod tym zakresem, jednak obiekty modernizowane zostały wykluczone ze spełnienia tego warunku.

18. Należy także zwrócić uwagę, że w ramach ograniczonych przez Zamawiających obiektów budowlanych, które spełniają warunek: „sala koncertowa” nie posiada legalnej definicji w aktach prawnych ani definicji powszechnie przyjętej, określającej jej cechy, a samo stwierdzenie, iż jest to „miejsce, sala, w której odbywają się koncerty” byłoby tu rzeczywiście bezprzedmiotowe, ponieważ koncerty odbywają się w różnych miejscach, które w sposób oczywisty nie mają charakteru ani przeznaczenia sal koncertowych, np. klubach, halach sportowych, szkołach, pałacach, altanach parkowych, na scenach budowanych na świeżym powietrzu. Zauważyć należy, że również sala kongresowa nie posiada legalnej definicji.

19. Natomiast opera to budynek przeznaczony do wystawiania widowisk muzycznych z towarzyszeniem orkiestry, a w szczególności spektakli operowych i baletowych. Ze względu na charakter wystawianych dzieł posiada zazwyczaj bardziej uroczystą i dostojną architekturę oraz wystrój wnętrz w porównaniu do teatrów operetkowych i musicalowych. Spośród tych trzech rodzajów budynków teatr operowy posiada największy orkiestron i jest on najniżej położony w stosunku do powierzchni sceny, za to stanowisko dyrygenta jest w nim najbardziej wyeksponowane. Zazwyczaj posiada również największe bezpośrednie zaplecze sceniczne z kieszeniami bocznymi, tylną, górną oraz zapadnią zdolnymi pomieścić dekoracje wielkości sceny głównej. Posiada również bardzo rozwiniętą widownię z amfiteatrem

wydzielonym z części parterowej oraz piętrami balkonów ustawionych w linii pionowej. Posiada również najbardziej rozbudowane zaplecze dla artystów oraz wszystkich pozostałych pracowników współtworzących spektakle z rozbudowanymi pracowniami stolarskimi, malarskimi, szewskimi, krawieckimi, perukarskimi itd., co jest spowodowane tym, że w teatrach operowych często są wystawiane dzieła z repertuaru klasycznego, które wymagają bardzo rozbudowanej scenografii, jak również bogatych kostiumów z danych epok. Wśród tych trzech rodzajów budynków, teatry operowe cechują się największą kubaturą, natomiast wszelkie cechy teatrów operetkowych, choć pośrednie pomiędzy teatrami operowymi i musicalowymi, są jednak bardziej zbliżone do tych pierwszych. Aspekty wielkości budynków są przede wszystkim implikowane głośnością spektakli. Teatry operowe są największe ponieważ występujący w nich artyści głównie śpiewają, co daje znacznie większą donośność dźwięku w porównaniu do cichszych ze swojej natury melodeklamacji i tekstów wypowiadanych przez aktorów, które mają często miejsce w spektaklach operetkowych i musicalowych. Odnosząc się zaś do nagłośnienia sale operowe posiadają nagłośnienie, nie jest ono jednak wykorzystywane do klasycznych przedstawień operowych w przeciwieństwie do wykonawstwa estradowego, musicalowego. Głos śpiewaka operowego wypełnia całą salę dzięki temu, że jest on odpowiednio szkolony i posiada odpowiedni wolumen, a także dzięki odpowiedniemu przystosowaniu pomieszczenia. W odniesieniu zaś do definicja teatru również nie jest ona skonkretyzowana.

20. Mając na uwadze powyższe, że nawet obiekty, których to Zmawiający nie wyłączył spod warunku nie charakteryzują się wymogiem wyposażenia tych obiektów w system akustyki i elektroakustyki, zatem wskazie tego warunku jest nadmierne i nie celowe.

21. Odwołujący zauważa, że obiekt będący przedmiotem zamówienia „*Budowa kampusu Akademii Muzycznej (...)*” jest budynkiem użyteczności publicznej zatem zawężenie warunku udziału w postępowaniu jedynie do nowo wybudowanych obiektów: Sali koncertowej, sali kongresowej, opery ora teatru (teatru muzycznego) s wyposażony w system akustyki i elektroakustyki stanowi zbyt rygorystyczne wymagania, które nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

22. Zatem zdaniem Odwołującego **nie ma podstaw do tego, aby obiekty o porównywalnym stopniu skomplikowania zostały wyłączone z warunku weryfikującego kwalifikacje wykonawcy, ani tym bardziej, aby obiekty o wyższym stopniu skomplikowania zostały pominięte, skoro doświadczenie zdobyte podczas ich realizacji gwarantuje należyłą realizację budynku będącego przedmiotem postępowania.**

22. Nie bez znaczenia jest również fakt, że w okresie ostatnich ośmiu lat (okres ważności doświadczenia, wskazanego w SWZ) **na terenie całej Polski zostało zrealizowanych jedynie cztery (4) roboty budowlane, które spełniają warunek określony przez Zamawiającego, w tym dwie spośród czterech zostały wykonane przez firmę WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.** Zatem z poniższego wykazu ewidentnie wynika, że warunki zawarte w SWZ zostały napisane pod konkretnego wykonawcę. Biorąc pod uwagę małą liczbę inwestycji w zakresie budowy budynku użyteczności publicznej z uwarunkowaniem wskazanym w SWZ w sposób zdecydowany należy powiedzieć, że Zamawiający przez określenie takich warunków preferują jednego wykonawcę, który spełnia ten warunek. Zastanawiający jest fakt, dlaczego Zamawiający wskazują termin 8 lata, zapewne dlatego, że firma WARBUD S.A. obie inwestycje zrealizowała w 2014 r., czyli właśnie mieszczą się w tym 8 letnim doświadczeniu. W ocenie Odwołującego powyższe warunki w SWZ wskazane przez Zamawiającego nie są przypadkowe.

23. Wykonawca poniżej przedstawia zestawienie wszystkich obiektów, które wchodzi w zakres obiektów wskazanych w SWZ przez Zamawiającego:

Lp.	nazwa	Rok powstania /odbudowania/przebudowy
1.	Akademia Muzyczna w Krakowie- nowa sala koncertowa	1999 r.
2.	Sala koncertowa w budynku żółtym Akademii Muzycznej w Gdańsku	2009 r.
3	Opera i Filharmonia Podlaska	I etap – oddano 2007 r.
<b>Opery</b>		
4	Warszawska Opera Kameralna	1986 r.
5	Opera Krakowska	2008 r.
6	Opera Śląska w Bytomiu	1901 r.

7	Opera Bałtycka w Gdańsku	1982 r.
8	Opera wrocławska	2006 r.
9	Opera na Zamku w Szczepinie	2015 r. /przebudowa/
10	Krakowska Opera Kameralna	1896 r./1912 r. /przebudowana
11	Polska Opera Królewska	2017 r.
<b>Filharmonia</b>		
12	Filharmonia Kaszubska w Wejherowie	2012 r.
12	Filharmonia im. Mieczysława Karłowicza w Szczecinie	2015 r.
14	Filharmonia Narodowa w Warszawie	1901 r./1955 r.
15	Filharmonia im. Karola Szymanowskiego w Krakowie	1909 r./1945 r.
16	Filharmonia Świętokrzyska im. Oskara Kolberga w Kiecach	1920 r./2011 r.
17	Filharmonia Rybnicka	1934 r./1960 r.
18	Filharmonia im. Henryka Wieniawskiego w Lublinie	1944 r.
19	Filharmonia Pomorska im. Ignacego Jana Paderewskiego w Bydgoszczy	1945 r.
20	Filharmonia Śląska w Katowicach	1945 r.
21	Filharmonia Bałtycka im. Fryderyka Chopina w Gdańsku	1945 r./ 2005 r.
22	Filharmonia Warmińsko-Mazurska im. Feliksa Nowowiejskiego w Olsztynie	1946 r.
23	Filharmonia Poznańska im. Tadeusza Szeligowskiego	1947 r.
24	Filharmonia im. Łódzka im, Artura Rubinsteina	1949 r. /2004 r.
25	Filharmonia Zabrzeńska	1950 r.
26	Filharmonia Opolska im. Józefa Elsnera w Opolu	1952 r.
27	Filharmonia Podlaska w Białymstoku	1954 r./ 2012 r.
28	Filharmonia Podkarpacka im Artura Malawskiego w Rzeszowie	1955 r.
29	Filharmonia Koszalińska im. Stanisława	1956 r.



	Moniuszki	
30	Filharmonia Zielonogórska im. Tadeusza Bairda	1956 r./1974 r.
31	Filharmonia Częstochowska im. Bronisława Hubermana	1965 r.
32	Filharmonia Kaliska	1974 r.
33	Filharmonia Dolnośląska w Jeleniej Górze	1976 r.
34	Filharmonia Kameralna im. Wilda Lutosławskiego w Łomży	1977 r.
35	Filharmonia „Sinfonia Baltica” w Słupsku	1977 r.
36	Filharmonia Sudecka w Wałbrzychu	1978 r.
37	Polska Filharmonia Kameralna Sopot	1982 r.
38	Filharmonia Gorzowska	2011 r.
<b>Teatry muzyczne</b>		
39	Czechowicki Teatr Muzyczny Movimento	2005 r.
40	Teatr Muzyczny w Lublinie	1989 r.
41	Teatr Wielki w Warszawie -opera Narodowa	1965 r.
42	Teatr Gargulec	2009 r.
43	Teatr Hybrydy Uniwersytetu Warszawskiego	1957 r.
44	Krakowski Teatr Variete	2014 r.
45	Teatr Wielki w Łodzi	2013 r.
46	Teatr Wielki im Stanisława Moniuszki w Poznaniu	1929 r.
47	Teatr Muzyczny w Łodzi	2011 r.
48	Teatr Sabat	2001 r.
49	Teatr Muzyczny Capitol	2004 r./ 2011 r. rozbudowany
50	Teatr Muzyczny „Roma”	2015 r. zmodernizowany
51	Teatr Muzyczny Tintilo	1999 r.
52	Teatr muzyczny um. Danuty Baduszkowej w Gdyni	2010 r. przebudowa
53	Teatr Muzyczny w Lublinie	1989 r.
54	Teatr Muzyczny w Poznaniu	1973 r.
55	Teatr Muzyczny w Toruniu	2018 r. modernizacja

56	Teatr Piosenki	1904 r.
57	Teatr Rozrywki	1976 r.
58	Teatr im. Cypriana Kamila Norwida w Jeleniej Górze	1904 r./1945 r.
59	Teatr dramatyczny im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu	1956 r/1964 r.
60	Teatr im. Andreasa Gryphiusa w Głogowie	1867 r.
61	Teatr im. Heleny Modzelewskiej w Legnicy	1991 r.
62	Teatr Lalka i Aktora w Wałbrzychu	1945 r.
63	Teatr Miejski w Świdnicy	1952 r.
64	Teatr Nasz	1991 r.
65	Teatr Stary w Bolesławcu	2012 r. rewitalizacja
66	Teatr Zdrowy Animacji	2020 r.
67	Teatr Miejski w Bydgoszczy	1949 r.
68	Teatr Polski im. Heronima Konieczki w Bydgoszczy	2015 r. przebudowa
69	Teatr Kameralny w Bydgoszczy	2017 r. modernizacja
70	Teatr Impresyjny im. Włodzimierza Gniazdowskiego we Włocławku	2013 r. remont
71	Teatr Baj Pomorski w Toruniu	2005 r.
72	Teatr Muzyczny Kujawsko-Pomorski	2014 r.
73	Teatr studencki „Perpetuum mobile”	2003 r.
74	Teatr Plastyczny Symbolu	1991 r.
75	Teatr studencki „Perpetuum mobile”	1991 r.
76	Teatr im. Wilamem Horzycy w Toruniu	2003 r. modernizacja
77	Teatr Wiczy	1991 r.
78	Teatr im. Juliusza Osterwy w Gorzowie Wielkopolskim	1946 r.
79	Teatr Lubuski	1951 r.
80	Opolski Teatr Lalka i Aktora im. Alojzego Opolskiego	2014 r. modernizacja
81	Teatr im. Jana Kochanowskiego	1975 r.
82	Teatr Miejski w Brzegu	1944 r.

83	Teatr Miejski w Nysie	1852 r.
84	Teatr im. Wandy Siemaszkowej w Rzeżewie	1944 r.
85	Gdański Teatr Szekspirowski	2014 r. modernizacja
86	Miejski Teatr Miniatur	2014 r. modernizacja
87	Nowy Teatr im. Witeckiego w Słupsku	2004 r.
88	Teatr Muzyczny im. Danuty Baldaszkowej w Gdyni	2013 r. modernizacja
89	Teatr Miejski im. Witolda Gombrowicza w Gdyni	1959 r.
90	Teatr Nowy w Zabrze im. Gustawa Morcinka	1959 r.
91	Teatr Polski w Bielsku-Białej	1905 r. /przebudowa
92	Teatr Rozrywki	1985 r.
93	Śląski Teatr Tańca	1991 r.
94	Teatr im Adama Mickiewicza w Cieszynie	1979 r.
95	Teatr im Adama Mickiewicza w Częstochowie	1984 r.
96	Teatr Miejski w Gliwicach	2016 r.
97	Teatr Tańca i Ruchu Rozbark	2013 r.
98	Teatr Zagłębia w Sosnowcu	1992 r.
99	Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach	1877 r.
100	Teatr Śląski im. Stanisława Wyspiańskiego w Katowicach	1907 r.
101	Teatr im. Ludwika Solskiego w Tarnowie	1945 r.
102	Teatr Dramatyczny im. Jerzego Szaniawskiego w Płocku	1975 r.
103	Teatr Powszechny im. Jana Kochanowskiego w Radomiu	2012 r. zmodernizowana
104	Operetka Warszawska	1953 r.
105	Studiu Buffo	
106	Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki w Toruniu	2015 r.
107	Kielskie Centrum Kultury	2002 r.

108	Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu	2015 r.
109	Narodowa Orkiestra Symfoniczna Polskiego Radia w Katowicach	2014 r.

24. Z powyższego zestawienia wynika, że warunek dotyczący wybudowania nowego obiektu budowlanego z ograniczeniem tego obiektu do: Sali koncertowej, sali kongresowej, opery i teatru (teatr) spełnia **jedynie trzy podmioty**, gdyż dwie inwestycje realizowała jedna firma. Przy czym, brak jest danych, czy podmioty te równocześnie spełniają pozostałe warunki zawarte w punkcie 2.2.1.1. Zatem, niewykluczone, że nie istnieje ani jeden podmiot, który samodzielnie byłby w stanie spełnić warunek, wykazując doświadczenie w zakresie całego punktu 2.2.1.1 SWZ.

25. Z powyższego jednoznacznie wynika, że przez ostatni osiem lat tylko trzy firmy realizował inwestycje o podobnym charakterze, zatem nie zasadne jest ograniczenie kręgów wykonawców tylko i wyłącznie do tych podmiotów. W związku z tym nie zasadne jest także wymagania warunku dotyczące doświadczenia wykonawcy w przedmiocie wybudowania obiektu posiadającego salę koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi i robotami obejmującymi system akustyki sali koncertowej oraz elektroakustyki.

Tym samym brak jest podstaw do zawężania kręgów potencjalnych Wykonawców jedynie tylko i wyłącznie do podmiotów, którzy wybudowali obiekty posiadające salę koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi i robotami obejmującymi system akustyki sali koncertowej oraz wykonania robót elektroakustyki, gdyż z powyższego zestawieni jednoznacznie wynika, że jedynie tylko trzy firmy mogą spełniać powyższy warunek. Dodać należy, że Zamawiający realizuje „Budowę kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodakiewicza 9-11 w Bydgoszczy”, zatem jak wynika z nazwy zamówienia budowa nie skupia się jedynie na sali koncertowej, a na obiekcie spełniającym wiele funkcji. Jak wynika z Uchwały nr 79 Rady Ministrów z dnia 17 czerwca 2020 r. w sprawie *ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Budowa kampus Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy”* projekt zakłada budowę ośmiokondygnacyjnego obiektu z dwiema kondygnacjami podziemnymi. Najniższa kondygnacja to podziemny parking do obsługi Akademii oraz wydarzeń artystycznych w niej realizowanych. Na poziomie (-1) zlokalizowane zostały pomieszczenia techniczne oraz zaplecze sceniczne wraz z częścią dydaktyki (reżyserki dźwięku, studio foley). Parter obejmuje część sal

dydaktycznych wraz ze wspólnym foyer dla 4 sal koncertowych – symfonicznej (ok. 400 miejsc), kameralnej (ok. 150 miejsc), teatralno- -operowej (ok. 200 miejsc) oraz organowej (ok. 60 miejsc). Na kolejnych dwóch piętrach zlokalizowana została dydaktyka, kondygnacja (+3) to poziom administracyjno-techniczny, nad którym dwie kondygnacje stanowi dom studenta. Zatem z powyższego jednoznacznie wynika, że obiekt ten oprócz sal koncertowych zawiera także inne pomieszczenie, wobec żądanie Zamawiającego od wykazania się przez potencjalnych uczestników postępowania kwalifikacjami i doświadczeniem w realizacji sal koncertowych z miejscami siedzącymi obejmujący systemem akustyki koncertowej oraz elektroakustyk stanowi wygórowany warunek, który eliminuje konkretnych wykonawców uniemożliwiający im złożenie oferty, tym samym powodując uprzywilejowanie trzech podmiotów wskazanych powyższej do złożenia oferty. *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.* (wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z dnia 7 października 2010 r. sygn. akt KIO 2053/10, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.).” „Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.: <<neutralnego>> opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.” (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1589/13, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.). „Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację**

**pozostałym wykonawcom.**” (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1314/13, które zostaje aktualne na kanwie ustawy Pzp z 2019 r.).

**II. Wygórowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia:**

1. Zamawiający w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.1. określił wymagania doświadczenia zawodowego dotyczące **Dyrektora budowy** w następujący sposób: Wykształcenie: Wyższe techniczne, Doświadczenie zawodowe: *doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy, Dyrektora Budowy, Menadżera Kontraktu, Inżyniera Kontraktu lub na stanowisku równoważnym, tj. odpowiedzialnym za kompleksowy nadzór nad organizacją i realizacją całości inwestycji w zakresie technicznym jak i formalno-prawnym i finansowym, w trakcie którego zarządzał realizacją minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji) w zakresie budowy nowego obiektu o niżej wymienionych parametrach (dla każdej ze wskazanych inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych**, o wymaganych parametrach: - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 15.000,00 m<sup>2</sup>, wartość robót nie mniejsza, niż 100.000.000,00 zł brutto - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.*

2. Zamawiający podobny wymóg doświadczenia dotyczący wybudowania budynków użyteczności publicznej *należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych*, wskazał w ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.2. doświadczenia zawodowego dotyczącego **Kierownika Budowy** w następujący



sposób: „2.2.2.2. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika budowy, posiadającą: Uprawnienia budowlane: do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada minimum 10 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), i pełniła funkcję Kierownika budowy (przez okres co najmniej 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych**, o wymaganych parametrach: - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**- wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie, a wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika budowy w czasie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie.

3. Odnosząc się do wskazanego warunku dotyczącego osób pełniących funkcje dyrektora budowy oraz kierownika budowy podkreślać należy, że Zamawiający w tym kontekście ogranicza możliwości wzięcia udziału w postępowaniu osób pełniących funkcji kierownika dyrektora budowy i kierownik budowy jedynie i wyłącznie przy realizacji budynków obiektów użyteczności publicznej o kategorii: sali kongresowej, sali koncertowej, teatru (teatru muzycznego), opery, co stanowi nieuzasadnioną eliminację potencjalnych uczestników postępowania, gdyż biorąc pod uwagę liczbę realizowanych inwestycji w ciągu ostatnich 10 lat należy jednoznacznie stwierdzić, że na rynku brak jest osób spełniających tak rygorystyczny warunek. Z pola widzenia w przedmiotowej sprawie nie może zniknąć okoliczność, że z wykazu przedstawiającego realizację: sal koncertowych, sal kongresowych, teatrów (teatrów muzycznych), czy oper znajdujących się w Polsce wynika, że istnieją – jak w ogóle jest ograniczony / niszowy krąg podmiotów mogących spełnić ten warunek.

Dlatego też w ocenie Odwołującego wiedza i doświadczenie Uczestnika postępowania w obsłudze budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotowego postępowania i należytego jego wykonania. Tym samym zasadna jest usunięcie tego warunku z SWZ „**należący do klasy PKOB 1261 z**

wylęczeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262** w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie”.

4. Zamawiający w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.3. określił wymagania doświadczenia zawodowego dotyczące **kierownika robót ogólnobudowlanych.**

Nadto w rozdziale XVIII. Sposób liczenia ceny w lit. d Zamawiający określił dodatkowe doświadczenia zespołu Wykonawcy, za które przyznaje dodatkowe punkty.

Zatem zamawiający w warunku dotyczącym doświadczenia kierownika robót ogólnobudowlanych wymaga, aby „kierownik robót ogólnobudowlanych, posiadał uprawnienia budowlane: do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, a także posiadał minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), (przez okres co najmniej minimum 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wylęczeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych**, o wymaganych parametrach: - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, - wartość robót konstrukcyjno- budowlanych i wykończeniowych nie mniejsza niż **50.000.000,00 zł brutto**, - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający dodatkowo premiuje funkcje kierownika robót, który łącznie spełnia następujące wymagania: „1. w ostatnich 5 latach budową budynku **pasywnego** od rozpoczęcia budowy do jej zakończenia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, 2. kierował robotami i podczas tego uczestniczył w przygotowaniu oraz brał udział przy badaniu szczelności budynku w stanie surowym zamkniętym i w stanie wykończeniowym, 3. kierował robotami montażu stolarki

elewacyjnej w systemie ciepłego montażu w warstwie izolacyjnej elewacji”, za które to wymagania Zamawiający przyznaje, aż 7 dodatkowych punktów.

Nadto, Zamawiający przyznaje dodatkowe punktu kierownikowi robót ogólnobudowlanych spełniających łącznie następujące wymagania: 1. kierował w ostatnich 5 latach **budową budynku energooszczędnego** od rozpoczęcia budowy do jej zakończenia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, 2. kierował robotami i podczas tego brał udział w badaniu termowizyjnym budynku w stanie surowym zamkniętym i w stanie wykończeniowym, 3. kierował robotami montażu stolarki elewacyjnej w systemie ciepłego montażu”, tym samym Zamawiający za spełnienie tego, warunku przyznaje 4 dodatkowej punkty. Zatem zauważyć należy, że w sumie za spełnienie tych dwóch dodatkowych kryterium można uzyskać, aż 11 dodatkowych punktów.

W pierwszej kolejności mając na uwadze zarówno warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do kierownika budowy/ kierownik robót ogólnobudowlanych w tym także dodatkowe kryteria doświadczenia zespołu wykonawcy wskazać należy, że zostały one stworzone pod jednego wykonawcę firmę Warbud S.A.

Następnie wskazać należy, że rozwiązania jakich oczekuje Zamawiający w kwestii dodatkowych kryterium dotyczących budynku pasywnego i energooszczędnego stosuje się głównie w budownictwie mieszkalnym (domach jednorodzinnych). W związku tym w tym miejscu zwrócić uwagę należy na charakterystykę domów, a pasywnych. Domy energooszczędne to nowoczesne domy charakteryzujące się niskim zużyciem energii. Są to najczęściej budynki piętrowe lub parterowe, ale znaleźć można również projekty domów z poddaszem użytkowym. Zapotrzebowanie na ciepło dla domu niskoenergetycznego kształtuje się na poziomie od 30 do 60 kWh/m<sup>2</sup>/rok. Dla porównania, zapotrzebowanie na ciepło dla budynków konwencjonalnych budowanych wynosi około 120 kWh/m<sup>2</sup>/rok. Natomiast w domach pasywnych podstawową wartością, która wyróżnia dom pasywny jest bardzo niskie zapotrzebowanie na energię użytkową do ogrzewania – poniżej 15 kWh/m<sup>2</sup>/rok. Jak łatwo policzyć – jest to czterokrotnie mniej niż dla domu energooszczędnego i aż 8-10-krotnie mniej w stosunku do budowanego tradycyjnymi metodami.

W Polsce pierwszy pasywny dom powstał w 2004 r. w Wólce pod Warszawą. Ma powierzchnię użytkową 206 m<sup>2</sup>, a wskaźnik energii potrzebnej do ogrzewania wynosi 15 kWh/m<sup>2</sup>/rok. Jednak pierwszy w Europie Środkowo-Wschodniej certyfikowany dom pasywny wybudowano w 2007 r. Wybudowano go w Smolcu pod Wrocławiem. Obiekt powstał z inicjatywy biura projektowego Ludwiki i

Miłosza Lipińskich „Lipińscy Domy” przy współpracy z Instytutem Budynków. To dom jednorodzinny o powierzchni 133 m<sup>2</sup>. Przy sezonowym zapotrzebowaniu na ciepło wynoszącym 15 kWh/m<sup>2</sup>/rok. To model pokazowy. Koszt jego wybudowania był o 37% wyższy niż wówczas potrzeba było mieć na budowę tradycyjnego domu o podobnych gabarytach.

Aktualnie budowa domów pasywnych i energooszczędnych w Polsce dopiero się rozwija, zatem postawienie tak wysokich wymagań przez zamawiającego oraz dodatkowych kryterium stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz powoduje ograniczony krąg wykonawców. Tym samym kryteria te powinny zostać wykreślone z SWZ.

Nadto, warunek dotyczący doświadczenia kierownika robót ogólnobudowlanych jest nadmierny, wygórowany oraz nieprecyzyjny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Już biorąc pod uwagę przedstawiony powyższej wykaz obiektów wskazanych przez Zamawiającego w warunku dotyczący: sal kongresowych, sal koncertowych, teatrów (teatrów muzycznych) oraz oper należy jednoznacznie wskazać, że przedstawiane budynki nie spełniają

warunku powierzchniowego oraz wartości robót, tym bardziej nie zostały wybudowane w nowej technologii kładącej nacisk na rodzaj budynku pasywnego i budynku energooszczędnego. Tym samym ograniczenie doświadczenia kierownika robót ogólnobudowlanych jedynie i wyłącznie do budowy sali koncertowej i sali kongresowej, a także teatru (teatru muzycznego) oraz oper narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zauważyć należy, że Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* nie definiuje odrębnie wymagań dla kampusu akademii, czy też szkoły, zatem brak jest podstawy do określania przez Zamawiającego dodatkowego punktowanego kryterium, które w sposób bezzasadny minimalizuje krąg potencjalnych wykonawców. Tym samym konieczne i zasadne jest wykreślenie warunku dotyczącego pasywnego budynku oraz budynku energooszczędnego.

Tym samym, dodatkowe kryterium odnoszące się do kierownika budowy / kierownika robót ogólnobudowlanych za które w rezultacie można otrzymać aż 11 punktów (XVIII lit. d SWZ tabela, lp. X1+X2) powinna zostać wykreślona z SWZ.

Dodać należy, że Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki*

i ich usytuowanie w Dziale V – Bezpieczeństwo konstrukcji określa w sposób ma być wybudowany budynek użyteczności publicznej do których niewątpliwie należą sale koncertowe i kongresowe, a także teatry (teatry muzyczne) i opery. Rozporządzenie to określa także wymagania w zakresie szczelności i izolacyjności, a także ukształtowania i, poziomu izolacyjności i bezpieczeństwa użytkowanego.

Nadto mając na uwadze premiowane kryterium przez Zamawiającego dotyczący budynku pasywnego i budynku energooszczędnego zauważyć należy, że w Polsce aktualnie nie został wybudowany tego rodzaju obiekt o takiej powierzchni i wartości robót, jakie to Zamawiający wskazują w wymaganiach dotyczących kierownika robót ogólnobudowlanych w tym także w kryteriach dodatkowych.

Na niszowy charakter tego wymagania względem kierownika robót ogólnobudowlanych przemawia także informacja zawarta w Uchwale nr 79 Rady Ministrów z dnia 17 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Budowa kampus Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy”, gdzie w rozdziale przedmiot działalności akademii muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wskazano „**dodatkowo budynek ma posiadać parametry zbliżone do obiektów pasywnych, co w przypadku realizacji projektu spowoduje, że kampus Akademii będzie pierwszym obiektem tego typu w Europie**”.

Z powyższego wynika rzadkość tego rodzaju budynków, zatem brak jest podstaw do premiowania kierownika robót ogólnobudowlanych w zakresie doświadczenia budynków pasywnych i energooszczędnych, gdyż takie budynki są rzadkością i tym samym już na starcie powodują ograniczenie potencjalnych wykonawców w otrzymaniu dodatkowych punktów.

Nadto zaważyć należy, że budynek pasywny jest obiektem o ekstremalnie niskim zapotrzebowaniu na energię do ogrzewania wnętrza ( $15\text{kWh}/(\text{m}^2\cdot\text{rok})$ ), w którym komfort termiczny zapewniony jest przez pasywne źródła ciepła (mieszkańcy, urządzenia elektryczne, ciepło „słoneczne”, ciepło odzyskiwane z wentylacji) oraz dogrzewanie powietrza wentylującego budynek. Tak, że nie potrzebuje on autonomicznego, aktywnego systemu ogrzewania.” Nazwa „pasywny” wzięła się z założenia, że dom taki nie wykorzystuje „aktywnych” źródeł energii potrzebnej do ogrzewania powietrza i wody, takich jak piece, kotły, czy centralne ogrzewanie.

Energię do utrzymania komfortu termicznego dostarczają tylko źródła pasywne takie jak energia promieni słonecznych, mieszkańcy, ciepło wydzielające się np. podczas gotowania czy urządzenia elektryczne, które pomimo wysokiej sprawności, zawsze wydzielają pewną ilość ciepła. W praktyce, w warunkach

klimatycznych Europy bardzo ciężko jest uzyskać komfort termiczny bez dostarczania dodatkowej energii, szczególnie w sezonie zimowym.

Spełnienie wszystkich warunków budynku pasywnego stawia przed projektantami i konstruktorami spore wyzwanie. Należy uwzględnić w projekcie bardzo wiele różnych czynników, do których w tradycyjnym budownictwie nie przykładają się wagi lub nie występują w nim w ogóle. Projektowany budynek, oprócz spełniania wymagań dotyczących zapotrzebowania na energię budynku pasywnego, musi być także funkcjonalny, estetyczny, często też powinien wpasowywać się w otoczenie architektoniczne. Zadanie to jest trudne i wymaga sporego doświadczenia zarówno projektantów jak i wykonawców. Budownictwo pasywne jest ciągle rozwijającą się dziedziną.

Powyższe wskazuje, że budownictwo pasywne w Polsce jest dopiero rozwijającą się dziedziną, zatem zamawiający winien wykreślić ten warunek z dodatkowego krateru, aby umożliwić złożenie oferty szerokiemu gronu potencjalnych wykonawców, a nie bezzasadnie ograniczać ten krąg.

Nie sposób w tym kontekście nie nadmienić, że w Polsce pierwszy certyfikowany dom pasywny – nie obiekt użyteczności publicznej - powstał w 2007 r. w Smolcu koło Wrocławia.

Od tego czasu wielu deweloperów i inwestorów, deklaruje, że zbudowali obiekty pasywne. Jednak bliższa analiza dokumentacji tych budynków i wizja lokalna często negatywnie weryfikuje te deklaracje. W polskich warunkach klimatycznych nie jest łatwo wybudować dom pasywny.

W tym kontekście zwrócić także należy uwagę na różnicę pomiędzy budynkiem pasywnym, a energooszczędnym. Budynek pasywny polega na maksymalnym wykorzystaniu zysków słonecznych i bytowych do ogrzewania budynku, przy ekstremalnie zminimalizowanym zapotrzebowaniu obiektu na energię. Wznosi się je w technologiach znanych i sprawdzonych (murowanych, drewnianych), ale kształt i usytuowanie względem stron świata budynku i poszczególnych pomieszczeń mają istotne znaczenie. Co niekoniecznie jest wymagane (choć zalecane) w domach energooszczędnych.

Optymalny projekt budynku pasywnego powinien mieć jak najmniejszą powierzchnię ścian, podłogi na gruncie i dachu w stosunku do wymaganej przez inwestora powierzchni użytkowej oraz takie usytuowanie względem stron świata, aby pomieszczenia strefy dziennej znajdowały się od południa. Bryła takiego obiektu powinna być zwarta. Dlatego nie na każdej działce można zbudować budynek



pasywny. Obiekty pasywne muszą być super izolowane, bez mostków termicznych i idealnie szczelne. Dzięki czemu niewielkie ilości ciepła dostarczone np. przez nagrzewnicę powietrza współpracującą z systemem wentylacyjnym i uzupełnione przez zyski bytowe i słoneczne w pomieszczeniach wystarczająco ogrzeją mieszkańców, a nie uciekną na zewnątrz.

**Budynek pasywny, w przeciwieństwie do domu energooszczędnego, nie potrzebuje klasycznej instalacji grzewczej złożonej z grzejników, instalacji rozprowadzającej czynnik grzewczy i źródła ciepła.** Mamy więc niewielkie zapotrzebowanie na energię, niskie koszty jej zakupu, oszczędności na etapie wykonywania instalacji, a równocześnie zapewniony komfort ciepły.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że dodatków kryterium przez Zamawiającego stanowi zbyt rygorystyczne wymagania nie uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, dlatego zasadne jest wykreślenie tego kryterium.

5. Zamawiający w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.4. określił wymagania doświadczenia zawodowego dotyczące **Kierownika Robót sanitarnych** w następujący sposób:

*„2.2.2.4. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót sanitarnych**, posiadającą: Uprawnienia budowlane: do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Sanitarnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji)), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych**, o wymaganych parametrach: - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, wartość robót sanitarnych nie mniejsza niż **20.000.000,00 zł brutto**, - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.*

Nadto, w ramach dodatkowych kryterium Zmawiający przewidują otrzymanie dodatkowych punktów przez Kierownika robót **sanitarnych**, spełniający łącznie poniższe wymagania:

1. kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na odwiertach, montażu i uruchomieniu pomp ciepła z wymiennikami gruntowymi pionowymi o łącznej mocy co najmniej 150 kW, 2. kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu wentylacji mechanicznej z rekuperacją, za które to zamawiający przyznają dodatkowe 2 punkty.

Odnosząc się do powyższego, należy podzielić argumentację dotyczącą ograniczenia obiektów użyteczności publicznej tylko do sal koncertowych i sal kongresowych, a także teatrów (teatrów muzycznych) i oper, a także powierzchni i kwot przedstawianych przez Odwołującego w punkcie dotyczącym kierownika robót ogólnobudowlanych zatem nie ma potrzeby powielania tej argumentacji.

W związku, z tym Odwołujący wnosi o wykreślenie z podstawowego warunku klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych oraz zmniejszenia wartości i powierzchni, a pozostawienie jedynie obiektów użyteczności publicznej. Natomiast w zakresie kryterium dodatkowego o wykreślenie warunku odnoszącego się do kierownik robót sanitarnych.

Odwołujący wskazują, że tak rygorystyczne postawienie warunku podstawowego oraz dodatkowego kryterium przez Zamawiającego godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Wygórowane warunki jakie postawił Zamawiający w stosunku do poszczególnych osób w tym kierownik robót sanitarnych nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, co jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Tym samym Odwołujący wnosi o zmianę warunku dotyczącego doświadczenia kierownika robót sanitarnych w sposób wskazanych punkcie III odwołania punkt 8.

6. Zamawiający w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.5. określił wymagania doświadczenia zawodowego dotyczące **Kierownika Robót elektrycznych**

, zaś w ppkt 2.2.2.6. Zamawiający określił **Wymagania Kierownika Robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych)**.

„2.2.2.5. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót elektrycznych** posiadającą: **Uprawnienia budowlane**: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. **Doświadczenie zawodowe**: osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Elektrycznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji)), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w każdej ze wskazanych Inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych**, o wymaganych parametrach: powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**, - wartość robót sanitarnych nie mniejsza niż **15.000.000,00 zł brutto**, . w obiekcie zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną, obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie”.

**pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.6. następującą treścią:** 2.2.2.6. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych)** posiadającą: **Uprawnienia budowlane**: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej bez ograniczeń. **Doświadczenie zawodowe**: osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych Inwestycji): budynek użyteczności publicznej **należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub**

*klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, o wymaganych parametrach: - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 15.000,00 m<sup>2</sup>, - wartość robót niskoprądowych nie mniejsza niż 10.000.000,00 zł brutto, - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.*

Dodatkowo zamawiający w rozdziale XVIII w lit. d SWZ przyznaje dodatkowe punkty Kierownikowi robót elektrycznych poprzez spełnienie łącznie następujących warunków „1. kierował w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu w ramach jednej inwestycji instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 100 kWp wraz z aplikacją kontrolną”, zaś kierownikowi robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych) przyznaje dodatkowe punkty w ilości 2 za spełnienie łącznie warunku „kierowania w ostatnich 5 latach robotami polegającymi na montażu i uruchomieniu instalacji dla systemów BMS i SMS oraz na uruchomieniu programów sterujących”.

Odnosząc się do osób warunków dotyczących doświadczenia osób na stanowisku kierownik robót elektrycznych oraz kierownik robót telekomunikacyjnych (niskonapięciowych) zauważyć należy, że ograniczenie doświadczenia tylko i wyłącznie do sal koncertowych i kongresowych, teatrów (teatrów muzycznych) i oper o powierzchni nie mniejsza niż 15.000,00 m<sup>2</sup> oraz - wartość robót niskoprądowych nie mniejsza niż 10.000.000,00 zł brutto, stanowi kryterium i wymagania za daleko idące w kontekście inwestycji w Polsce dotyczących tych konkretnych obiektów wskazanych w SWZ przez zamawiającego, gdyby nawet Zamawiający zmienił zapisy SWZ na obiekty użyteczności publicznej bez wskazywania klasy tego obiektu, to wskazać należy, że żądana warunek dotyczący powierzchni i kwoty zarówno przy kierowniku robót elektrycznych, jak też kierowniku robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych), oraz dodatkowych warunków instalacji fotowoltaicznej przy kierowniku robót elektrycznych jest wygórowany i utrudniający uczciwą konkurencję. Nadto zauważyć należy, że wykonanie instalacji fotowoltaicznych mogłoby stanowić odrębny przedmiot zamówienia Zamawiającego, zatem wskazanie takiego wymogu bez jakiegokolwiek uzasadnienia eliminuje z przedmiotowego postępowania zdecydowaną większość wykonawców, którzy z powodzeniem są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Biorąc natomiast pod uwagę przepis art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zamieszczenie określonych postanowień w SWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Nie będzie zatem żadnym argumentem w sprawie, że kwestionowany w odwołaniu opis przedmiotu zamówienia spełnia dwóch czy więcej wykonawców, skoro Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony wyeliminował możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez zdecydowaną większość wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Powyższe jednoznacznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku KIO 2683/13, sygn. akt KIO 2683/13 (stanowisku aktualnym w ramach Ustawy Pzp z 2019 r.), Izba podkreśliła, że: „(...) zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. **Nie jest to jednak prawo nieograniczone.** Swoboda zamawiającego w tym zakresie **nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia.** Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (aktualnie art. 16) należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu określenie parametru kolektora dotyczącego minimalnej temperatury stagnacji na poziomie 200 stopni C uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia tym wykonawcom, którzy oferują kolektory o niższej temperaturze stagnacji.

**Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie.”**

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego zasadne jest zmiana warunku w sposób wskazany w punkcie III pkt 8 odwołania.

7. Nadto, zamawiający żąda wykazania się przez potencjalnego wykonawcę dysponowaniem osób o specjalności kierownika robót elektroakustycznych (Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.7.), kierownika robot mechaniki scenicznej (w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności

technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.8) oraz kierownika robót adaptacji akustycznej (w Rozdziale IX warunki udziału w postępowaniu ustępie 2.2. w zakresie działalności technicznej i zawodowej w pkt 2.2.2. ppkt 2.2.2.9). Z uwagi na skierowanie oferty do jednego Wykonawcy, który zapewne dysponuje takim potencjałem osobowym, jak również ograniczenie zasady konkurencji konieczne jest wykreślenie tego warunku z SWZ, aby otworzyć rynek dla większego kręgu wykonawców.

8. Dodatkowo Zamawiający w Rozdział XVIII lit. d SWZ przyznaje dodatkowe punkty **kierownikowi robót elektroakustycznych**, spełniający łącznie poniższe wymagania:

1. *Wykształcenie wyższe techniczne w specjalności akustyka lub inżynieria dźwięku kierował w ostatnich 10 latach pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu elektroakustycznego dla co najmniej 3 obiektów należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem:*

*kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, z których każdy posiadał minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań połączonych systemem cyfrowej sieci audio pracującej w technologii TDM lub technologii IP z protokołem synchronizacji PTP wersja 2 i ujednoliconym systemem zarządzania (2 pkt) oraz Kierownik robót mechaniki scenicznej spełniający łącznie poniższe wymagania: 1. uprawnienia dozoru technicznego do konserwacji maszyn i urządzeń transportu bliskiego w kategorii W (wciągarki i wciągniki) oraz DZ (dźwigniki), w okresie ostatnich 5 lat przed dniem złożenia oferty pełnił funkcję specjalisty lub kierował pracami polegającymi na dostawie wraz montażem i uruchomieniem urządzeń mechaniki scenicznej górnej i dolnej dla co najmniej 1 obiektu odebranych przez jednostkę dozoru technicznego” (2 pkt).*

Z uwagi na fakt, że środowisko branżowe nie zna tego typu specjalności zasadne jest wykreślenie konieczności posiadania takiego potencjału osobowego przez wykonawców w tym przyznawanie dodatkowego kryterium punktów dotyczących tych osób. Zastanawiający jest również fakt wpisania w kierownika robót elektroakustycznych, jako dodatkowego kryterium posiadania doświadczenia w zakresie budowy bibliotek. Zdaniem Odwołującego powyższe ewidentnie świadczy o przygotowaniu oferty pod jeden podmiot, który zapewne dysponuje potencjałem osobowym za które to można otrzymać dodatkowe punkty,



zatem w celu przejrzystości i zapewnienia uczciwej konkurencji zasadne jest wykreślenie dodatkowych punktowanych kryteriów oraz wykreślenie z warunku podstawowego następujących osób: kierownika robót elektroakustycznych, kierownika robót mechaniki scenicznej oraz kierownika robót adaptacji akustycznej.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazują, że zmiany zapisów SWZ w sposób wskazany w punkcie III pkt 8 w realiach postępowania są konieczne i uzasadnione, gdyż zmiany wykonawcy po pierwsze otworzą przetarg na konkurencję, czyli na przedsiębiorców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, co z kolei wpłynie korzystnie na wysokość cen oferowanych przez wykonawców. Po drugie, będzie stanowił wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania. Po trzecie, warunki postulowane przez Odwołującego, inaczej niż warunki określone aktualnie w Ogłoszeniu o zamówieniu, nie będzie nikogo dyskryminować.

Zamawiający oczywiście może, jako gospodarz postępowania, formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania, pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności. Z kolei według art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE *„Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu”*. Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne. Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także - według Odwołującego - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali tożsamy przedmiot zamówienia.

Za poglądami z doktryny, stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym



samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

Odwołujący zwraca uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

*„Ustawodawca ogranicza (...) swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art 7 ust. 1 Pzp), wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakiś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału. W wielu jednak przypadkach, zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem, muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją, będą w stanie faktycznie wykonać takie zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelne zasady zamówień publicznych oraz interesy zamawiających,*

dopuszcza się badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki *udziału w postępowaniu*, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. (...)

Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, *gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13).*

Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, tak więc zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych wykonawcy w zakwestionowanym zakresie, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców.

**III. Wygórowany warunek udziału postępowania w odniesieniu do świadczenia Wykonawcy i potencjału osobowego w kontekście doktryny i judykatury – konieczność zmiany warunków w SWZ:**

1. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy winien być **miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie.**

2. **Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia.**

3. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. *„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 Zamawiający jedynie odesłał do SIWZ).*

**Nie oznacza to, że Zamawiający 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; Zamawiający nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji”** (tak KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2112/16, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp).

4. Co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SWZ, jaką wiedzą i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień

publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być **związany** z przedmiotem zamówienia oraz **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia.

5. W kontekście powyższego, Odwołujący podnosi, że stawianie warunku, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji bardzo wąsko określonym typie obiektów użyteczności publicznej – jedynie do sali kongresowe, sali koncertowej czy teatru (teatru użyczanego) i opery, które równocześnie nie posiadają waloru unikalności, stanowi realną barierę dla Odwołującego oraz wielu innych konkurentów, którzy w normalnym toku mogliby wykazać się dostatecznym doświadczeniem do realizacji tego typu zamówienia. Realne jest dysponowanie przez przedsiębiorcę doświadczeniem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i spełniającym minimalne poziomy doświadczeniem, lecz zawężenie tego doświadczenia do konkretnych obiektów użyteczności publicznej, określić należy jako nierealne poziomy zdolności, nie uzasadnione charakterystyką rynku, a tym bardziej stopniem skomplikowania przedmiotowych robót budowlanych.

6. Dlatego też, Odwołujący wnosi o wprowadzenie modyfikacji do SWZ, która dopuszczałaby do realizacji zamówienia wykonawców, którzy faktycznie posiadają doświadczenie, zapewniające należyłą realizację zamówienia. Tym sposobem, Zamawiający zapewni, że omawiany warunek SWZ wypełni dyspozycję normy, zawartej w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Przytoczony przepis zaś stanowi, że Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy** zdolności. Również Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując wykładni przedmiotowej normy podkreśla, że „*opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia*” (wyrok z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1431/15, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej Ustawy Pzp). Zatem, żądanie przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem w realizowaniu robót budowlanych w zakresie obiektów użyteczności publicznej przy ograniczeniu tych obiektów do sal koncertowych, sal kongresowych, teatrów (teatrów muzycznych) oraz oper jest warunkiem wykluczającym uczciwą konkurencję. Zamawiający szeroko opisuje w warunku, piętrząc dalsze ograniczenia

konkurencji), stanowi daleko idące przekroczenie progu minimalności, i w sposób nieuzasadniony stanowi barierę dla realizacji zamówienia.

7. Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że sformułowanie odpowiednich warunków udziału w Postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy posiadają doświadczenie odpowiednie do wykonania przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób. Wykonawca wskazuje, że wykładnia zaprezentowana powyżej jest zgodna z orzecznictwem Izby. Tytułem przykładu warto wskazać, że w myśl wyroku KIO z dnia 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp), „to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. **Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.**”

8. Odwołujący nadmienia również, że choć wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia i mogą łączyć swoje potencjały celem wykazania spełniania warunków udziału opisanych przez zamawiającego, to jednak z uwagi na oderwane od realiów rynkowych żądania zawarte w omawianym warunku powodują, że niełatwo jest przedsiębiorcę, który spełniałaby tak postawiony warunek – zgodnie z wykazem zawartym w tabeli powyżej **jedynie 3 podmioty legitymują się jednośmym doświadczeniem.** Z pola widzenia w przedmiotowej sprawie nie może zniknąć

okoliczność, że w ciągu ośmiu lat przed ogłoszeniem zamówienia tylko były zrealizowanej 4 inwestycje spełniające warunek, w tym dwie przez firmę WARBUD S.A.

9. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu **musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie**. Odwołujący podkreśla, że istotą warunków jest weryfikacja wykonawców oraz dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które są w stanie samodzielnie lub w konsorcjum lub polegając na potencjale podmiotów trzecich spełnić warunki udziału w postępowaniu. Jednak dobrodziejstwo konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia oraz potencjału technicznego, zawodowego, a także dobrodziejstwo polegania na potencjale osób trzecich, są faktycznie niedostępne, jeżeli warunek jest tak rygorystyczny (tu: w zakresie minimalnego doświadczenia, warunkującego możliwość złożenia oferty), że brak jest na rynku potencjalnych kontrahentów, którzy legitymowaliby się żądanym przez Zamawiającego doświadczeniem. Zatem, dopiero dostosowanie brzmienia warunku do wymogów ustawy Pzp urealni możliwość składania ofert również przy wykorzystaniu instytucji konsorcjum oraz polegania za zasobach podmiotu trzeciego. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu Rozdziału IX Warunki udziału w postępowaniu ust. 2.2.w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

▪ **pkt 2.2.1. ppk 2.2.1.1. następującą treścią:**

2.2.1. wykonanie w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie),

2.2.1.1. co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie co najmniej 1 (jednego) nowego budynku użyteczności publicznej ~~należącego do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych o~~ wymaganych parametrach:

- powierzchnia całkowita budynku nie mniejsza niż 10.000,00 m<sup>2</sup>,
- wartości robót nie mniejszej, niż 100.000.000,00 zł brutto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie,



~~– obiekt posiadał salę koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi i roboty obejmowały system akustyki koncertowej,~~

- roboty obejmowały wykonane roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, ~~elektroakustyki.~~

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.1 następującą treścią:**

2.2.2.1. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Dyrektora Budowy**, posiadającą: **Wykształcenie:** Wyższe techniczne,

**Doświadczenie zawodowe:** doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy, Dyrektora Budowy, Menadżera Kontraktu, Inżyniera Kontraktu lub na stanowisku równoważnym, tj. odpowiedzialnym za kompleksowy nadzór nad organizacją i realizacją całości inwestycji w zakresie technicznym jak i formalno-prawnym i finansowym, w trakcie którego zarządzał realizacją minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji) w zakresie budowy nowego obiektu o niżej wymienionych parametrach (dla każdej ze wskazanych inwestycji): ~~budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych,~~ o wymaganych parametrach:

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 15.000,00 m<sup>2</sup>,
- wartość robót nie mniejsza, niż 100.000.000,00 zł brutto,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.2. następującą treścią:**

„2.2.2.2. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika budowy**, posiadającą:

**Uprawnienia budowlane:** do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

**Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 10 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), i pełniła funkcję Kierownika budowy (przez okres co najmniej 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub



nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji): budynek użyteczności publicznej ~~należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych,~~

o wymaganych parametrach:

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**
- wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie, a wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika budowy w czasie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie.

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.3. następującą treścią:**

2.2.2.3. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji

**Kierownika robót ogólnobudowlanych**, posiadającą:

**Uprawnienia budowlane:** do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

**Doświadczenie zawodowe** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), (przez okres co najmniej minimum 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanej inwestycji): budynek użyteczności publicznej ~~należący do klasy PKOB 1261~~

~~z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych,~~

o wymaganych parametrach

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż ~~15.000,00 m<sup>2</sup>~~; **10.000,00 m<sup>2</sup>**

- wartość robót konstrukcyjno- budowlanych i wykończeniowych nie mniejsza niż ~~50.000.000,00 zł brutto~~, **30.000.000,00 brutto**
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.4. następującą treścią:**

2.2.2.4. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót sanitarnych**, posiadającą: **Uprawnienia budowlane**: do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

**Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Sanitarnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji)), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych inwestycji): budynek użyteczności publicznej ~~należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych~~, o wymaganych parametrach:

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż ~~15.000,00 m<sup>2</sup>~~, **10.000,00 m<sup>2</sup>**
- wartość robót sanitarnych nie mniejsza niż ~~20.000.000,00 zł brutto~~, **5.000.000,00 brutto lub wartości wszystkich robót (całego zadania) nie mniejszej niż 30.000.000,00 brutto**
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.5. następującą treścią:**

2.2.2.5. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót elektrycznych** posiadającą: **Uprawnienia budowlane**: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

**Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Elektrycznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

(Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji)), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w każdej ze wskazanych Inwestycji): budynek użyteczności publicznej ~~należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych~~, o wymaganych parametrach:

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż ~~15.000,00 m<sup>2</sup>~~, 10.000,00 m<sup>2</sup>
- wartość robót sanitarnych nie mniejsza niż ~~15.000.000,00 zł brutto~~, . w obiekcie ~~zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną, 5000.000,00 brutto lub wartości wszystkich robót (całego zadania) nie mniejszej niż 30.000.000,00 brutto~~
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.6. następującą treścią:**

2.2.2.6. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych)** posiadającą:

*Uprawnienia budowlane: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej bez ograniczeń.*

*Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych Inwestycji): budynek użyteczności publicznej ~~należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych~~, o wymaganych parametrach:*

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż ~~15.000,00 m<sup>2</sup>~~, 10.000,00 m<sup>2</sup>,

- wartość robót niskoprądowych nie mniejsza niż ~~10.000.000,00 zł brutto~~,  
3.500.000,00 zł brutto, lub wartości wszystkich robót (całego zadania) nie  
mniejszej

niż 30.000.000,00 brutto

- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

▪ pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.7. następującą treścią:

~~2.2.2.7 co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji~~

~~Kierownika robót elektroakustycznych posiadającą-~~

~~Wykształcenie : wyższe techniczne w specjalności akustyka lub inżynieria dźwięku~~

~~Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada minimum 10-letnie doświadczenie  
w pełnieniu funkcji kierownika robót elektroakustycznych lub kierownika projektu  
kierującego pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu  
elektroakustycznego w obiektach kultury liczone jako suma czasu pełnienia takiej  
funkcji, i który w okresie ostatnich 10 lat przed dniem złożenia oferty kierował pracami  
polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu elektroakustycznego dla co najmniej  
1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy **PKOB 1261** z wyłączeniem:  
kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów  
rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk  
dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy **PKOB 1262**  
w zakresie bibliotek lub klasy **PKOB 1263** w zakresie budynków szkół wyższych,  
posiadającego minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań,  
z wymogiem: obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie.~~

▪ pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.8. następującą treścią:

~~2.2.2.8 co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót mechaniki  
scenicznej** posiadającą~~

~~Uprawnienia : dozoru technicznego do konserwacji maszyn i urządzeń transportu  
bliskiego w kategorii W (wciągarki i wciągniki) oraz DZ (dźwigniki)~~

~~Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie  
zawodowe w pełnieniu funkcji specjalisty ds. mechaniki scenicznej lub kierownika~~

~~projektu kierującego pracami polegającymi na instalacji i uruchomieniu systemu  
mechaniki scenicznej w obiektach kultury liczone jako suma czasu pełnienia takiej  
funkcji, i który w okresie ostatnich 5 lat przed dniem złożenia oferty pełnił funkcję  
specjalisty lub kierował pracami polegającymi na dostawie wraz montażem i  
uruchomieniem dla co najmniej 1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy~~

~~PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, urządzeń mechaniki scenicznej górnej oraz mechaniki dolnej, z wymogiem:~~

~~– obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie.~~

▪ **pkt 2.2.2 ppk 2.2.2.9. następującą treścią:**

~~2.2.2.9. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót adaptacji akustycznej** posiadającą: **Wykształcenie:** wyższe wykształcenie~~

~~**Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 10-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót adaptacji akustycznej lub kierownika projektu kierującego pracami polegającymi na wykonaniu robót adaptacji akustycznej obejmującego dostawę i montaż ustrojów pochłaniających, rezonujących, odbijających oraz dyfuzorów dla co najmniej 1 obiektu użyteczności publicznej należącego do klasy **PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, posiadającego minimum dwie sale koncertowe lub teatralne i reżysernię studia nagrań, z wymogiem:**~~

~~– obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie~~

9. Odwołujący odnosząc się do punktu XVIII Sposobu liczenia ceny w lit. d SWZ dotyczącego dodatkowych kryterium i możliwości uzyskania, aż dodatkowych 21 punktów z uwagi na argumentacje wskazana w treści odwołania (punkt drugi odwołania), w tym w szczególności okoliczność, że kryteria poza cenowe zostały wykreowane dla jednego podmiotu firmy WARBUD S.A. Odwołujący wnosi o wykreślenie tego zapisu z SWZ, to jest dotyczącego kryterium dodatkowego doświadczenia zespołu Wykonawcy.

Zgodnie z art. 241 Ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia i muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Nie ma przecież żadnych wątpliwości, że poszczególne kryteria wskazane w punkcie XVIII Sposobu liczenia ceny w lit. d SWZ nie odnoszą się stricte do przedmiotu zamówienia, a zostały wykreowane dla jednego podmiotu, który dysponuje takim doświadczeniem. Na powyższe świadczy nie tylko budowa budynków pasywnych i energooszczędnych, ale

też wskazanie jako kryteriom dodatkowego przy kierowniku robót elektroakustycznych wymogu budowy biblioteki.

**Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający wykreślił z treści SWZ oraz treść ogłoszenia pozacenowych kryteriów oceny ofert**

**VI. Termin składania ofert:**

1. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 10 sierpnia 2021. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie umożliwienie wszystkim potencjalnym wykonawcom ponownego, kompleksowego przeanalizowania własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego warunku udziału w Postępowaniu.
2. Z uwagi na fakt, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien być rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych i zawodowych. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.
3. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

r.pr. Dariusz Ziemiński

**załączniki:**

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
4. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.