

WYROK

z dnia 10 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne uwzględnienie zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., AW 2ARCHITECTS OY z siedzibą lidera we Wrocławiu z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn.: Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy, rozbudowy i modernizacji Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej Curie Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, znak sprawy: NzO-160/21/ZS (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2021 roku, numer ogłoszenia: 2021/S 167-437935.

Dnia 3 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie złożył wykonawca: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej jako „odwołujący”.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechań i czynności zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez czynność polegającą na uznaniu, że informacje zawarte w dokumentach złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIASTOPROJEKT WROCŁAW Sp. z o.o., AW2 ARCHITECTS OY z siedzibą lidera we Wrocławiu (dalej „Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław”): (a) Jednolitym Dokumencie Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. w zakresie, w jakim odnoszą się do danych osobowych projektanta branży drogowej - Załącznik nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; (b) Jednolitym Dokumencie AW2 ARCHITECTS OY w zakresie, w jakim odnoszą się do danych osobowych projektantów: branży architektonicznej, technologa medycznego, branży konstrukcyjnej, branży instalacyjnej (elektrycznej), branży instalacyjnej (sanitarnej) - Załącznik nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; (c) Wykazie osób skierowanych przez Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław do realizacji zamówienia złożonym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt Rozdziale X pkt 4.1 Opisu Potrzeb i Wymagań - Załącznik nr 8 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

3

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa podczas gdy Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław nie wykazało, że informacje te spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”);

2. art. 122 ustawy Pzp i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X pkt 4.1 lit. a i pkt 4.2 lit. a, e, f Opisu Potrzeb i Wymagań - dalej jako „OPiW”, podczas gdy przedstawione przez odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący, podnosząc powyższe, wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 22 grudnia 2021 r. polegającej na uznaniu, że informacje zawarte w dokumentach przedstawionych przez Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. (a) Jednolitym Dokumencie Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. w zakresie, w jakim odnoszą się do danych osobowych projektanta branży drogowej; (b) Jednolitym Dokumencie AW2 Architects OY w zakresie, w jakim odnoszą się do danych osobowych projektantów: branży

architektonicznej, technologia medycznego, branży konstrukcyjnej, branży instalacyjnej (elektrycznej), branży instalacyjnej (sanitarnej); (c) Wykazie osób skierowanych przez Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław do realizacji zamówienia złożonym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X pkt 4.1 OPIW stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa; a także unieważnienia czynności wezwania odwołującego w trybie art. 122 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X pkt 4.1 lit. a i pkt 4.2 lit. a, e, f OPIW.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość

poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów

ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania,

o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu ma interes w tym, aby wniosek innego wykonawcy został oddalony, gdyż to pozwoli mu zapoznać się z dokumentami przez niego złożonymi i zweryfikować, czy potwierdził on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku zaistnienia przesłanek, będzie miał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do odrzucenia oferty Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław. Odwołujący posiada również interes do wniesienia odwołania w zakresie, w jakim zarzucił zamawiającemu niezasadne wezwanie go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W ocenie odwołującego z dokumentów dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X pkt 4.1 lit. a oraz 4.2 lit. a, e, f OPIW. Żądanie zamawiającego w tym zakresie ma więc charakter nadprogowy. Odwołujący może ponieść szkodę wskutek działania zamawiającego, gdyż w przypadku negatywnej oceny dokumentów złożonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie - nie zostanie zaproszony do udziału w negocjacjach, a złożony przez niego wniosek zostanie odrzucony.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swoje przystąpienie wykonawca: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpowarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy: PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpowarowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego.

Skład orzekający stwierdził, że przystąpienie złożone przez wykonawcę:

Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu należy uznać za nieskuteczne. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że w postępowaniu swój wniosek złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz AW2 ARCHITECTS OY z siedzibą w Helsinkach. Z kolei przystąpienie do postępowania zgłosił wykonawca: Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Z treści przystąpienia, ani z załączonych do niego dokumentów nie wynika w żaden sposób, że przystąpienie tego wykonawcy nastąpiło w imieniu obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W tym miejscu należy przywołać treść przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp uczestnikami postępowania stają się wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Szczególną uwagę, w treści wyżej cytowanych przepisów należy zwrócić na sformułowanie: „wykonawca”. Definicja legalna tego pojęcia zawarta jest w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i w myśl tego przepisu wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w przepisie obejmuje, jak wskazuje się w orzecznictwie, potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego - zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów uprawnionych do zgłoszenia przystąpienia, Izba stwierdziła, iż Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie należy do żadnej z wyżej wymienionych kategorii, w szczególności nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Wprawdzie spółka ta jest osobą prawną, to nie ona złożyła wniosek w niniejszym postępowaniu, ale wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, działający w formie konsorcjum.

Izba przypomina, że w przypadku, gdy o zamówienie ubiegają się wykonawcy wspólnie to wykonawcą, w myśl art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, są podmioty wspólnie składające wniosek. Przepis ten bowiem nakazuje stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. W konsekwencji to wszystkim działającym łącznie wykonawcom, wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne - przysługuje także prawo do zgłaszania ewentualnych przystąpień. Prawo to nie przysługuje natomiast w takim przypadku podmiotom działającym samodzielnie, wchodzącym w skład konsorcjum.

Z kolei z treści złożonego przystąpienia wynika bezspornie, że zostało ono zgłoszone przez jeden, wymieniony w treści tego zgłoszenia podmiot. Z żadnego innego dokumentu nie wynika wola Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum. Do przystąpienia nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania tego podmiotu w imieniu innym niż własne.

Mając na uwadze powyższe - Izba nie dopuściła tego podmiotu do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w części tj. w zakresie w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp dotyczący zastrzeżenia przez Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław tajemnicy swojego przedsiębiorstwa.

Zamawiający, na potwierdzenie swojego stanowiska, złożył również pismo procesowe z 23 stycznia 2022 r. zatytułowane wnioski dowodowe.

Przystępujący, wezwany do złożenia pisemnego stanowiska w sprawie złożył do akt sprawy pismo procesowe datowane na 18 stycznia 2022 r.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 7 lutego 2022 r. złożył pismo procesowe, wraz z dowodami na poparcie swoich twierdzeń, wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez odwołującego i zamawiającego, załączone do odwołania, składanych pism procesowych oraz złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu z powodu uwzględnienia części zarzutów odwołania przez zamawiającego, odnoszących się do wniosku Konsorcjum Miastoprojekt Wrocław. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji niniejszego wyroku.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, czego wyrazem jest punkt 2 sentencji orzeczenia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w pkt 4.2 OPIW zamawiający określił warunek

udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 13 (trzynastu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do

7

udziału w postępowaniu wykonał: (a) co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na: wykonaniu projektu budowlanego wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 30 000 m², w ramach której zaprojektowano co najmniej 200 łóżek szpitalnych, co najmniej 4 (cztery) sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopia, MRI lub CT lub rentgen; oraz (b) co najmniej 2 (dwie) usługi zrealizowane na różnych obiektach polegające na: wykonaniu projektu budowlanego i wykonawczego dla obiektu o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 20 m² o co najmniej 6 kondygnacjach nadziemnych i minimum 1 kondygnacji podziemnej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną. Zamawiający dopuszcza wykazanie spełnienia warunku opisanego w pkt a) i b) w ramach tej samej usługi. Wykaz usług musi zawierać co najmniej 2 usługi projektowe zrealizowane na różnych obiektach.

Odwolujący, w celu potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego określonych w Rozdziale X pkt 4.2 lit. a OPIW wskazał, że posiada następujące doświadczenie: Wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną, w ramach którego zaprojektowano 420 łóżek szpitalnych, 5 sal operacyjnych, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopia, MRI, CT, rentgen. Jako podmiot, który usługę wykonał wpisano: AB-Projekt F.P.H.U. A. B., z kolej zamówienie realizowane było, zgodnie z informacją zawartą w tabeli, dla: Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego im. prof. Antoniego Gębali w Lublinie, ul. prof. Antoniego Gębali 6 (dalej jako „Szpital w Lublinie”). Jako okres świadczenia usług wpisano: od 25 maja 2009 r. do 31 sierpnia 2017 r. Podano również powierzchnię użytkową obiektu: 35 200,50 m².

Zamawiający zwrócił się do Szpitala w Lublinie z prośbą o udzielenie informacji na temat projektów wykonanych przez AB-Projekt A. B. (dalej „AB-Projekt”) w ostatnich latach na jego rzecz. W odpowiedzi na powyższe w dniu 28 listopada 2021 r. przesłano zamawiającemu tabelę z zestawieniem umów oraz wykonanych dokumentacji projektowych dla Szpitala w Lublinie. Z zestawienia wynika, że na przestrzeni lat 2009 - 2019 AB-Projekt wykonał 9 dokumentacji projektowych na rzecz tego zamawiającego.

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2021 r. zwrócił się do Szpitala w Lublinie o doprecyzowanie informacji na temat powierzchni użytkowej szpitala, zaprojektowanej przez wykonawcę w 2009 r. Zamawiający chciał uzyskać informację jaka część projektu dotyczyła budowy, a jaka jego przebudowy. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. uzyskał

odpowiedź, w której Szpital w Lublinie wyjaśnił, że projekt wykonany przez AB-Projekt nosi

8

tytuł: „Rozbudowa, nadbudowa i przebudowa wraz z instalacją elektryczną, wod-kan,

wentylacją mechaniczną i klimatyzacją oraz instalacją gazów medycznych budynków Dziecięcego Szpitala im Prof. Antoniego Gębali” (obecnie Uniwersyteckiego Szpitala

Dziecięcego w Lublinie). Doprecyzowano również, że: Pkt a „Rozbudowa, przebudowa ... część wysoka powierzchnia 9583,97 m² - w tym budowa w rozumieniu Prawa budowlanego (art. 3 pkt 6) wynosi 617,88 m² (nadbudowa piętra V); Pkt b „Rozbudowa, przebudowa . część niska powierzchnia 7286,75 m² w tym budowa w rozumieniu Prawa budowlanego (art. 3 pkt 6) wynosi 1186,16 m² (Archiwum - 814,09 m² i budynek MRI 372.07 m²). Pozostała część budynku to w rozumieniu Prawa budowlanego art. 3 pkt 7a - rozbudowa.

Następnie, na wniosek zamawiającego, który zwrócił się do Szpitala w Lublinie z pytaniem, czy w ostatnim zdaniu nie doszło do omyłki (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego dotyczy bowiem przebudowy, a nie rozbudowy) w dniu 14 grudnia 2021 r. sprostowano powyższą informację wskazując, że omyłkowo posłużono się pojęciem "rozbudowa" zamiast "przebudowa".

Ponadto, Izba ustaliła, że w Rozdziale X pkt 4.1. OPIW sformułowane zostały także warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do osób zdolnych do wykonania

zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do realizacji zamówienia spełniającymi następujące wymagania: (a) projektant branży architektonicznej - co najmniej 1 (jedna) osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń, posiadająca minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe oraz legitymująca się doświadczeniem w wykonaniu w branży architektonicznej co najmniej 2 (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 sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopię, MRI lub CT lub rentgen; (e) projektant branży sanitarnej - co najmniej 1 (jedna) osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności sanitarnej do projektowania bez ograniczeń posiadająca min. 5-letnie doświadczenie zawodowe i która spełnia następujące warunki zrealizowała w branży instalacyjnej sanitarnej co najmniej 2 (dwa) projekty na różnych obiektach polegające na wykonaniu projektu wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej co najmniej 30 000 m², zawierającego co najmniej 200 łóżek szpitalnych, co najmniej 4 sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne:

endoskopię, MRI lub CT lub rentgen; (f) projektant branży instalacyjnej (elektrycznej) - co najmniej 1 (jedna) osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do projektowania bez ograniczeń posiadająca min. 5-letnie doświadczenie zawodowe i która spełnia następujące warunki zrealizowała w branży instalacyjnej elektrycznej co najmniej 2 (dwa) projekty na różnych obiektach polegające na wykonaniu projektu wykonawczego dla budowy obiektu szpitalnego wraz z infrastrukturą zewnętrzną o powierzchni użytkowej co najmniej 30 000 m², zawierającego łącznie co najmniej 200 łóżek szpitalnych, co najmniej 4 sale operacyjne, Oddział Intensywnej Opieki Medycznej, Aptekę Szpitalną oraz pomieszczenia diagnostyczne: endoskopię, MRI lub CT lub rentgen.

Odwolujący, w złożonym na wezwanie zamawiającego wykazie osób wskazał: (i) projektanta branży architektonicznej, który wykonał projekt budowlany i wykonawczy w branży architektonicznej dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Lublinie (...) o powierzchni użytkowej 35.200,50 m²; projekt budowlany i wykonawczy w branży architektonicznej dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) SP SZOZ "Zdroje" w Szczecinie (...) o powierzchni użytkowej 30.330,80 m² (...); litera: e) projektanta branży instalacyjnej sanitarnej, który wykonał: projekt budowlany i wykonawczy w branży instalacji sanitarnych dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Lublinie (...) o powierzchni użytkowej 35.200,50 m²; projekt budowlany i wykonawczy w branży architektonicznej dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) SP SZOZ "Zdroje" w Szczecinie (...) o powierzchni użytkowej 30.330,80 m² (...); litera: f) projektanta branży instalacyjnej elektrycznej, który wykonał: projekt budowlany i wykonawczy w branży architektonicznej dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Lublinie (...) o powierzchni użytkowej 35.200,50 m²; projekt budowlany i wykonawczy w branży architektonicznej dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) SP SZOZ "Zdroje" w Szczecinie (...) o powierzchni użytkowej 30.330,80 m².

Zamawiający zwrócił się również do SP SZOZ "Zdroje" w Szczecinie (dalej „Zdroje w Szczecinie”), aby ten udzielił mu informacji jaka część zrealizowanego zamówienia dotyczyła projektów przebudowy, a jaka budowy i rozbudowy. Inwestor, w odpowiedzi wyjaśnił, że część polegająca na przebudowie to powierzchnia 10 000 m².

Zamawiający w dniu 28 grudnia 2021 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X pkt 4.2 lit. a OPIW (pkt 1 wezwania) oraz pkt 4.1 lit. a, e, f (pkt 2 wezwania). W ocenie zamawiającego doświadczenie polegające

10

na wykonaniu przez podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się odwołujący - AB Projekt A. B.: wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy (tj. m.in. rozbudowy, nadbudowy) obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego im. prof. Antoniego Gębali w Lublinie, ul. prof. Antoniego Gębali 6 oraz "wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy (tj. m.in. budowy, rozbudowy, nadbudowy) obiektu szpitalnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą zewnętrzną" na rzecz Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Zdroje” w Szczecinie, nie spełnia warunków Rozdziału X pkt 4.1 lit. a oraz w pkt 4.2 lit. a, e, f OPIW.

Zamawiający, powołując się na informacje pozyskane od inwestorów wskazał, iż wykonane projekty dotyczyły także "przebudowy" obiektu szpitala, czego zamawiający w OPIW nie dopuścił. Część projektów dotycząca rozbudowy/ budowy nie spełniała w obu przypadkach wymogu zaprojektowania 30.000 m² powierzchni użytkowej budynku. Zatem brak jest podstaw do uznania, że projekty referencyjne potwierdzają spełnianie przez odwołującego wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu, o których mowa powyżej.

Odwołujący odnosząc się do treści wezwania, w pierwszej kolejności podkreślał, że to jest nieuzasadnione, gdyż zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany treści warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert. W jego ocenie z żadnego fragmentu OPIW nie wynika, że zamawiający wymagał, aby doświadczenie referencyjne miało dotyczyć zaprojektowania robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub nadbudowie obiektu szpitala, których zakres miał obejmować nowo - zaprojektowaną powierzchnię 30.000 m² obiektu szpitalnego. Z literalnej wykładni warunku udziału w postępowaniu wynika, że wskazaną powierzchnię odnosić należało do obiektu szpitalnego (istniejącego lub mającego powstać w przyszłości), a nie do projektowanych robót budowlanych.

Zamawiający nie wskazał, że w przypadku rozbudowy, odbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego wymóg dotyczący powierzchni użytkowej obiektu odnosi się do powierzchni nowej (tj. odbudowywanej, nadbudowywanej lub dodanej w wyniku rozbudowy) części obiektu. W świetle powyższego odwołujący twierdził, że stawianie na tym etapie postępowania przetargowego wymagania, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji projektu, w wyniku którego projektowana powierzchnia szpitala zwiększyła się o 30.000 m² jest wymogiem nadmiarowym, nie mającym swojego źródła w dokumentacji przetargowej. Gdyby taka była intencja zamawiającego, to powinien to wyraźnie wyartykułować w treści OPIW.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do powyższej argumentacji, należy podkreślić, że wywody odwołującego w powyższym zakresie nie znajdują oparcia w literalnym brzmieniu warunku udziału w postępowaniu. Ten natomiast, w brzmieniu ustanowionym przez zamawiającego w treści OPIW nie może być interpretowany w inny sposób, niż konieczność wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu budowy obiektu szpitalnego o powierzchni określonej w treści warunku tj. 30 tys. m². Zamawiający, w piśmie kierowanym do wykonawców z 24 września 2021 r., wyjaśnił też co rozumie pod pojęciem budowy, powołując treść definicji, wprowadzonej w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane i dopuścił, aby wykonawcy powoływali się na wykonane prace budowlane takie jak: odbudowa, rozbudowa i nadbudowa. Tym samym, zgodnie z cytowanym wyżej wyjaśnieniem, wykonawca mógł wykazać się zamówieniem, w którym powierzchnia projektowanej odbudowy, rozbudowy czy nadbudowy wynosiła nie mniej niż 30 tys. m². W tym samym piśmie zamawiający stwierdził również, że nie dopuszcza wykazania się projektami dotyczącymi przebudowy, a zgodnie z definicją przebudowy wprowadzonej w art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane jako przebudowę traktuje się wykonanie robót, które nie dotyczą zmiany charakterystycznych parametrów obiektu takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

Izba nie podzieliła zatem interpretacji odwołującego, że z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu wynika, że wskazaną powierzchnię 30 tys. m² odnosić należało do obiektu szpitalnego (istniejącego lub mającego powstać w przyszłości), a nie do projektowanych robót budowlanych. Jak trafnie dostrzegł zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, że gdyby tak rozumieć treść warunku, jak czyni to odwołujący, prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. W przypadku bowiem, gdyby zamówienie odnosiło się do projektowanej budowy, wówczas powierzchnia obiektu musiałaby wynosić co najmniej 30 tys. m². Z kolei w przypadku wykazywania się doświadczeniem w rozbudowie - zamawiający musiałby dopuścić doświadczenie w zakresie mniejszej powierzchni projektowanej rozbudowy, byleby dotyczyła ona budynku o powierzchni łącznej 30 tys. m². Takie rozumienie wypaczałoby treść warunku, a co najistotniejsze nie służyłoby nadrzędnemu celowi, jakim w postępowaniu jest pozyskanie wykonawcy, który zdolny jest wykonać zamówienie publiczne.

Izba nie zgadza się także z odwołującym, że treść dokumentacji przetargowej była

nieprecyzyjna, czy też mogła budzić wątpliwości wykonawców co do brzmienia treści warunku. Z pewnością też na etapie przygotowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie budziła ona również wątpliwości odwołującego. Jak wykazał zamawiający za pomocą dowodów w postaci: (1) treści odwołania złożonego przez

odwołującego w tym samym postępowaniu z 9 września 2021 r.; (2) protokołu z rozprawy w sprawie KIO 2663/21 odwołujący prezentował w tych dokumentach rozumienie treści warunku udziału w postępowaniu, w zakresie który teraz kwestionuje, w sposób tożsamy do prezentowanego przez zamawiającego.

Odwołujący w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą 2663/21 zarówno w treści odwołania, jak też na rozprawie, zwracał uwagę na wymaganie dotyczące tego, że powierzchnia użytkowa referencyjnego szpitala wynosić musi co najmniej 30 tys. m² podnosząc, że jest to wymóg nadmierny i niewiele było projektowanych obiektów, które te wymogi spełniały. Odwołujący domagał się zmiany treści warunku i zmniejszenia powierzchni, która była zaprojektowana. Argumentował też, że kluczowe znaczenie dla oceny doświadczenia ma kwestia jakie pomieszczenia zostały zaprojektowane w ramach danej inwestycji, a nie powierzchnia samego obiektu. Izba oddaliła odwołanie w sprawie KIO 2663/21 stwierdzając w uzasadnieniu, że wymagania postawione przez zamawiającego w zakresie żądanej powierzchni są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zaakceptowała również stanowisko zamawiającego, że wymaganie dotyczące powierzchni szpitala, który ma być zaprojektowany w zamówieniu referencyjnym, winno być niezależne od wymagań odnoszących się do wyposażenia pomieszczeń szpitalnych.

W konsekwencji, zamawiający nie mógł uznać, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu w przypadku, gdy zaprojektowane roboty budowlane obejmowały wskazane, kluczowe z punktu widzenia zamawiającego elementy, nie spełniając jednocześnie wymogu minimalnej powierzchni budowy/ rozbudowy wynoszącej 30 tys. m².

Odnosząc z kolei powyższe do referencyjnego projektu, który wskazał w treści wykazu zrealizowanych zamówień odwołujący nie ulega wątpliwości, że w przypadku inwestycji - Szpitala w Lublinie doświadczenie AB-PROJEKT nie odpowiadało treści warunku. Wynika to jednoznacznie ze stanowiska Inwestora, który w odpowiedzi na pytanie zamawiającego precyzyjnie wskazał, która część dokumentacji projektowej odnosiła się do budowy/ rozbudowy, a która dotyczyła jedynie przebudowy. Wobec tak precyzyjnie przedstawionego stanowiska Szpitala w Lublinie, zamawiający prawidłowo ocenił na tej podstawie, że wymóg referencyjny nie został spełniony i skierował do odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale X pkt 4.2 OPIW - Wykazu usług.

Z kolei odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego, załączonych do pisma procesowego z 7 lutego 2022 r. stwierdzić należy, że nie wynika z nich, że w ramach referencyjnego zamówienia, które zostało przez niego w treści wykazu wymienione i opisane - spełniony został wymóg w zakresie minimalnej powierzchni. Odwołujący przedkłada między

13

innymi jako dowód decyzję nr 862/1591 z 29 grudnia 2009 r. zatwierdzającą projekt budowlany i wykonawczy argumentując, że ta swoim zakresem obejmowała realizację wszystkich prac i próbuje na jej podstawie wykazać, że przedsięwzięcie to, jako całość obejmuje rozbudowę szpitala. Co znamienne, odwołujący koncentruje się jednak wyłącznie na samej procedurze administracyjnej, związanej z uzyskaniem pozwolenia na budowę, przytaczając tezy z orzecznictwa i ponownie podejmując próby interpretacji treści warunku w taki sposób, aby ocena była dla niego korzystna. Bez znaczenia, w ocenie Izby, jest jak zakwalifikował realizowane prace organ nadzoru oraz, że w samej decyzji wymieniono zarówno prace obejmujące rozbudowę/ budowę jak i przebudowę. Kluczowe jest bowiem jaki był faktyczny zakres poszczególnych elementów w referencyjnym zamówieniu. Innymi słowy, w jakim zakresie zamówienie to dotyczyło budowy, w jakim natomiast przebudowy szpitala.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu, z treści którego wynikałoby jednoznacznie, jaki zakres stanowiły poszczególne prace. Tym samym należało przyznać rację zamawiającemu, który dysponując jednoznacznym dowodem - oceną samego Szpitala w Lublinie uznał, że warunek udziału w postępowaniu, w brzmieniu które zostało wprowadzone do treści SWZ, nie został przez odwołującego spełniony.

W kontekście oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny przez zamawiającego projektu zrealizowanego dla Szpitala w Lublinie należy też zgodzić się z zamawiającym, że skoro w treści warunku posłużył się sformułowaniem „wykonał usługę”, to nie można pod tym pojęciem rozumieć szeregu kolejno realizowanych po sobie zleceń, obejmujących odrębne zakresy. Nawet jeśli te zlecenia dotyczą wykonania kolejnych projektów budowlanych i wykonawczych, kosztorysów inwestorskich i STWIOR dla tego samego obiektu, to przez sam fakt, że mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym nie sposób jest stwierdzić, że mamy do czynienia z wykonaniem jednej usługi. Niewątpliwie pojęcie usługi jest tożsame z realizacją danego, jednego zamówienia (zamawiający użył wyraźnie liczby pojedynczej). Także z tego powodu nie można uznać, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu, zamówienia realizowanego przez AB-PROJEKT dla Szpitala w Lublinie, jeśli poszczególne zakresy dokumentacji zlecane były w ramach

odrębnych umów, w latach 2009-2019.

Zamawiający nie wskazywał wprawdzie tej okoliczności w treści wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ale też z treści wykazu nie wynikało, że odwołujący opisując to zamówienie miał na myśli nie jedną usługę realizowaną w oparciu o zawartą z zamawiającym umowę, ale szereg zleceń dotyczących wykonania poszczególnych elementów dokumentacji dla tego obiektu. Ponieważ argumentacja w tym zakresie pojawiła się w treści odwołania, jak też była podnoszona na rozprawie, Izba w tym

14

zakresie pragnie jeszcze raz podkreślić, że nie ulega wątpliwości, że pojęcie „usługi” nie może być rozumiane w sposób, jaki chce tego odwołujący a więc jako szeregu projektów, zlecanych na przestrzeni lat 2009 - 2019, dotyczących kolejnych etapów projektowanej inwestycji.

Z kolei odnosząc się do drugiego z projektów, wymienionego jako referencyjny w Wykazie osób tj. Zdroje w Szczecinie, rację należy przyznać zamawiającemu, który opierając się na informacji przekazanej przez Inwestora stwierdził, że projekt ten również nie spełnia warunku, tym razem w odniesieniu do wymagań odnoszących się do doświadczenia osób w brzmieniu określonym w Rozdziale X pkt 4.1 a, e, f OPIW.

Także w odniesieniu do tego zamówienia odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby jaką część projektowanej powierzchni stanowiła budowa, a jaka dotyczyła przebudowy. Z kolei okoliczność, że 26 stycznia 2022 r. Inwestor nie miał możliwości przekazania odwołującemu dokumentacji projektowej dotyczącej tego zamówienia, nie stanowi dowodu, że udzielając zamawiającemu informacji na temat tego zamówienia, nie oparł się na rzeczywistych danych.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami odwołującego.

Przewodniczący: