

Sygn. akt: KIO 3034/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Małgorzata Matecka

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie

w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. J. Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1a.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1b i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez ustanowienie odrębnego warunku dla robót budowlanych oraz odrębnego warunku dla dostaw.
3. Zarzut nr 2 pozostawia bez rozpoznania.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3034/24

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. J. Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa pomieszczeń w budynku E w celu łatwego przekształcenia w oddział zakaźny Szpitala Dziecięcego im. prof. dr. med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie – etap II poziom -1”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 sierpnia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr n 2024/BZP 00459959/01.

I. W dniu 21 sierpnia 2024 r. wykonawca Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu dokumentów zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp – poprzez

ustanowienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego rozdziale V w pkt 1 ppkt.

2.4 lit. a SWZ w ten sposób, że:

a) Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w realizacji jednej roboty budowlanej polegającej na remontie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu), czym nie dopuszczono doświadczenia w rozbudowie/przebudowie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (rozbudowie/przebudowie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu), co stanowi wymaganie nieuzasadnione wobec faktu, że remont skupia się na zachowaniu lub przywróceniu stanu obecnego, często nie wprowadzając znaczących zmian w strukturze budynku, zaś przebudowa czy rozbudowa przewiduje głębokie zmiany, które mogą całkowicie odmienić zarówno wygląd, jak i funkcję obiektu, a co za tym idzie jest robotą jeszcze bardziej skomplikowaną niż remont i zawierającą w sobie wszelkie cechy remontu oraz coś więcej, a zatem wyeliminowanie możliwości wykazania się doświadczeniem przy robocie bardziej skomplikowanej jaką jest przebudowa czy rozbudowa oddziału szpitalnego i dopuszczenie wyłącznie

remontu jest wymaganie nieprawidłowym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i sprzecznym z wyrażoną w art. 112 ustawy Pzp zasadą, że warunki udziału w postępowaniu mają być ustanowione w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,

b) Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w realizacji jednej roboty budowlanej w formule „wybuduj i wyposażyć” (z dostawą sprzętu i wyposażenia medycznego oraz mebli) o wartości 15 000 000,00 zł, polegającej na remontie oddziału szpitalnego, w tym dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30 % wartości całości robót brutto, co stanowi wymaganie nieuzasadnione wobec faktu, że niniejsze zamówienie zostało ogłoszone w trybie właściwym dla robót budowlanych, a nie dostaw, jest to wymaganie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nadmierne, sprzeczne z wyrażoną w art. 112 ustawy Pzp zasadą, że warunki udziału w postępowaniu mają być ustanowione w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, bowiem Zamawiający połączył w jeden warunek realizację, które wykonują w praktyce rynkowej odrębnie wykonawcy, tj. roboty budowlane wykonują firmy budowlane, zaś dostawy sprzętu wykonują firmy medyczne, a zatem Zamawiający powinien co najmniej rozdzielić te wymagania do dwóch osobnych warunków, tj. odrębnie wymaganie dot. doświadczenia w realizacji dostaw, a odrębnie robót budowlanych,

2. ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – art. 255 pkt 6

ustawy Pzp – poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania, w którym połączono ze sobą roboty budowlane i dostawy, mimo że dostawy te nie są niezbędne do wykonania tych robót budowlanych, a zatem nie powinny być szacowane i ogłoszone w jednym postępowaniu (niepodzielonym na części) łącznie z robotami budowlanymi i ogłaszane w trybie zamówienia podstawowego na roboty budowlane (w takiej sytuacji Zamawiający winien ogłosić odrębne postępowanie na roboty budowlane w trybie podstawowym oraz drugie na dostawę w trybie unijnym), co stanowi nieusuwalną wadę tego postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

a) nakazanie Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V w pkt. 1 ppkt 2.4 lit. a SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

2.4 zdolności technicznej lub zawodowej

a) Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że wykonał:

1) co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości 15 000 000,00 zł polegającą na remoncie, przebudowie, rozbudowie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie, przebudowie, rozbudowie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu) wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

2) co najmniej jedną dostawę lub co najmniej jedną robotę budowlaną, w której zakres wchodziła dostawa

sprzętu i wyposażenia medycznego oraz mebli, o wartości dostawy 4 500 000,00 zł, wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których dostawy/roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy/roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy/roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty,

b) ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – nakazanie

Zamawiającemu unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 5 września 2024 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 4 września 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. W ww. piśmie Zamawiający:

1) oświadczył, że uznaje odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu określonego w ust. 1a) odwołania z dnia 21 sierpnia 2024 r. dotyczącego warunku udziału

w postępowaniu, iż Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w realizacji jednej roboty budowlanej polegającej na remoncie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu), czym nie dopuszczono doświadczenia w rozbudowie/przebudowie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (rozbudowie/przebudowie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu);

2) oświadczył, że uwzględniając zasadność zarzutu podniesionego w odwołaniu dokonał dnia 22.08.2024 r. zmiany ogłoszenia, między innymi w ten sposób, że dokonał zmiany w Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazując, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „wybuduj” i wyposaż” (z dostawą sprzętu i wyposażenia medycznego oraz mebli) o wartości 15 000.000,00 zł, polegającą na remoncie, przebudowie oddziału

szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie, przebudowie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu) w tym dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30% wartości całości robót brutto wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat (...);

3) wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

III. W piśmie wniesionym w dniu 5 września 2024 r. Odwołujący stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2024 r. zmiana opisu warunku udziału w Postępowaniu nie odpowiada żądaniu odwołania odnoszącemu się do zarzutu nr 1a.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający, na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 5 września 2024 r., złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutu nr 1a.

IV. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

Pierwotnie Zamawiający sformułował opis warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (rozdział V pkt 1 ppkt 2.4 lit. a SWZ) w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną

w formule „wybuduj i wyposaż” (z dostawą sprzętu i wyposażenia medycznego oraz mebli) o wartości 15 000 000,00 zł, polegającą na remoncie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie części obiektu służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu) w tym dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30 % wartości całości robót brutto wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

W dniu 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia SWZ nadając mu następującą treść:

„Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w formule „wybuduj i wyposaż” (z dostawą sprzętu i wyposażenia medycznego oraz mebli) o wartości 15 000 000,00 zł, polegającą na remoncie, przebudowie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu (remontie, przebudowie części obiektu

służby zdrowia w warunkach czynnej reszty obiektu) w tym dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30 % wartości całości robót brutto wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat (...), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Dalsze ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach stanowiska Izby dotyczącego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzut nr 1a

Wobec złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu nr 1a postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1b

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że połączenie w opisie warunku udziału w Postępowaniu wymogu dotyczącego doświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych z wymogiem dotyczącym doświadczenia w dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30 % wartości całości robót brutto należy uznać za nieprawidłowe, mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy i przepisy prawa. Prawdą jest, że w praktyce dostawą sprzętu i wyposażenia szpitalnego zajmują się inne podmioty niż te wykonujące roboty budowlane. Jak wynika z wyceny przedstawionej przez Odwołującego wartość asortymentu wymagającego wmontowania – w ramach przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie - wynosi niecałe 700 000 zł, podczas gdy w opisie warunku udziału w Postępowaniu wartość dostawy została określona na 30% wartości robót budowlanych, tj. 4 500 000 zł. Zamawiający nie wykazał, że powszechne jest łączenie robót budowlanych z dostawami sprzętu i wyposażenia szpitalnego o tak dużej wartości w stosunku do wartości robót. Zamawiający nie wykazał również, że połączenie takich wymogów w ramach jednego warunku udziału w postępowaniu jest uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy. Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu zamawiający powinien określić swoje wymagania na poziomie niezbędnym do oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia i niewykraczającym poza ten poziom, gdyż stanowiłoby to nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał, że konieczne jest połączenie w ramach jednego warunku udziału w Postępowaniu wymogu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu roboty budowlanej w zakresie oddziału szpitalnego w warunkach czynnej reszty obiektu z wymogiem dotyczącym zrealizowania dostawy sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego o wartości stanowiącej co najmniej 30 % wartości całości robót brutto. Zamawiającym nie wykazał przewagi takiego rozwiązania – na gruncie oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia - nad rozwiązaniem polegającym na ustanowieniu ww. wymogów w ramach oddzielnych warunków udziału w Postępowaniu. Natomiast rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego negatywnie wpływa na konkurencję w Postępowaniu, ograniczając wykonawcom możliwość złożenia oferty jako konsorcjum. Dopuszczenie do udziału w Postępowaniu konsorcjum, w ramach którego jeden z wykonawców będzie posiadał doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych, a drugi wykonawca będzie posiadał doświadczenie w dostawie sprzętu i wyposażenia oddziału szpitalnego, zdaniem składu orzekającego Izby nie spowoduje sporów kompetencyjnych, o których pisał

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, uzasadniając zastosowanie formuły „wybuduj i wyposaż”. Zgodnie bowiem z art. 445 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 ustawy Pzp (tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zastosowanie przez Zamawiającego formuły „wybuduj i wyposaż” nie oznacza, że wymagane doświadczenie musi być również nabyte w tej formule. Oczywiście nie można całkowicie wykluczyć takiego rozwiązania w konkretnych okolicznościach, jednakże Zamawiający nie wykazał, aby w niniejszej sprawie przyjęcie takiego rozwiązania było uzasadnione. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnej konkretnej argumentacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba podzieliła ocenę Odwołującego, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu należy uznać za nadmierny i niezasadnie ograniczający konkurencję. W związku z tym Izba przychyliła się do wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia poprzez ustanowienie odrębnego warunku dla doświadczenia w zakresie robót budowlanych i odrębnego warunku dla doświadczenia w zakresie dostaw.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zarzut nr 2

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu nr 1a oraz uwzględnieniem przez Izbę zarzutu nr 1b zarzut nr 2 – podniesiony jako ewentualny – został postawiony bez rozpoznania. Zarzut ten nie wchodził w zakres rozpoznania sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:

9