Sygn. akt: KIO 2142/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2024 r. przez **wykonawcę MISZBUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiat Kolski z siedzibą w Kole**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia sekcja XXIV ust. 2 pkt d.1), oraz odpowiednio sekcji V ust. 5.4.) pkt 2 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmniejszenie ilości wykonanych robót budowlanych w warunku z trzech na dwie oraz uwzględnienie konsekwencji powyższej zmiany w dokumentach zamówienia.
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Kolski z siedzibą w Kole i**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MISZBUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
   2.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Kolskiego z siedzibą w Kole na rzecz wykonawcy MISZBUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2142/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Kolski z siedzibą w Kole - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„PRZEBUDOWA ODDZIAŁU WEWNĘTRZNEGO W SP ZOZ W KOLE W RAMACH REALIZACJI ETAPU II", nr postępowania: ZP.272.5.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu14 czerwca 2024 r., za numerem 2024/BZP 00366504/01.

W dniu 14 czerwca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca MISZBUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia oraz na czynności Zamawiającego, podjęte w toku postępowania, a polegające na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający przepisy ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany treści dokumentów zamówienia: treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), sekcja XXIV ust. 2 pkt d.1), oraz odpowiednio sekcji V ust 5.4.) pkt 2 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu na następujące brzmienie:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres ten jest krótszy to za ten okres, co najmniej 2 roboty budowlane, o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, odpowiadającej robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, z podaniem rodzaju tej roboty i wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, z

załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, dowodami takimi mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty te były wykonane lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych - przy czym każda z tych robót musi być zrealizowana na czynnym obiekcie szpitalnym i jednocześnie obejmować wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych."

2) zamieszczenia stosownej zmiany na swojej stronie internetowej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), sekcja XXIV ust. 2 pkt d.1), oraz odpowiednio w sekcji V ust 5.4.) pkt 2 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.: Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres ten jest krótszy to za ten okres, co najmniej 3 roboty budowlane, o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, odpowiadającej robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, z podaniem rodzaju tej roboty i wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, dowodami takimi mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty te były wykonane lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych - przy czym każda z tych robót musi być zrealizowana na czynnym obiekcie szpitalnym i jednocześnie obejmować wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych.

Wnioskowana przez Odwołującego zmiana warunku sprawozda się wyłącznie do zmniejszenia ilości wykonanych robót tj. z trzech na dwie. Zakres wymaganych robót pozostaje niezmienny. Odwołujący podniósł, iż sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w ww. sposób tj. poprzez wymaganie wykonania aż 3 analogicznych robót stanowi rażące naruszenie powołanych w petitum odwołania przepisów ustawy pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, w sposób nadmierny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia straciło walor przejrzystości. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia dla określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób narzucony obecnie przez Zamawiającego. Wykonanie dwóch robót o analogicznym zakresie potwierdza doświadczenie wykonawcy, a także powtarzalność prawidłowej realizacji robót danego rodzaju. Z wykonania kolejnej analogicznej roboty nie płyną żadne dodatkowe korzyści dla Zamawiającego. Wykonawca, który wykonał dwie analogiczne roboty, daje dokładnie taką samą rękojmie wykonania zamówienia, co wykonawca, który wykonał trzy analogiczne roboty. Ograniczenie ilości robót do dwóch nie wpłynie w żaden sposób na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Wykonawca posiadający doświadczenie w wykonaniu dwóch robót odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zwielokrotnienie liczby analogicznych robót nie ma już żadnego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy. Zauważył, iż postawiony warunek jest bardzo precyzyjny tj. wskazano w nim wartość robót, zakres, a także konieczność ich wykonania na czynnym obiekcie szpitalnym. Nie jest to doświadczenie ogólne, a doświadczenie zdobyte w ściśle określonej sytuacji. Wykonawca, który już dwukrotnie wykonywał roboty na czynnym obiekcie szpitalnym, posiada w tym zakresie odpowiednie doświadczenie. Również dwukrotne wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych w czynnym obiekcie szpitalnym jest wystarczające to potwierdzenia posiadania odpowiednich kompetencji.

Zdaniem Odwołującego, obecny warunek udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, ogranicza konkurencję, eliminując podmioty zdolne do należytego wykonania zamówienia bez uzasadnionej podstawy. W orzecznictwie słusznie wskazuje się, że postępowanie przetargowe ma doprowadzić do wykluczenia wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia: „Stawiane przez zamawiającego warunki podmiotowe zmierzają do tego, aby wyłonić podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i aby wykluczyć z postępowania te podmioty, które tych warunków nie spełniają" (wyrok KIO 1812/13). Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nie prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców (nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać należycie zamówienie). Postawiony przez Zamawiającego warunek wyklucza z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie w zakresie prac objętych niniejszym zamówieniem, co więcej posiadających powtarzalne doświadczenie w tym zakresie. Obecny warunek udziału w tym zakresie nie stanowi minimalnych poziomów zdolności i nie jest uzasadniony stopniem złożoności czy warunkami realizacji zamówienia. Jednocześnie, ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego

wykonania. Wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie ww. kwestionowanego warunku nie posiada żadnych innych, dodatkowych kompetencji, które byłyby niezbędnymi i kluczowymi z punktu widzenia możliwości należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był realizowany z udziałem wysoko wykwalifikowanej kadry. Dodatkowe doświadczenie kadry stanowi kryterium oceny ofert. Tym samym, Zamawiający ma gwarancję bardzo wysokich kompetencji i doświadczenia osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia. To właśnie doświadczenie kadry jest kluczowe dla prawidłowej realizacji zamówienia (wprowadzenie kryterium oceny ofert). Dlatego w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien być otwarty na udział firm, które mają wystarczające doświadczenie i kompetencje do realizacji podobnych przedsięwzięć i chcą je realizować. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ograniczył konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, tym samym pozbawiając się szansy na uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację danej inwestycji oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Argumentację Odwołującego wspierają przykłady z rynku publicznego na podobne zamówienia. Odwołujący wskazał na inne postępowania, w których Zamawiający nie określają warunków udziału w postępowaniu wymagając wykonania aż 3 analogicznych robót budowlanych. Warunki udziału określane przez innych Zamawiających są formułowane w sposób zdecydowanie bardziej konkurencyjny niż w niniejszym postępowaniu. W zdecydowanej większości przypadków Zamawiający wymagają legitymowania się jedną lub dwoma robotami referencyjnymi. Przykładowo:

a) Centralny Szpital Kliniczny MSWIA - „Poprawa efektywności energetycznej w budynkach CSK MSWiA w Warszawie (warunek 1 robota budowlana – termomodernizacja budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 30.000.000,00 zł oraz przynajmniej 1 w czynnym obiekcie polegająca na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kategorii budowlanej XI na kwotę nie niższą niż 20.000.000,00 zł).

b) Szpital Czerniakowski sp. z o.o. - „Przebudowę kondygnacji 0 oraz budowę kondygnacji -1 w zakresie pomieszczeń auli wykładowej budynku A Szpitala Czerniakowskiego sp. z o.o.”:

c) Szpital Grochowski im. dr med. R.M. - Modernizacja i przebudowa Pracowni Endoskopii Szpitala Grochowskiego (dwie roboty budowlane o podobnym charakterze tj. polegające na modernizacji i przebudowie pomieszczeń na kwotę co najmniej 400.000,00 zł brutto każda).

d) Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu - DZP.242.680.2023_Wykonanie robót budowlanych zgodnie z nakazami zawartymi w Decyzji PPIS nr 4461/OP/23 i Decyzji PPIS 4462/23 w Klinice Endokrynologii i Diabetologii

Określenie przez Zamawiającego wymogu legitymowania się zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie aż trzech robót budowlanych jest nadmiernie, wygórowane i niezgodne z zasadą proporcjonalności określoną w art. 16 pkt 3 i art. 112 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z wskazanymi przepisami 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. Zasadę proporcjonalności wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 356/21). Odwołujący powołał się na orzeczenie o sygn. akt KIO 206/22, z dnia 19 czerwca 2017 (sygn. akt: KIO 1081/17, KIO 1084/17, KIO 1091/17) Formułując wymagania dotyczące referencyjnych zamówień w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien brać pod uwagę okoliczności i warunki rynkowe, tak, aby nadmierne wymagania co do doświadczenia, którym ma dysponować wykonawca, nie prowadziły do faktycznej eliminacji z możliwości udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytej realizacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający, w innych, poprzednich postępowaniach przetargowych, w odpowiedzi na wnioski wykonawców dokonywał modyfikacji warunków udziału. Przykładowo, Zamawiający modyfikując warunki udziału w postępowaniu na przebudowę oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów Ppoż (znak sprawy: ZP.272.11.2023) pozostawił jednak wówczas warunek wykonania 3 robót, modyfikując wyłącznie wymaganą kwotę robót z 5 mln złotych do 4 mln złotych. Takie działanie Zamawiającego wciąż jednak znacząco ograniczało dostęp do zamówienia, co doprowadziło do sytuacji, w której w postępowaniu wpłynęła wyłącznie jedna oferta przetargowa, która z punktu widzenia samego Zamawiającego nie była optymalna (Oferent uzyskał 87 punktów na 100 możliwych). Utrzymywanie zatem warunku zrealizowania aż trzech robót budowlanych prowadzi do zaburzenia (wyłączenia) konkurencji w postępowaniu.

Dokonany w przedmiotowym postępowaniu opis warunku doświadczenia jako nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy pzp. Odwołujący podkreślił, że zaproponowana nowa treść warunku doświadczenia wykonawcy, po pierwsze, otworzy przetarg na konkurencję, czyli na

przedsiębiorców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, co z kolei wpłynie korzystnie na wysokość cen oferowanych przez wykonawców, długość okresu gwarancji i termin wykonania robót; po drugie, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania; po trzecie, warunek udziału w brzmieniu postulowanym przez Wykonawcę, inaczej niż warunek określony aktualnie w dokumentach zamówienia, nie będzie nikogo dyskryminować. Zatem zwiększenie konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie otrzymanie konkurencyjnych ofert przetargowych, zdecydowanie leży w interesie przede wszystkim Zamawiającego, jak również w szeroko rozumianym interesie publicznym.

W dniu 3 lipca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 10 lipca 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe z dalszym stanowiskiem w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Odwołującego z załącznikami (w tym dowody: 1) SWZ postępowania pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ", 2) pytania i odpowiedzi do postępowania pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ", 3) informacja z otwarcia ofert w postępowaniu pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ", 4) informacja o wyniku postępowanie pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ", 5) zestawienie postępowań.)

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „*IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na przebudowie oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu II. Prace związane z kontynuacją przebudowy oddziału wewnętrznego będą prowadzone na pierwszym piętrze budynku głównego szpitala. W ramach realizacji etapu II nastąpi dalsze wykonanie robót budowlanych branży ogólnobudowlanej, sanitarnej, elektrycznej w tym wentylacji, klimatyzacji oraz instalacji gazów medycznych wraz z wymianą źródła gazów medycznych w zakresie instalacji gazów medycznych wraz z urządzeniami i osprzętem oraz zakup wyposażenia. Zmiana istniejących pomieszczeń poprzez zmianę układu sal chorych oraz uzupełnienie o indywidualne łazienki w salach chorych oraz dostosowanie innych pomieszczeń sanitarnych i technicznych. W wycenie oferty należy uwzględnić dokumentację projektową oraz działy w przedmiarach pt. „Elementy dodatkowe nie ujęte w dokumentacji". Należy również uwzględnić wszelkie prace związane z zabezpieczeniem (wygrodzenia, odtworzenia itp.) użytkowanych, sąsiadujących pomieszczeń obiektu. Także należy uwzględnić prace w obrębie izby przyjęć na parterze. Dodatkowo w oparciu o udostępniony projekt należy wycenić wielobranżowy zakres prac, związanych z wymianą źródeł gazów medycznych (roboty ogólnobudowlane, instalacyjne, elektryczne). W ofercie należy uwzględnić zakres prac instalacyjnych związanych z obsługą pomieszczeń I etapu (transfery, doprowadzenia, wpięcia w instalacjach wentylacyjno-klimatyzacyjnych i elektrycznych). Przebudowywany oddział jest oddziałem otwartym.*

Wykonawca zobowiązany jest tak zorganizować prace, aby nie kolidowały one z czynną częścią oddziału. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia stanowią: dokumentacja techniczna, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, oraz pomocniczo przedmiary robót (w przedmiarach robót występują elementy do wyceny, które nie występują w dokumentacji), projekt wykonawczy instalacji gazów medycznych."

- „XXIV. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE (…) 2. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowa Wykonawcy składają następujące podmiotowe środki dowodowe w poszczególnym zakresie: (…)

d) Zdolności technicznej lub zawodowej:

d.1) Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres ten jest krótszy to za ten okres, co najmniej 3 roboty budowlane, o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, odpowiadającej robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, z podaniem rodzaju tej roboty i wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, dowodami takimi mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty te były wykonane lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych.

- przy czym każda z tych robót musi być zrealizowana na czynnym obiekcie szpitalnym i jednocześnie obejmować wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych.

d.2) Wykonawca zobowiązany jest również załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia publicznego zgodnie z załącznikiem Nr 3 wraz z oświadczeniem Wykonawcy, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zamawiający wymaga:

a) jednego kierownika branży budowlanej

b) jednego kierownika branży sanitarnej

c) jednego kierownika branży elektrycznej.

d.3) zamawiający uzna spełnienie przedmiotowego warunku, jeżeli Wykonawca wykaże udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu umowy zgodnie z art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych. – warunek regulowany w umowie."

- w Rozdziale XXVIII. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPO OCENY OFERT Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: 1) Cena - 60 pkt 2) Gwarancja - 05 pkt 3) Termin wykonania - 11 pkt 4) Dodatkowe doświadczenie osób wskazanych w wykazie osób - 24 pkt

Dowody Odwołujący:

1) SWZ postępowania pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ": *„XXIV. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE (. d) Zdolności technicznej lub zawodowej: d.1) Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres ten jest krótszy to za ten okres, co najmniej 3 roboty budowlane, o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, odpowiadającej robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania (…) przy czym każda z tych robót musi być zrealizowana na czynnym obiekcie szpitalnym i jednocześnie obejmować wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych."*

2) pytania i odpowiedzi do postępowania pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ": wniosek o zmniejszenie liczby robót budowlanych w warunku do jednej zamiast trzech. Zamawiający zmodyfikował wartość robót na minimum 4.000.000,00 zł brutto każda.

3) informacja z otwarcia ofert w postępowaniu pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ": z dowodu wynika, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta.

4) informacja o wyniku postępowanie pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ": z dowodu wynika, że wybrany wykonawca otrzymał 26 punktów w kryteriach oceny ofert na 40 możliwych (łącznie 87 punktów).

5) zestawienie postępowań: z dowodu wynika, że w postępowaniach dotyczących robót budowlanych prowadzonych w obiektach szpitalnych stawiano warunek jednej bądź dwóch robót budowlanych.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."*

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy pzp: *„1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów."*

W myśl 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."*

Artykuł 116 ust. 1 zdanie 1 ustawy pzp stanowi: *„1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. (…)"*

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia, czy Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie ograniczający w sposób nieuzasadniony uczciwej konkurencji. Zarzuty odwołania podważały prawidłowość warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy w odniesieniu do konieczności wykazania się realizacją aż trzech analogicznych robót budowlanych o określonej przez Zamawiającego wartości oraz o konkretnym zakresie tych robót. Analiza dokumentacji postępowania, jak również stanowiska Stron zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym doprowadziły Izbę do przekonania, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w sposób nadmierny do przedmiotu zamówienia, stawiając wymagania ponad minimalne poziomy zdolności, a tym samym ograniczając niezasadnie uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Na wstępie podnieść należy, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia (specyfiki, zakresu) oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: *„zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego."* W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, czy podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Ponieść także należy, że to zamawiający jako gospodarz postępowania kształtuje warunki udziału w postępowaniu mając na względzie charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego w

zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczone i powinno opierać się jak już wskazano na zasadzie proporcjonalności, równości, uczciwej konkurencji oraz posiadać uzasadnienie w potrzebach zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zdaniem Izby Zamawiający naruszył ww. zasady, a w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie wymagania wykazania się aż trzema realizacjami o tożsamym charakterze było konieczne i niezbędne dla celu, jaki Zamawiający planuje osiągnąć.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że ustanowiony w przedmiotowym postępowaniu warunek został określony w sposób konkretny i ograniczony specyfiką planowanych do realizacji robót. Zamawiający wymaga bowiem aby wykonawca wykonał należycie roboty budowlane o odpowiedniej wartości, na czynnym obiekcie szpitalnym, ale również, aby roboty obejmowały wykonanie instalacji gazów medycznych i robót wentylacyjnych. Odwołujący nie kwestionował zakresu robót określonych w warunku uznając go za adekwatny do charakteru zamówienia. Zarzuty odwołania koncentrowały się wokół liczby wymaganych robót, która zdaniem Odwołującego jest nadmierna i powoduje nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego ograniczenie konkurencji. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

Jak już zostało wskazane, zamawiający jest uprawniony konstruować stawiane wykonawcom warunki w taki sposób, aby uzyskać jak najlepsze efekty, czyli gwarancję należytej realizacji zamówienia. Wbrew jednak stanowisku Zamawiającego, uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego a zamawiający jest zobowiązany zweryfikować, czy postawione wymogi nie ograniczą konkurencji w postępowaniu oraz czy osiągnięcie planowanego efektu nie jest także możliwe poprzez ustanowienie warunków na niższym poziomie. Ustawa pzp precyzje, że warunki powinny być ustalane jako minimalne a nie maksymalne poziomy zdolności. Zdaniem Izby, Zamawiający nie przeprowadził testu proporcjonalności i ustanawiając warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy kierował się wyłącznie własną, subiektywną oceną co do liczby realizacji, które zapewnią wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie zweryfikował, czy taki warunek nie jest nadmierny i nie powoduje, że wykonawcy zdolni do jego właściwego wykonania nie zostaną wyeliminowani z postępowania.

Odnosząc się bowiem do argumentacji Zamawiającego, która w jego ocenie uzasadniała wymaganie trzech a nie dwóch robót budowlanych to jest ona nieadekwatna do kwestionowanego wymogu z warunku. Zamawiający podnosił bowiem wielokrotnie, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie, że wymaganie trzech robót budowlanych było podyktowane charakterem zamówienia, czyli koniecznością wykonywania robót na czynnym obiekcie szpitalnym i związaną z tym dbałością o życie i bezpieczeństwo pacjentów. Zauważyć jednak należy, że wymaganie warunku, aby realizacje odbywały się na czynnym obiekcie szpitalnym nie było kwestionowane. Zamawiający argumentował, że mniejsze doświadczenie wykonawcy w takich realizacjach może zagrozić powodzeniu inwestycji, niemniej jednak zdaniem Izby nie uzasadnił, dlaczego doświadczenie wykonawcy w dwukrotnym wykonaniu robót określonych warunkiem należy uznać za nie dające gwarancji należytej realizacji. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że każde kolejne zadanie dotyczące prac na czynnym obiekcie szpitalnym przekłada się na coraz większe doświadczenie w tej materii, przy czym jak Zamawiający dalej podnosi, że to w szczególności potencjał, którym wykonawca dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia przekłada się na zdolność do zrealizowania zamówienia z sukcesem. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że potencjałem możliwym do wykorzystania są np. zasoby sprzętowe czy też - co istotne przy robotach budowlanych – zasoby kadrowe, czyli wykwalifikowani specjaliści. Odwołujący nie podważał jednak warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osób. Chybione są twierdzenia Zamawiającego, że pracownicy wykonawcy, który zrealizował trzykrotnie roboty budowlane na czynnym obiekcie szpitalnym są bardziej doświadczeni i Zamawiający zyskuje pewność, że nie naruszą oni w trakcie prac w żaden sposób bezpieczeństwa pacjentów. Izba zauważa, że warunek umożliwia wykazanie się realizacjami z ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a więc Zamawiający nie ma żadnej gwarancji, że wykonawca taki wykona zamówienie z identycznym zasobem kadrowym jak przy realizacji trzech poprzednich zamówień. Kwestionowany warunek nie dotyczy bowiem doświadczenia osób, kiedy wykonawca faktycznie jest zobowiązany wykonać zamówienie z uczestnictwem osób wykazanych w postępowaniu, ale doświadczenia wykonawcy.

Niezasadne są także twierdzenia Zamawiającego dotyczące powtarzalności robót. Zamawiający uzasadniając wymaganie 3 analogicznych robót argumentuje w odpowiedzi na odwołanie, że *„pierwsza praca wykonawcy w danej dziedzinie jest zawsze obarczona błędami, mniejszą sprawnością czy efektywnością działania ze względu na poruszanie się w nowym obszarze oraz konieczność spełnienia wcześniej niestosowanych norm i procedur."* W ocenie Zamawiającego praca druga skupia się na wyeliminowaniu błędów pierwszej stąd dopiero w przypadku trzeciej należytej realizacji można mówić o powtarzalności. Zamawiający w powyższej argumentacji całkowicie pominął wymóg warunku, wynikający także z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415), że wykonawca musi w ramach podmiotowych środków dowodowym przedłożyć Zamawiającemu dowody stwierdzające należytą realizację robót. Jakkolwiek należy zgodzić się z Zamawiającym, że wykonanie danego rodzaju robót budowlanych po raz pierwszy może być obarczone błędami, to jednak taka realizacja nie będzie mogła zostać skutecznie przez wykonawcę wykazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca w przypadku błędów w wykonaniu nie otrzyma referencji. Trudno zatem z powyższego wywieść, dlaczego wykonawca wykazujący się dwiema należytymi realizacjami w zakresie określonym warunkiem nie daje gwarancji właściwego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący złożył dowody dotyczące postępowania pn. „Przebudowa oddziału wewnętrznego w SP ZOZ w Kole w ramach realizacji etapu I wraz z dostosowaniem budynku głównego szpitala do wymogów PPOŻ" ogłoszonego przez Zamawiającego, z których wynika, że Zamawiający pomimo wniosków wykonawcy nie zmniejszył liczby wymaganych warunkiem robót budowlanych z trzech do dwóch, a w postępowaniu została złożona jedna oferta, która nie otrzymała maksymalnej punktacji w kryteriach oceny ofert. Odwołujący uprawdopodobnił tym samym, że postawione warunki mogły mieć wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, a właściwie na jej wyłączenie, ponieważ żaden inny podmiot, w tym Odwołujący, który jak podnosił Zamawiający wnioskował o zmianę warunku, nie złożył oferty w postępowaniu. Jakkolwiek rację należy przyznać Zamawiającemu, że wykonawcy składając ofertę nie mają wiedzy, ile punktów w kryteriach poza cenowych otrzyma dany wykonawca, to jednak zauważyć trzeba, że wykonawcy specjalizujący się w danej branży robót budowlanych mają wiedzę o tym jak kształtuje się rynek i w przypadku zawężonych warunków udziału w postępowaniu mogą pozwolić sobie na większe ryzyko co do deklaracji będących przedmiotem punktacji. Niewątpliwie, co słusznie podnosił Odwołujący, rozszerzenie konkurencji w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy określenie wysokich warunków nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, zawsze przekłada się na pozytywne efekty w postaci korzystnej jakościowo oferty. Dodatkowo Odwołujący powołał się na warunki określone w analogicznych postępowaniach, z których wynika, że wymaganie powtarzalności na poziomie trzech robót budowlanych nie jest stosowane przez innych zamawiających. Odwołujący w dowodzie nr 5 do pisma procesowego w pkt 1 i 2 Tabeli powołał się na postępowania ogłaszane przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kole („MODERNIZACJA ODDZIAŁU CHIRURGII W SAMODZIELNYM PUBLICZNYM ZAKŁADZIE OPIEKI ZDROWC KOLE" oraz „Dostosowanie infrastruktury Sali Porodowej SPZOZ w Kole do realizacji porodów rodzinnych"), gdzie warunki udziału w postępowaniu ograniczały się do wymagania jednej roboty budowlanej, pomimo ich realizacji na czynnym obiekcie szpitalnym. W odniesieniu do powyższego Zamawiający podnosił, że nie były to roboty prowadzone w bezpośrednim sąsiedztwie sal operacyjnych, niemniej jednak w warunku Zamawiający nie określił takiego wymagania, a więc wykonawca, który zrealizował trzy takiego typu roboty również mógł nie wykonywać ich w bliskim sąsiedztwie sal operacyjnych. Dowód potwierdza, że zamawiający w postępowaniach na roboty budowlane prowadzone w obiektach szpitalnych stawiają wymóg jednej bądź dwóch robót budowlanych. Z drugiej strony Zamawiający nie przedstawił dowodu, że są na rynku wykonawcy zdolni spełnić warunki ustanowione w postępowaniu i jak podnosił na rozprawie, takiej analizy nie przeprowadził.

Kluczowym jednak jest, że Zamawiający nie wykazał, że wykonawca legitymujący się dwoma robotami budowlanymi o zakresie i wartości z warunku nie jest zdolny do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia, co oznacza, że warunek nie został ustanowiony na minimalnym poziomie zdolności. Z drugiej strony Odwołujący uprawdopodobnił, że postawienie takiego wymagania jest nadmierne i ograniczające konkurencję. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się i w konsekwencji nakazała zmianę warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy poprzez zmniejszenie liczby wymaganych robót budowlanych z trzech na dwie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: ……