Sygn. akt: KIO 2663/21

WYROK

z dnia 13 października 2021r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 roku w Warszawie odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2021 r. przez

wykonawcę GRAPHIT Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa w

postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie - Państwowy Instytut Badawczy ul. Roentgena 5, 02 - 781 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego tj. zarzutu z pkt 13 lit. c) i pkt 16 odwołania dotyczącego projektów referencyjnych, a także zawartego pkt 21 odwołania w zakresie zasad korzystania z zasobów innych podmiotów

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. Kosztami postepowania obciąża odwołującego GRAPHIT Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 poz 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. KIO 2663/21

UZASADNIENIE

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie - Państwowy Instytut Badawczy

ul. Roentgena 5, 02 - 781 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. "Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie", numer sprawy: Nz0-I60/21/Zs

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE: 2021/S 167-437935. Postępowanie znajduje się na etapie udostępnienia wykonawcom Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej jako: "OPiW"). Jeden z potencjalnych wykonawców GRAPH'IT Sp. z o.o. ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa (dalej zwany także „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowień OPiW.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 156 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność opisania w pkt III. 1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale X pkt 4.1 OPiW sposobu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia osób, które zostaną przez wykonawcę skierowane do realizacji zamówienia, tj.:

a) projektanta branży architektonicznej;

b) technologa medycznego;

c) projektanta branży konstrukcyjnej;

d) projektanta branży drogowej;

e) projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej);

f) projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej)

w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonany do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz preferujący konkretną grupę współpracujących ze sobą wykonawców - firmy Industria Project Sp. z o.o., Warbud S.A. oraz Arch-Deco Sp. z o. o.;

2. art. 156 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność opisania w pkt VI.3 (cd. z Sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale X pkt 4.2 OPiW sposobu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonany do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz preferujący kontentą grupę współpracujących ze sobą wykonawców - firmę Industria Project Sp. z o.o., Warbud S.A. oraz Arch-Deco Sp. z o. o.;

3. art. 159 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez czynność określenia przez Zamawiającego w pkt II.2.9 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale XI pkt I OPiW sposobu dokonywania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach kryteriów selekcji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz preferujący konkretną grupę współpracujących ze sobą wykonawców - firmę Industria Project Sp. z o.o., Warbud S.A. oraz Arch-Deco sp. z o. o.

Na wstępie podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu tego zamówienia, gdyż odwołujący ma możliwość złożenia zamawiającemu atrakcyjnej i konkurencyjnej oferty cenowej oraz wykonanie zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego zarówno pod kątem terminu oraz jakości prac. Niemniej jednak na skutek działań zamawiającego oraz naruszenia przez niego przepisów wskazanych w petitum odwołania odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który nie podlegałby odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału X pkt 4.1. i 4.2. OPiW

W związku z faktem, że zamawiający zamierza prowadzić to postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem to zamawiający poinformował wykonawców, że do kolejnego etapu postępowania, tj. negocjacji zaprosi wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu oraz otrzymają najwyższą punktację w ocenie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału - w liczbie 5 (vide Rozdział XI pkt 3 OPiW). Podał także, iż określone w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego

wymagania są nadmierne i nieadekwatne do charakteru i stopnia trudności realizowanej inwestycji. Zamawiający formułując nieadekwatne do możliwości rynku warunki udziału w postępowaniu już na tym etapie postępowania wyeliminował z niego zarówno wykonawców, jak i personel wykonawców (projektantów, technologów), którzy posiadają szerokie doświadczenie w realizacji zamówień podobnych lub zbliżonych do przedmiotu niniejszego zamówienia projektów i którzy posiadają doświadczenie w realizacji wielu inwestycji przewyższającej wartość, stopień skomplikowania oraz rangę niniejszego zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz OPiW w aktualnym brzmieniu pozwala na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który przejdzie pozytywna ocenę pod katem formalno - prawnym (spełnienie warunków udziału w postępowaniu). W przedmiotowym stanie faktycznym realnie to będzie, tylko jednenn wykonawca - firma

Industria Project Sp. z o.o. (występująca samodzielnie bądź w konsorcjum z firmą Warbud S.A. lub Arch-Deco sp. z o. o.).

Odwołujący przechodząc do zarzutów odnoszących się do warunków stawianych dedykowanemu dla tego zamówienia personelowi wykonawcy, podniósł, że:

- w zakresie projektanta branży architektonicznej stawiany jest wymóg, aby osoba na to stanowisko wykazała się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej: 2-ch (dwóch) zamówień dla 2-ch (dwóch) różnych obiektów polegających na wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej dla każdego z obiektów nie mniejszej niż 30 000 m2, w ramach których (dla każdego z obiektów) zaprojektowano co najmniej 200 łóżek szpitalnych, co najmniej 4 (cztery) sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopie, MRI lub CT lub rentgen. W tym zakresie zakwestionowane zostały także zapisu OPiW odnoszące się do pojęcia "projektu budowlanego i wykonawczego". Zamawiający w Rozdziale X pkt 4.2 OPiW, wskazał, że: "Przez projekt budowlany i wykonawczy Zamawiający rozumie opracowania projektu budowlanego wykonane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25.04.2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2012 r. oo. 462 ze zm.) jeżeli projekt uzyskał pozwolenie na budowę w okresie jego obowiązywania lub Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11.09.2020 r. (Dz. U. 2020. póz. 1609.) w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego jeżeli projekt uzyskał pozwolenie na budowę w okresie jego obowiązywania oraz projekt wykonawczy będący uszczegółowieniem tak wykonanego projektu budowlanego sporządzony w stopniu niezbędnym z punktu widzenia celu któremu ma służyć."

Podniósł także, że oczekiwany obowiązek wykazania się doświadczeniem w wykonaniu projektu "budowy" szpitala, zamawiający określił warunek w takim brzmieniu że uniemożliwił wykonawcom powołanie się na doświadczenie projektanta w sporządzeniu projektu rozbudowy, przebudowy czy modernizacji szpitala. Wskazania wymaga, że jak wynika z samej nazwy postępowania przedmiotem zamówienia nie będzie wyłącznie sama budowa, a również rozbudowa i modernizacja obiektu szpitala. W świetle powyższego warunek w powyższym brzmieniu pozostaje nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dodał, że wymagania, aby powierzchnia użytkowa referencyjnego szpitala wynosiła 30.000 m2 są wymaganiami ograniczającymi konkurencję, gdyż na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat większość inwestycji związanych z realizacją projektów szpitalnych obejmowała wykonanie dokumentacji projektowej dla obiektów o powierzchni nieprzekraczającej 15.000 m2, np. m.in. Budowa Budynku Radioterapii w ramach drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego, Rozbudowa i modernizację Zespołu Głównego Centrum Onkologii w

Bydgoszczy, w zakresie działalności podstawowej, diagnostyki i leczenia, Centrum Dydaktyki Stomatologicznej Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku przy ulicy M. Skłodowskiej-Curie 24A w Białymstoku, Rozbudowa i modernizacja Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy i inne. Zauważył, że dla oceny doświadczenia danego projektanta, czy też wykonawcy bez znaczenia pozostaje jaka była powierzchnia użytkowa obiektu, ale istotnym jest jakiego rodzaju pomieszczenia zostały zaprojektowane. W ocenie odwołującego projektant, który zaprojektował szpital np. o powierzchni 15.000 m2 ale obejmujący specjalistyczne i różnorodne pod względem przeznaczenia sale, laboratoria itp. posiada większe doświadczenie niż projektant, który zaprojektował szpital o powierzchni 30.000 m2, który w większości składał się z takich samych sal łóżkowych. Gdyż w tym przypadku projektowanie w dużej mierze opiera się na powtarzalności projektów tych samych pomieszczeń szpitalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wniósł o dokonanie zmniejszenia wymogu wykazania się wykonaniem projektu obiektu szpitala i nadanie warunkowi udziału w

postępowaniu następującego brzmienia, "co najmniej 1 (jedna) osoba posiadająca

uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń, posiadająca min. 5-letnie doświadczenie zawodowe oraz legitymująca się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej: 2-ch (dwóch) projektów dla 2-ch (dwóch) różnych obiektów polegających na wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej podlegającej budowie, rozbudowie lub przebudowie dla każdego z obiektów nie mniejszej niż 10 000 m2, w ramach których (dla każdego z obiektów) zaprojektowano co najmniej 200 łóżek szpitalnych, co najmniej 4 (cztery) sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopie, MRI lub CT lub rentgen."

Izba zauważą iż z powyższego można wywieść jednoznaczny wniosek, że główne zarzuty jak i żądania zmierzają w kierunku nakazania zamawiającemu zmniejszenia referencyjnego projektu wykonanego dla budowy lub przebudowy szpitala, którym mają wykazać się dedykowane osoby z 30 000 do 10 000 m2, a więc zmniejszenie wymaganej powierzchni o 1/3. Dodatkowo odwołujący wnosił o zmianę definicji "projektu budowlanego i wykonawczego".

Podobne zarzuty postawione zostały także wobec wymagań dla osób kierowanych na stanowiska projektanta branży konstrukcyjnej, projektanta medycznego, projektantów branży drogowej, sanitarnej oraz branży instalacyjnej (elektrycznej). Tutaj również podstawowym

zarzutem było postawienie warunku na zbyt wysokim poziomie, gdyż zdaniem odwołującego

wystarczającym byłoby nabycie doświadczenia przy projektowaniu przez osoby dedykowane dla wyżej wym. Stanowisk, wykazanie się zaprojektowaniem na obiektach o pow od 10 000 m2, a nie jak oczekuje zamawiający min od 30 000 m^2.

W kolejnej grupie zarzutów dotyczących postawionych warunków w zakresie dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawców, odwołujący także kwestionował wymaganie polegające na żądaniu wykonania 2 zamówień dla 2 różnych obiektów, projektów - budowlanego i wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej, dla każdego z obiektu nie mniejszej niż 30 000 m2. Podkreślając, że wymagania odnośnie powierzchni użytkowej obiektów referencyjnych, będących przedmiotem prac projektowych również znacząco zawężają krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Również wnosił o dopuszczenie możliwości wykazania się zamiast dwoma usługami obejmującymi wykonanie projektu budowalnego i wykonawczego dla budynku szpitala o powierzchni użytkowej wynoszącej 30.000 m2 jedną inwestycją, dotyczą wykonania usługi projektowej dla obiektu szpitala o powierzchni 70.000 m2 (czyli takiej jak powierzchnia szpitala objętego przedmiotem niniejszego zamówienia).

Podnosząc powyższe oczekiwał nakazania zamawiającemu zmiany tego warunku na warunek dotyczący wykonania: co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na: wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego lub koncepcji wielobranżowej i Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej, nie mniejszej niż 70 000 m2, w ramach których zaprojektowano co najmniej 600 łóżek szpitalnych, co najmniej 10 (dziesięć) sal operacyjnych, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopie, MRI lub CT lub rentgen; oraz co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na: wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego dla obiektu budowlanego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10 000 m2, o co najmniej 6 kondygnacjach nadziemnych wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną."

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 159 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie kryterium selekcji odwołujący zarzucił zamawiającemu postawienie nieproporcjonalnego wymagania, aby wykonawca wykazał się wykonaniem projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 30 000 m2. W tym zakresie postawił żądanie, aby wymaganie ograniczyć do wielkości zaprojektowanego obiektu w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10 000 m2.

W ocenie odwołującego niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający tak kształtuje kryteria selekcji, aby mieć pewność, że konkretny podmiot zakwalifikuje się do kolejnego etapu postępowania bez dopuszczenia do udziału w postępowaniu innych podmiotów zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na wstępie wskazał, że dokonał

częściowych zmian treści ogłoszenia i OPiW, co winno wyczerpać oczekiwania odwołującego w tym zakresie. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego. Na wstępie podkreślił, że istota zarzutów odwołującego sprowadza się do twierdzeń, że zamawiający w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także z naruszeniem zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców opisał warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji. Dodatkowo odwołujący wskazał, że dotychczasowy opis warunków i kryteriów selekcji preferuje konkretną grupę wykonawców. Zamawiający podał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji polegającej na budowie, rozbudowie i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie. Inwestycja ta, to przede wszystkim budowa obiektu szpitala o powierzchni niemal 90 tys. m2. W jego skład wchodzi min.: 20 sal operacyjnych, oddział intensywnej terapii (37 łóżek), izba przyjęć, centralna sterylizatornia, kilkadziesiąt pracowni diagnostycznych, 18 klinik specjalistycznych generujących 34 oddziały szpitalne oraz infrastruktura towarzysząca. Dodał także, że jak wynika z przytoczonych postanowień, aby mówić o wiedzy i doświadczeniu wykonawcy biorącego udział w niniejszym postepowaniu i dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia, wykonawca taki musi wykazać się, że wcześniej wykonał dokumentację projektową na podstawie której uzyskano pozwolenie na budowę i wykonano roboty budowlane polegające na budowie tak specyficznego obiektu, jakim jest szpital. Co więcej, tak sporządzona dokumentacja musiała stanowić opis przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych.

Podkreślił, że dokonał zmiany treści ogłoszenia i np. w zakresie kwalifikacji personelu dopuścił także kwalifikacje zawodowe równoważne, zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 poz. 1333), z uwzględnieniem postanowień ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220). W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie biorą udział w postępowaniu, zamawiający uzna warunki za spełnione, gdy spełni je przynajmniej jeden z wykonawców występujący wspólnie. Zamawiający, realizując dyspozycje wynikające z art. 112 ust. 1 Pzp i art. 117 ust. 1 Pzp poinformował także, że dopuszcza możliwość sumowania wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji przez podmioty składające ofertę wspólną. Nadto zamawiający podał, że nie ogranicza możliwości wykazania wykonanych projektów wyłącznie do wykonanych na podstawie prawa krajowego. Zamawiający dopuszcza wykazanie projektów realizowanych poza Polską w oparciu o równoważne przepisy krajów w których były realizowane. Również przychylił się do wniosku wykonawców aby wydłużyć z 10 do 13 lat okres z jakiego wykonawca może wykazywać referencyjne roboty.

Zamawiający dokonując oceny dokonanych zmian ogłoszenia i OPiW podał, iż przenosząc powyższe zmiany na treść stawianych zarzutów, wskazać należy, że:

1) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, zamawiający wydłużył okres dla referencyjnych projektów do 13 lat, co stanowi ponad trzykrotnie dłuższy okres niż wskazany w§ 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Brak jest zatem podstaw do czynienia zamawiającemu zarzutów, że ograniczył w jakikolwiek sposób dostęp do udziału w przedmiotowym zamówieniu w tym zakresie. Oczywistym przy tym jest, że sam prawodawca wyznaczając okresy doświadczenia, którym mogą posługiwać się wykonawcy miał na celu zapewnienie zamawiającym, aby podmioty starające się o udzielenie zamówienia „dysponowały" w miarę aktualną - a nie historyczną - wiedzą i doświadczeniem, gdyż tylko taka wiedza i doświadczenie dają rękojmię należytego wykonania zamówienia;

2) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (personel), nie ograniczono w żaden sposób możliwości powoływania się na wykonanie projektów budowlanych lub wykonawczych w okresach poprzedzających wydanie odpowiednich Rozporządzeń w sprawie projektów budowlanych czy wykonawczych. Zamawiający zmodyfikował przedmiotowy warunek dopuszczając projekty budowlane i wykonawcze wykonane również na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

3) Zamawiający zmienił warunek wskazując, że chodzi o wykonanie projektów a nie zamówień;

4) Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się wykonaniem projektów budowlanych czy wykonawczych poza granicami Polski, zamieszczając definicje równoważności tych pojęć. Tym samym wszystkie zarzuty odwołującego odnoszące się do tych kwestii należy uznać, zdaniem zamawiającego po pierwsze za bezprzedmiotowe, gdyż dotyczą nieistniejących obecnie postanowień, a po drugie jako bezzasadne, gdyż zamawiający dokonał istotnych

zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu, które odpowiadają żądaniom odwołującego.

Podał, że w warunkach udziału przyjęto jako wyznacznik powierzchnię użytkową równą 30 tys. m2 co stanowi około 33% powierzchni planowanego zadania inwestycyjnego. W ocenie Zamawiającego, takie ukształtowanie parametru wielkościowego jest proporcjonalne i adekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to powierzchnia, na

której rozłożone są typowe układy funkcjonalno - przestrzenne, technologiczne oraz techniczne. Powierzchnia ta jest pewnym wyznacznikiem, po którym można określić, czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie i jest w stanie zaprojektować obiekt szpitalny z pełnym powiązaniem funkcjonalnym, logicznym i ergonomicznym powyższych funkcji przy jednoczesnej pełnej zgodności z przepisami i przyjętymi standardami.

Realizowana inwestycja, kwalifikowana jest do najwyższej kategorii złożoności - 6 (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym Dz. U. z 2004 r. nr 130, poz. 1389 ze zm.). Obniżenie warunków udziału z 30 tys. m2 do 15 tys. m2 lub 10 tys. m2 to zmniejszenie wymagań Zamawiającego w tym zakresie o kilkadziesiąt procent (ok. 15% powierzchni docelowej). O tyle zostanie również zmniejszona kubatura obiektu, która jest głównym wyznacznikiem dla przyjęcia poszczególnych elementów wyposażenia technicznego i technologicznego obiektów, w tym w szczególności urządzeń zapewniających prawidłową pracę wszelkich systemów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych. Powierzchnia użytkowa obiektu wpływa też, w zasadzie liniowo, na stopień skomplikowania obiektu pod względem spełnienia wymagań ochrony przeciwpożarowej. Obiekt o powierzchni 30 tys. m2 zawierał będzie dwukrotnie więcej stref pożarowych o tej samej powierzchni, co wpływa na złożoność zagadnień projektowych, jakie należy podczas projektowania rozwiązać, co wpływa na późniejsze bezpieczeństwo użytkowania tego obiektu. Adekwatnie do wielkości obiektu rośnie również stopień skomplikowania konstrukcji obiektu.

Podkreślił także, że nie dopuścił możliwości wykazywania się dokumentacją projektową dla przebudowy czy modernizacji z uwagi na fakt, że takie doświadczenie nie pozwala ocenić zdolności wykonawcy i personelu na potrzeby realizacji zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest co do zasady budowa nowego obiektu szpitalnego. Tym samym dopuszczenie w warunku możliwości powoływania się na wykonanie dokumentacji dot. przebudowy czy modernizacji nie byłoby adekwatne czy proporcjonalne do głównego przedmiotu zamówienia. Dodał także, że brak jest również podstaw do uznania zarzutu w zakresie dopuszczenia możliwości wykazania się projektowaniem dla jednej inwestycji o powierzchni 70 tys. m2. Odwołujący czyni całkowicie błędne założenie, że nie ma znaczenia dla zamawiającego, czy doświadczenie dotyczy jednego bardzo dużego obiektu czy dwóch mniejszych, co zresztą zdaje się sam potwierdzać w pkt 67 wskazując na swoje żądanie w zakresie zmiany wymagania.

Do postępowania po stronie odwołującego zgłosili przystąpienia wykonawcy B-Act Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

W zgłoszonych przystąpieniach wskazywali jak odwołujący, że wymagane przez zamawiającego warunki są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Jednakże, ze względu na nieobecność na rozprawie brak jest dalszych stanowisk przystępujących w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych na

rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie jest niezasadne, gdyż podniesione zarzuty nie zostały w wystarczający sposób uwiarygodnione, że pozostawienie ich w dotychczasowej treści spowoduje sytuację, iż spełnienie postawionych wymagań będzie możliwe tylko przez jeden podmiot.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania pism i dowodów przedłożonych przez strony oraz stanowiska zaprezentowane do protokołu rozprawy. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp (poprzednio na gruncie art. 192 ust. 2 Pzp) odwołanie jest uwzględniane wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania).

W przedmiotowym postepowaniu zamawiający zmierza do wyboru wykonawcy na opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji szpitala onkologicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań opisał wymagania, jakie wykonawcy winni spełnić, aby zostać zaproszeni do kolejnego etapu postępowania, czyli uzyskać dopuszczenie do udziału w postępowaniu - negocjacjach. Wykonawca taki musi wykazać się, że wcześniej wykonał dokumentację projektową na podstawie, której uzyskano pozwolenie na budowę i wykonano roboty budowlane polegające na budowie obiektu, jakim jest szpital. Natomiast sporządzona dokumentacja musiała stanowić opis przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych.

Odwołujący w odwołaniu zawarł trzy grupy zarzutów, tj. zakwestionował wymagania zamawiającego w zakresie postawionych wymagań wobec osób dedykowanych dla pełnienia określonych funkcji w etapie projektowania, a także warunków udziału w postepowaniu oraz sposobu oceny wniosków w ramach kryterium selekcji.

Podkreślić należy, że zamawiający dokonał częściowej w zakresie istotnym, zmiany postawionych wymagań w powyższym zakresie i tym samym zarzuty wobec braku możliwości dopuszczenia wykonawców, którzy wykonywali referencyjne projekty na rzecz podmiotów zagranicznych, a także ograniczeń w zakresie możliwości zawiązania konsorcjum wykonawców i dopuszczenia możliwością wykazywania się projektowaniem w ramach kryterium selekcji także wykonaniem innych projektów niż obiekty szpitalne, zostały przez odwołującego uznane za spełniające jego wymagania.

Zauważyć należy, że główną osią sporu pomiędzy stronami była kwestia powierzchni, jaką winni wykazać się projektanci oraz sam wykonawca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający zakładając, iż powierzchnia nowobudowanego szpitala będzie wynosiła około 90 000 m2 postawił wymaganie, aby w powyższym zakresie wykonawca we wniosku wykazał się doświadczeniem w zakresie warunków udziału jak i doświadczenia osób w wykonaniu projektu na poziomie 30 000 m2, co stanowić ma około 1/3 planowanej powierzchni szpitala. Zamawiający wyjaśniając tak postawione warunki uznał, że przy projektowaniu tak dużego obiektu szpitalnego, a zarazem tak specjalistycznego, wymagającego zaplanowania i zaprojektowania tak wielu specjalistycznych jednostek szpitala niezbędny jest wykonawca, który ma doświadczenie w projektowaniu tego typu i tej wielkości obiektów służby zdrowia. Wymagane doświadczenie w zakresie projektu obiektu o określonej powierzchni jest, zdaniem zamawiającego pewnym wyznacznikiem, po którym można określić, czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie i jest w stanie zaprojektować obiekt szpitalny z pełnym powiązaniem funkcjonalnym, logicznym i ergonomicznym wymaganych funkcji przy jednoczesnej pełnej zgodności z przepisami i przyjętymi standardami.

Odwołujący replikując stanowisko zamawiającego wskazywał przede wszystkim na dwie kwestie, po pierwsze, że wymaganie doświadczenia na tak dużych obiektach narusza zasadę proporcjonalności, gdyż nie jest jeszcze dokładnie znana powierzchnia szpitala, a po drugie, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż zawęża krąg podmiotów mogących złożyć wniosek o dopuszczenie do dialogu tylko do jednej firmy, która w ostatnich kilkunastu latach wykonała sześć projektów dla obiektów o takiej powierzchni i kubaturze (dowód nr 2 złożony na rozprawie).

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający dokonując zmiany opisanych wymagań w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy wydłużył okres dla referencyjnych projektów do 13 lat. W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (personel), zamawiający zmodyfikował przedmiotowy warunek dopuszczając projekty budowlane i wykonawcze wykonane również na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zmienił warunek wskazując, że chodzi o wykonanie projektów a nie zamówień oraz dopuścił możliwość wykazania się wykonaniem projektów budowlanych czy wykonawczych poza granicami Polski, zamieszczając definicje równoważności tych pojęć.

Tak więc kwestią sporną pozostała w zasadzie wielkość zaprojektowanych powierzchni, która jest niezbędna dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz doświadczenia personelu.

Oceniając powyższe Izba zauważa, że zamawiający w sposób niesymetryczny odniósł powierzchnię szpitala do innych postawionych wymagań. Dla przykładu na 20 projektowanych sal operacyjnych wystarczającym jest wykazanie się wykonaniem projektu szpitala posiadającego 4 sale operacyjne, co stanowi 20 % wymagania w tym postepowaniu. Natomiast stosunek powierzchni wymaganej do planowanej w Centrum Onkologii wynosi od

33 do nawet ponad 40%, gdyż sam zamawiający podał, że obiekt Centrum nie może być według zał. nr 2 mniejszy niż 73 616 m2. Powyższe uzasadniałoby zmniejszenie wymaganej powierzchni do 20 -25 tys.m2.

Jednakże Izba uznała, że takie zmniejszenie wymaganej powierzchni nie ma wpływu na wynik postepowania, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że tylko uwzględnienie żądań w zakresie powierzchni w wielkości podanej w odwołaniu umożliwi mu złożenie oferty. Oceniając postawione żądania w zakresie powierzchni obiektów referencyjnych Izba uznała, że zmniejszenie wymagań zamawiającego w zakresie referencyjnej powierzchni, która wynosi 30 000 m2 do powierzchni niezbędnej dla odwołującego tj. 10 000 m2 jest całkowicie nieuzasadnione. Zaprojektowanie obiektu szpitalnego o pow. 10 000 m2 nie da się w żaden sposób porównać do skali skomplikowania i trudności zaprojektowania przedmiotowego Centrum Onkologii w szczególności, iż przedmiot zamówienia nie dotyczy tylko budowy nowego obiektu, ale także modernizacji już istniejącej części. Warunek udziału jak i wymagania co do osób referowanych dla pełnienia określonych samodzielnych funkcji na poziomie oczekiwanym przez odwołującego w żaden sposób nie może być uznany za proporcjonalny do zakresu zadań jakie należy wykonać przy projektowaniu Centrum, którego powierzchni będzie oscylowała pomiędzy 73 a 90 tysięcy metrów kwadratowych i będzie znajdowało się na jej powierzchni 20 sal operacyjnych, oddział intensywnej terapii (37 łóżek), izba przyjęć, centralna sterylizatornia, kilkadziesiąt pracowni diagnostycznych, 18 klinik specjalistycznych.

Nie znalazło potwierdzenia w składanym przez odwołującego materiale dowodowym twierdzenie, iż w Polsce istnieje tylko jeden podmiot mogący spełnić wymagania zamawiającego. Odwołujący przedłożył w tym zakresie dowody mające wskazywać, że tylko Industrial Project Sp. z o. o. wykonywała wszystkie projekty dla budowy szpitali o powierzchni ponad 30 000 m2. Izba nie uznała tych dowodów za przekonywujące, gdyż fakt, że dany podmiot wykonywał takie projekty w określonych przez zamawiających wymagań nie może być dowodem, że są to wszystkie tego typu projekty, a nie tylko te które mają służyć odwołującemu dla potwierdzenia stawianych przez niego tez dowodowych.

Zauważyć należy, że wykonawcy zadawali zamawiającemu szereg pytań, w tym istotne dla tej sprawy jest pytanie nr 6, gdzie jeden z potencjalnych wykonawców zadał pytanie o treści, cyt.” Odnosząc się do treści sformułowanego warunku wnosimy o wydłużenie okresu wykazania doświadczenia do lat 13. Swój wniosek motywujemy faktem, iż z pozyskanych przez nas informacji, w tym analizy doświadczenia biur projektowych na obiekcie wpisującym się w jego treści na rynku istnieje 3/4 biura projektowe, które są w stanie spełnić ten warunek w obecnej chwili.

Wydłużenie okresu doświadczenia do lat 13 rozszerzy konkurencyjność prowadzonego przez Państwa postępowania o kolejnych wykonawców, co przełoży się zarówno na możliwość uzyskania korzystnych ofert, jak również będzie gwarantowało

rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że podmiot zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu dokonuje analizy rynku, stwierdzając, że obecnie na rynku istniej 3 - 4 biur projektowych mogących spełnić obecne wymagania, a przedłużenie okresu wykazania się doświadczeniem do 13 lat ilość takich biur zwiększy. Podkreślić należy, że zamawiający dokonał zmiany wymagań i wydłużył okres możliwości wykazania się doświadczeniem do lat 13. Nadto zamawiający dopuścił wykazanie projektów realizowanych poza Polską w oparciu o równoważne przepisy krajów w których były realizowane. Zamawiający również dopuścił kwalifikacje zawodowe równoważne, tj. zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 poz. 1333), z uwzględnieniem postanowień ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220). Ponadto dopuścił możliwość sumowania wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji przez podmioty składające ofertę wspólną.

Dalszego uszczegółowienia wymaga kwestia braku podstaw do zmniejszenia w tym stanie faktycznym wielkości wymaganej powierzchni z 30 000 m2 do np. 20 000 m2.Izba wskazuje, że odwołanie ma za cel zmianę sytuacji prawnej konkretnego wykonawcy. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11uznał, że wniesione odwołanie nie pełni funkcji publicznych mających na celu prawidłowe stosowanie Pzp, czy też umożliwienie wzięcia udziału w postepowaniu szerszemu kręgu wykonawców. Zdaniem Sądu postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej i przez pryzmat tego odwołania należy oceniać wpływ na wynik postępowania. Przepisy ustawy Pzp traktują odwołanie, jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia - wybór oferty

wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu. Nadto zgodnie z przepisem art. 554 ust.1 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, kiedy naruszenie przez zamawiającego przepisów miało wpływ na wynik postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznała, że niezasadnym byłoby ograniczenie wymagań zamawiającego w zakresie wielkości powierzchni, której zaprojektowanie daje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu oraz skierowania do jego realizacji określonych osób, do oczekiwanej wielkości 10 000 m2. W nawiązaniu do powyższego przywołać należy stanowisko odwołującego zapisane w protokole z rozprawy, w którym odwołujący oświadczył, że, cyt." Odwołujący podaje, że aby mógł wziąć udział w postępowaniu, to te żądania z odwołania, muszą być uwzględnione w wersji tam zapisanej. Ustalenie wymagań na wyższym poziomie niż te o które w odwołaniu wnosi odwołujący nie pozwolą odwołującemu na wzięcie udziału w postępowaniu". W takiej sytuacji Izba uznała, iż ewentualne zmniejszenie wymagań w zakresie powierzchni o kilka tys. metrów kwadratowych nie miałoby wpływu na wynik postepowania, gdyż pomimo takiego zmniejszenia odwołujący nie mógłby złożyć wniosku o dopuszczenie do postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut dotyczący kryterium selekcji jak i braku możliwości, aby z wykonaniem projektu budowalnego zrównać koncepcję wykonania inwestycji za niezasadny, gdyż istotną różnicą jest przede wszystkim fakt, że projekt musi wykonać osoba, która ma uprawnienie do wykonania samodzielnych funkcji w budownictwie, natomiast koncepcja może być wykonana przez osobę, która takich uprawnień nie posiada. Podkreślić należy, że przy odwołaniach od postanowień ogłoszenia o zamówieniu jak i SWZ Izba dokonuje ocenę zasadności podniesionych zarzutów przez pryzmat żądań postawionych przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu.

W zakresie kosztów postępowania Izba w oparciu o § 8 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w związku z oddaleniem odwołania kosztami postępowania obciążyła odwołującego nakazując zaliczenie w poczet kosztów postępowania kwoty uiszczonego wpisu oraz nakazała zwrot dla przystępującego kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Przewodniczący.....