

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę Husaria Development spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku przy ul. Żabi Kruk 16 (80-822 Gdańsk)

w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Pomorska 251 (92-213 Łódź)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.W. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Pryzmaty 4a (02-226 Warszawa) oraz EKSA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Senatorskiej 21 (93-192 Łódź)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Husaria Development spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Utworzenie apteki wraz z pracownią cytostatyczną wyposażonej w innowacyjne rozwiązania techniczne i sprzętowe* o numerze referencyjnym: ZP/21/2024, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2024 r. pod numerem 67120 – 2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca Husaria Development Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.W. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EKSA Sp. z o.o. z siedzibą

w Łodzi (zwanym dalej jako „konsorcjum A.” lub „Konsorcjum”) do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy określonego w rozdziale VIII pkt 4.1 SWZ; pomimo że Konsorcjum powołując się na roboty budowlane wykonane na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie – nie wykazało spełnienia ww. warunku z uwagi na fakt, że w ramach przedmiotowych robót nie wykonano budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej o

wartości 3 000 000 zł;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. pomimo, że złożyło ono z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby tj. A. Sp. z o.o. zawierające nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VIII pkt 4.1 SWZ w warunkach zamiaru lub rażącego niedbalstwa, gdyż co najmniej lider Konsorcjum tj. A.W. Sp. z o.o. zdawał sobie sprawę z tego, że podmiot trzeci będący spółką nie ma doświadczenia w wykonaniu budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej o wartości 3 000 000 zł;

3) alternatywnie w przypadku nie uwzględnienia zarzutu z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. w związku ze złożeniem nieprawdziwego oświadczenia w zobowiązaniu podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 26 kwietnia 2024 r.;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty konsorcjum A. względnie wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wadliwie, z naruszeniem przepisów Pzp. Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum A. do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Ponadto zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum Adamitz, pomimo że została złożona przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania z uwagi na zaistnienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, alternatywnie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W ocenie odwołującego, gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert – w sposób zgodny z przepisami Pzp – wówczas to odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, sam odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunek udziału w postępowaniu. Tym samym w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno mu zostać udzielone. W rezultacie odwołujący stwierdził, że nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia m.in. w postaci zysku z tytułu realizacji zamówienia oraz poświadczenia należytego wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu dla pierwszego z zarzutów odwołujący wskazał, że w postępowaniu zamawiający w wyniku odpowiedzi na pytanie grupa 3 z 7 marca 2024 r. ostatecznie ukształtował treść warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że poziom 3 000 000 PLN brutto określił jako minimalną wartość robót budowlanych związanych z przebudową i/lub budową apteki szpitalnej. Poziom ten został określony jako minimalny próg dostępu do przedmiotowego postępowania, dający rękojmię należytego wykonania zamówienia, przy uwzględnieniu m.in. jego przedmiotu i skali. Odwołujący zwrócił uwagę na literalną treść warunku, w tym przede wszystkim fakt, że po sformułowaniu „jednej roboty budowlanej” następuje zwrot „polegającej na”, a nie zwrot „w zakresie której wykonano”. Gdyby zamawiający chciał określić, że wartość 3 000 000 zł odnosi się do roboty budowlanej,

w zakresie której zrealizowano budowę przebudowę apteki szpitalnej o dowolnej wartości, to powinien warunek sformułować w sposób następujący: Wykonawca wykaże spełnienie warunku, jeżeli w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości minimum PLN brutto w ramach jednej umowy, w zakresie której wykonano budowę i/lub przebudowę apteki szpitalnej. Natomiast warunek zawarty w SWZ

w zakresie wartości 3 000 000 zł – odnosił się do budowy i/lub przebudowy apteki, a nie do dowolnej inwestycji w ramach której zrealizowano prace dotyczące apteki (o dowolnej wartości). W postępowaniu nie ma wątpliwości co sposobu rozumienia opisu warunku. Jest jasne, że wartość 3 000 000 zł dotyczy budowy i/lub przebudowy apteki, a nie roboty budowlanej, w zakresie której zrealizowano budowę/przebudowę apteki szpitalnej o dowolnej wartości. Gdyby twierdzić inaczej – w szczególności, że wartość określona w warunku nie dotyczy budowy/przebudowy apteki szpitalnej, ale jest to wartość dowolnej roboty budowlanej w zakresie której były realizowane jakiekolwiek prace dotyczące apteki szpitalnej, oznaczałoby to otwarcie zamówienia na wykonawców nie dających rękojmi jego należytego wykonania, np. dopuszczono by wykonawcę, który wykonał przebudowę oddziału szpitalnego sąsiadującego z apteką szpitalną w obrębie, której prowadził jedynie odtworzeniowe prace, związane

z przesunięciem ścianek g/k o wartości np. 10 000,00 PLN brutto lub np. w trakcie remontu głównych ciągów komunikacyjnych w obiekcie szpitalnym, musiał wymienić jedynie drzwi wejściowe do apteki szpitalnej o wartości np. 3

000,00 PLN brutto. Należy uwzględnić, że przedmiotem zamówienia jest inwestycja polegająca na przebudowie apteki szpitalnej, której wartość przekracza 20 000 000 zł. Jest to realizacja jednej z największych inwestycji polegających na przebudowie apteki szpitalnej w historii polskiej służby zdrowia.

Powyższego nie zmienia, zdaniem odwołującego, odpowiedź na „PYTANIE GRUPA 10”:

- po pierwsze – pytanie to dotyczyło nieaktualnego brzmienia SWZ. Odnosiło się do pierwotnej treści warunku, dotyczącego wykazania się doświadczeniem w wykonaniu budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej o wartości 10 000 000 zł brutto. Tymczasem na dzień udzielania odpowiedzi odpowiedź na „PYTANIA GRUPA 10” taki warunek już nie istniał. Zamawiający

w dniu 6 marca 2024 r. opublikował aktualizację SWZ II, w której obniżył wartość budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej do kwoty 3 000 000 zł brutto. Fakt, że zadane pytanie dotyczy historycznego brzmienia SWZ powoduje, że nie można się nim posługiwać;

- po drugie – jednocześnie z publikacją odpowiedzi na „PYTANIA GRUPA 10” zamawiający opublikował aktualizację SWZ III, w której podtrzymał wymaganie, że roboty budowlane dotyczące budowy i/lub przebudowy apteki – miały posiadać wartość minimum 3 000 000 PLN brutto. W postępowaniu treść Pytań i odpowiedzi należy interpretować łącznie z treścią Aktualizacji SWZ, w tym Aktualizacji II i III. Gdyby dopuścić skrajnie rozszerzające rozumienie warunku – prowadziłoby to do otwarcia zamówienia dla kilku tysięcy firm budowlanych, które wykonały jakąkolwiek robotę budowlaną o wartości 10 000 000 zł, w ramach której wykonano roboty dotyczące apteki szpitalnej na dowolną kwotę, np. kilku tysięcy złotych. Zgodnie z tą interpretacją najważniejsza byłaby obecność apteki.

W ocenie odwołującego należało również uwzględnić, że zamawiający w odpowiedzi na pytania grupa 2 (które również dotyczyło pierwotnego brzmienia warunku z kwotą 10 000 000 zł) odmówił wyrażenia zgody na rozszerzenie warunku poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się robotami na obiektach służby zdrowia. Uwzględniając treść pytania i odpowiedzi zamawiający nie uznawał doświadczenia nabytego przy budowie lub przebudowie dowolnego obiektu służby zdrowia np. przychodni, za porównywalne z doświadczeniem na budowie lub przebudowie apteki. W tym kontekście fakt, że w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty wskazuje, że potencjalni wykonawcy, którzy zapoznali się z dokumentacją postępowania, uwzględniali ostateczną treść SWZ – podaną w szczególności w Aktualizacji SWZ II i III – w ramach której warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy dotyczył wykonania budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej o wartości 3 000 000 zł brutto.

W dalszej kolejności odwołujący argumentował, że powołując się na inwestycję zrealizowaną przez podmiot trzeci - A. Sp. z o.o., na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego

w Olsztynie – Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 4.1 SWZ z brzmieniem ustalonym w aktualizacji SWZ. Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku już z tego względu, że w wykazie robót wskazało: „wartość roboty budowlanej w zakresie której zrealizowano budowę/przebudowę apteki szpitalnej – ponad 3 000 000 zł” – co oznaczało, że Konsorcjum podało jedynie minimalną wartość inwestycji, a nie podało wartości roboty polegającej na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej. W kolumnie wartość roboty budowlanej – zgodnie z treścią uwagi zamieszczonej pod opisem warunku w pkt. 4.1 SWZ – należało podać wartość odnoszącą się do budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej. W opinii odwołującego była to samoistna podstawa do stwierdzenia, że konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku, co uzasadniało konieczność wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, zdaniem odwołującego, w ramach referencyjnej inwestycji

w Olsztynie faktycznie nie wykonano apteki szpitalnej za ponad 3 000 000 zł brutto. Odwołujący podtrzymał w tym zakresie uzasadnienie przedstawione we wniosku o odrzucenie oferty Konsorcjum z 11 kwietnia 2024 r. (wraz z załącznikami do wniosku), z uwzględnieniem nowych okoliczności, o których odwołujący miał poznać wiedzę po złożeniu wniosku. Jak wynikało z poświadczenia wystawionego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie, A. Sp. z o.o. wykonała należycie budowę nowego skrzydła szpitala wraz z przyłączami i instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi teletechnicznymi i gazami medycznymi – powierzchnia całkowita budynku 5.895,99m² – oraz budową ciągów pieszo-jezdných wraz

z zagospodarowaniem terenów zielonych za łączną kwotę brutto 40.370.492,95 PLN brutto. Przedmiotowe zadanie inwestycyjne miało poniższe parametry: Powierzchnia użytkowa, ruchu i usługowa stanowią łącznie 4568,54 m². Powierzchnie apteki stanowią (zgodnie

z załącznikami do wniosku z 11 kwietnia 2024 r.) pomieszczenia:

- w piwnicy pomieszczenia od -01.31 do -01.34 o łącznej powierzchni 72,26 m²;
- na parterze pomieszczenia od 00.31 do 00.58 o łącznej powierzchni 260,22 m².

Łączna powierzchnia apteki, zdaniem odwołującego, wyniosła w inwestycji 332,48 m² co stanowi 7,2776% całości powierzchni obiektu. Z prostego rachunku matematycznego wynika, że apteka mogła maksymalnie kosztować 2 938

002,40 PLN brutto (7,2776% całości inwestycji). Już na tym etapie można byłoby bezspornie uznać, iż A. nie wykonał apteki za ponad 3 mln zł brutto.

W ocenie odwołującego należało jednak uwzględnić również, iż średnia cena za 1 m² gotowej apteki szpitalnej jest znacznie niższa od średniej ceny za 1 m² całego obiektu. Świadczy o tym przeznaczenie i funkcje pomieszczeń pozostałej części obiektu, pośród których znaleźć można: pracownię rezonansu magnetycznego, pracownię angiografu, sale szpitalne, sale 24-godzinnej opieki medycznej, bank krwi itp. Dla przykładu: cena za 1 m² gotowej pracowni rezonansu magnetycznego lub angiografu, których łączne powierzchnie stanowią 130,29 m², wynosi minimum 4-5 krotność ceny 1 m² apteki z uwagi na konieczne zastosowanie ochrony radiologicznej przegród oraz stolarki okiennej i drzwiowej, wykładziny prądo-przewodzącej oraz wysokospecjalistycznych układów wentylacji. Obie pracownie wymagały również kosztownych układów zasilających SZR. Wykonanie powyższych pracowni szacować należy na kwotę od 1 600 000 PLN do 2 000 000 PLN brutto.

Dodatkowo: licząc średni koszt 1 m² apteki nie można uwzględniać w nim ceny wykonania instalacji gazów medycznych, instalacji przyzywowej i oświetlenia nocnego, gdyż nie wchodzi one w zakres instalacji służących funkcjonowaniu apteki. Odwołujący wyjaśnił, że uzyskał kosztorysy A. Sp. z o.o. z inwestycji w Olsztynie, które miały wskazywać dokładny koszt ww. elementów. Kosztorysy te potwierdzały, w opinii odwołującego, założenia podane przez odwołującego we wniosku o odrzucenie oferty z 11 kwietnia 2024 r. Z kosztorysów jasno miało wynikać, że gazy medyczne kosztowały 1 867 913 zł netto (2 297 532 zł brutto)(kosztorys 9 Gazy medyczne w całości), Instalacja przyzywowa 439 758 zł brutto (kosztorys 8 roboty teletechniczne wewnętrzne cały dział 6 – Instalacja systemu przyzywowego), Rozdzielnice IT które nie mają zastosowania w aptece 380 649 zł brutto (Kosztorys 6 Roboty elektryczne wewnętrzne, zestawienie materiałowe poz. od 84 do 90). Łącznie daje kwotę na poziomie ponad 3 100 000,00 zł. W załączeniu do odwołania odwołujący złożył wyciągi z kosztorysów A. Sp. z o.o. dotyczące robót zrealizowanych na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przedstawił ustalenia całościowe:

- całość kontraktu A. 40.370.492.95 zł brutto;
- do potrącenia 3 117 940.00 zł brutto (zgodnie z powyższym);
- bilans – 37 252 552,95 zł brutto;
- budowa obejmowała 2959,96 m² pow. użytkowej + 1268,2 m² pow. komunikacji + 340,38 m² pow. usługowej. To łącznie daje 4561,38 m²;
- łączna powierzchnia apteki wyniosła w inwestycji 332,48 m² co stanowiło 7,2776% całości powierzchni obiektu;
- proporcjonalnie budowa apteki z rachunku matematycznego kosztowała 37 252 552,95 zł brutto * 7,2776%, co daje wynik na poziomie 2 711 091.25 zł brutto.

W ocenie odwołującego w oparciu o dokumentację projektową inwestycji w Olsztynie można ustalić, że wskazana apteka była warta jeszcze mniej, ponieważ m. in. spośród wykonanych w obrębie obiektu 4 dźwigów osobowych jedynie jeden znajdował się w obszarze apteki. Gdyby uznać, że powodem akceptacji robót zrealizowanych na rzecz USK Olsztyn jako potwierdzających warunek, jest stwierdzenie przez zamawiającego, że wartość 3 000 000 zł brutto jest wartością roboty budowlanej w zakresie której wykonano dowolnej wartości budowę i/lub przebudowę apteki szpitalnej, to przyjęcie przez zamawiającego takiego opisu warunku na etapie oceny ofert oznaczałoby zmianę SWZ po terminie składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu – gdyby zamawiający na obecnym etapie usiłował argumentować, że wartość 3 000 000 zł odnosiła się do całej inwestycji,

w ramach której wykonano dowolne prace w zakresie apteki szpitalnej – byłoby to działanie nieuprawnione, sprzeczne z opisem warunków udziału w postępowaniu. Opis ten wiąże nie tylko wszystkich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, ale również – jest wiążący dla zamawiającego.

Mając na względzie powyższe, w opinii odwołującego, zamawiający bezzasadnie uznał, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt. 4.1 SWZ, przez co naruszył art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. W przypadku uznania, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp jest przedwczesny z uwagi na brak zwrócenia się do Konsorcjum

o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp – co odwołujący kwestionował między innymi z uwagi na treść wykazu robót Konsorcjum, w tym użycie sformułowania „w zakresie” – należało uznać, że zamawiający naruszył art. 128 ust. 4 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, czy w ramach inwestycji zrealizowanej na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie A. Sp. z o.o. wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej, o wartości minimum 3.000.000,00 PLN brutto w

ramach jednej umowy. W tym kontekście, zdaniem odwołującego, należało w szczególności zwrócić uwagę na fakt, że zamawiający uzyskał od odwołującego szczegółową informację – popartą m.in. konkretnymi wyliczeniami – wskazującą, że w ramach ww. inwestycji nie wykonano budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej na kwotę 3 000 000 zł brutto (wniosek o odrzucenie oferty z 11 kwietnia 2024 r.).

W ocenie odwołującego, gdyby zamawiający prawidłowo zweryfikował spełnienie przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, uznałby, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia ww. warunku. W związku z powyższym wadliwa była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 26 kwietnia 2024 r.

W odniesieniu dla dwóch ostatnich zarzutów odwołujący wskazał, że Konsorcjum swym działaniem wypełniło wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp:

- Konsorcjum wprowadziło zamawiającego w błąd: Podmiot udostępniający zasoby w istocie oświadczył nieprawdę, iż posiada doświadczenie w realizacji budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej o wartości minimum 3 000 000 zł. Dowody dla wykazania faktu, iż takiego doświadczenia ten podmiot nie posiada zostały przywołane w ramach uzasadnienia zarzutu

z pkt 1 odwołania;

- wprowadzenie w błąd dotyczyło spełnienia warunków udziału w postępowaniu: Informacje podane w zobowiązaniu miały służyć potwierdzeniu spełnienia warunku udziału

w postępowaniu określonego w SWZ, rozdz. VIII pkt 4.1;

- wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa: Nie jest możliwe, żeby co najmniej lider Konsorcjum — spółka z grupy A. — nie wiedział, nie miał świadomości, iż A. Sp. z o.o. nie posiada wymaganego doświadczenia;

- działanie wykonawcy miało wpływ na wynik postępowania: Działanie Konsorcjum A. miało wpływ na wynik postępowania, bowiem w jego konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Gdyby wykonawca nie złożył nieprawdziwego oświadczenia podmiotu trzeciego – nie mógłby uzyskać zamówienia, a jego oferta zostałaby odrzucona jako oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach, w ocenie odwołującego, złożenie przez Konsorcjum zobowiązania zawierającego nieprawdziwe informacje w ramach przedmiotowego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, iż nie podlega on wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – wprowadziło zamawiającego w błąd. To działanie wykonawcy było zamierzone

i miało na celu wykazanie, iż Konsorcjum – poprzez wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego – spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy. Jednocześnie działalnie to wywołało skutek w postaci wyboru oferty Konsorcjum postępowaniu.

Ponadto zdaniem odwołującego działanie konsorcjum A. opisane powyżej wypełniało co najmniej znamiona wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp:

- wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd: Jak już wcześniej wskazał odwołujący Konsorcjum złożyło zamawiającemu zobowiązanie A. Sp. z o.o. zawierające nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania przez ten podmiot doświadczeniem potwierdzającym warunek z pkt. 4.1 SWZ po modyfikacji z 7 marca 2024 r.;

- wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa: Okoliczność posiadania odpowiedniego doświadczenia należy do podstawowych aspektów działalności każdego z wykonawców prowadzących działalność w zakresie budownictwa użyteczności publicznej;

- działanie wykonawcy miało wpływ na wynik postępowania: Działanie Konsorcjum A. miało wpływ na wynik postępowania, bowiem w jego konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Gdyby wykonawca nie złożył nieprawdziwego oświadczenia podmiotu trzeciego nie mógłby uzyskać zamówienia, a jego oferta zostałaby odrzucona jako oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.W. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EKSA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

W dniu 22 maja 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie zarzutów odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W dniu 22 maja 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe wraz z załącznikami, w którym wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp, a w przypadku uznania, iż odwołanie zostało wniesione w terminie określonym przepisami ustawy: o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24 maja 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe wraz z załącznikami,

w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie oraz zawniósł o

przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.W. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EKSA Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi (zwanych dalej: „przystępującym”). W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania.

Przystępujący w celu poparcia swojego wniosku wyjaśnił, że odwołanie zostało wniesione

z przekroczeniem ustawowego terminu, a zatem powinno zostać odrzucone. Zgodnie bowiem z treścią protokołu postępowania rzeczywista szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę: 18 933 983,74 zł, co stanowi równowartość 4 083 151,91 euro. Kwota ta była niższa niż właściwa dla robót budowlanych wysokość progu unijnego, który w roku 2024 r. wynosiła 5 538 000 euro, co odpowiadało kwocie: 25 680 260 zł. Choć nie było to przesądzające z punktu widzenia rodzaju postępowania, powyższe zapatrywania przystępującego miała potwierdzać przynajmniej pośrednio również wartość kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. 23 008 800,00 zł, a także ceny wskazane w ofertach, które wynosiły odpowiednio:

- w przypadku odwołującego – 22 889 000,00 zł;

- w przypadku przystępującego: 22 663 242,00 zł.

Dalej przystępujący wskazał, że wszystkie z wymienionych powyżej kwot były niższe niż wymagający zastosowania jednego z trybów unijnych próg wynikający z treści obwieszczenia z dnia 3 grudnia 2023 r. – właściwy dla robót budowlanych. Przystępujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie:

a) 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

b) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a. 22.

Biorąc pod uwagę powyższe przystępujący stwierdził, że w związku z przesłaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zastosowanie powinien mieć termin 5-dniowy, o którym mowa powyżej w lit. a. Przystępujący uznał zatem, że odwołanie wniesione w postępowaniu, złożone zostało bez zachowania tego terminu i powinno podlegać odrzuceniu. Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba nie zgodziła się z powyżej wskazaną argumentacją przystępującego i uznała, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu do jego wniesienia. Skład orzekający ustalił, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – tak jak dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. Ponadto zamawiający w treści SWZ pouczył, że odwołanie wnosi się 10 dni od dnia przekazania informacji

o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia lub 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (rozdział XXI ust. 5, 6 i 7 SWZ). Dodatkowo w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 26 kwietnia 2024 r. zamawiający wskazał (...) iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, zostanie zawarta zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy Pzp tj. z uwzględnieniem art. 577 ustawy Pzp,

w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Powyższe oznaczało, że zamawiający prowadził postępowanie

w procedurze unijnej, zatem odwołanie zostało prawidłowo wniesione przez odwołującego

w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp i nie podlegało odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Dodatkowo należało wskazać, że Prezes Izby pismem z dnia 16 maja 2024 r. (sygn. UZP/BO/MS/12559/17881/24 dot.

KIO1578/24) w związku z wniesieniem odwołania, zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie m. in. czy *wartość zamówienia jest równa albo przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy*

z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605).

W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiający w dniu 17 maja 2024 r. przekazał odpowiedź, w której wyjaśnił m. in, że *Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).* Przedmiotowe wyjaśnienie zamawiającego zostało złożone w związku z wniesieniem odwołania i zostało potraktowane przez skład orzekający jako oświadczenie procesowe zamawiającego i nie zostało zmienione przez zamawiającego w trakcie przebiegu postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 4 Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać

w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Założenie przystępującego w kwestii wniosku o odrzucenie odwołania było sprzeczne z oświadczeniem zamawiającego, ponieważ przystępujący wywodził, że szacunkowa wartość zamówienia została określona poniżej progu unijnego, natomiast zamawiający wprost stwierdził, że wartość zamówienia przekraczała progi unijne określone

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp. Izba nie mogła uznać zasadności stanowiska przystępującego, ponieważ pozostawało ono w sprzeczności z oświadczeniem zamawiającego. Tym samym główne założenie dla wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania okazało się niepotwierdzone, co musiało skutkować nieuwzględnieniem wniosku

o odrzucenie odwołania.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 maja 2024 r. w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”);
- pytania i odpowiedzi do treści SWZ;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z poświadczeniem wykonania tych robót, które zostały złożone przez przystępującego;
- wezwanie do złożenia pisemnych wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2024 r. skierowane do przystępującego;
- wyjaśnienia z dnia 18 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikiem złożone przez przystępującego

w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 26 kwietnia 2024 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania tj. wyciągi z kosztorysów A. Sp. z o.o. dotyczące robót zrealizowanych na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie;

3) załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

- wezwanie zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2024 r.;
- wyjaśnienia przystępującego z dnia 18 kwietnia 2024 r. (przekazane w dniu 19 kwietnia 2024 r. wraz z uzupełnieniem poświadczenia wykonania robót budowlanych w zakresie apteki wystawionego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie);
- pismo z Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie z dnia 21 maja 2024 r.;

3) załączniki do pisma procesowego przystępującego:

- wyciąg korespondencji z Platformy – 21 _ 2024 _ Korespondencja _ Husaria _ APTEKA _ 16 _05_2024.pdf;
- wyciąg z projektu wykonawczego (branża technologia) z dnia 25 marca 2019 r.;
- SWZ dla postępowania pn.: „DOSTAWA APARATU DO ANGIOGRAFII RTG RAMIENIA C”, nr postępowania: 13/2022

4) załączniki do pisma procesowego odwołującego z dnia 24 kwietnia 2024 r.:

- opinię techniczną z dnia 16 maja 2024 r.;
- pismo z dnia 21 maja 2024r. z USK Olsztyn;
- określenie powierzchni robót budowlanych występujących w zamówieniu: „Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kotłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala

Klinicznego w Olsztynie przy ul. Warszawskiej 30 - etap III" (fragment projektu);

- rysunki 1-5 obrazujące przykładowe powierzchnie (na czerwono) których dotyczyła robota budowlana, nieuwzględnione przez zamawiającego w jego wyliczeniu wartości m^2 roboty budowlanej w USK Olsztyn;

5) dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego:

- zestawienie pomieszczeń z wyszczególnieniem pomieszczeń ze standardem wykończenia niższym niż pomieszczenia zespołu Apteki Szpitalnej dotyczące referencyjnego zamówienia;

- wyciągi z projektu wykonawczego referencyjnego zamówienia;

- formularz wymagań technicznych – warunków granicznych dotyczący zadania 1. RTG Ramię C;

- informację z otwarcia ofert, które odbyło się 10 maja 2024 r. o godz. 10:00 w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”;

6) dokumentację techniczną referencyjnego zamówienia, która została złożona na rozprawie przez odwołującego na nośniku typu pendrive.

Izba oddaliła wnioszek odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego

z zakresu budownictwa z listy prowadzonej przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie. Zgodnie z wnioskiem odwołującego dowód ten został przywołany w celu wykazania faktów, że:

1) wartość wykonania 1 m^2 (jednego metra kwadratowego) roboty budowlanej w jednostce m^2 należy ustalić w przypadku zamówienia : „Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kotłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie przy ul. Warszawskiej 30 - etap III” – w taki sposób, że wartość całkowitą za wykonanie ww. zamówienia należy odnieść do wielkości całkowitej budynku, a nie do wartości wskazywanych przez zamawiającego;

2) pomieszczenia wskazywane przez przystępującego w pkt 53-61 (z podsumowaniem w pkt 61 w łącznej sumie 466,08 m^2) z pisma procesowego z dnia 22 maja 2024 r. – nie powinny być ujmowane jako pomieszczenia apteki szpitalnej, a prawidłowa powierzchnia apteki szpitalnej w zamówieniu: „Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kotłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie przy ul. Warszawskiej 30 - etap III” to 361,08 m^2 ;

3) następujące elementy dokumentacji projektowej zamówienia „Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kotłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie przy ul. Warszawskiej 30 - etap III” :

a) Kosztorys 9 – Gazy medyczne;

b) Kosztorys 8 – roboty teletechniczne wewnętrzne;

c) Dział 6 – instalacja systemu przyzywowaego (w całości);

d) Kosztorys 6 – Roboty elektryczne wewnętrzne, zestawienie materiałowe poz. Od 84 do 90;

e) Kosztorys 1 – roboty budowlane – dział 3.2 Akcesoria dla niepełnosprawnych (w całości)

– o łącznej wartości robót – 3 324 492, 00 zł brutto.

– są poza zakresem prac i dostaw służących funkcjonowaniu apteki i nie powinny być ujmowane w całości wartości robót budowlanych do których należy przeliczyć wartość powierzchni robót w zakresie apteki.

Izba nie dopuściła przedmiotowego wniosku dowodowego odwołującego, ponieważ uznała, że wydanie rozstrzygnięcia, w tym ustalenie stanu faktycznego sprawy, było możliwe w oparciu

o zgromadzony materiał procesowy, w tym w szczególności w ramach weryfikacji brzmienia dokumentacji postępowania i złożonych dowodów, co nie wymagało wiedzy specjalnej

i dokonywane jest przez skład orzekający w ramach subsumpcji. Wnioskowana opinia nie była niezbędna do wydania orzeczenia, mając na uwadze przede wszystkim brzmienie kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, które nie wskazywało na określoną powierzchnię apteki, ani sposób liczenia takiej powierzchni ani nie podawało informacji w jaki sposób należało wyliczyć wartość wykonania 1 m^2 (jednego metra kwadratowego) roboty budowlanej w jednostce m^2 . Warunek odnosił się do wartości brutto jednej roboty budowlanej polegającą na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej w ramach jednej umowy. Tym samym zebrany w sprawie materiał procesowy czyli przede wszystkim SWZ oraz pisma pochodzące od inwestora referencyjnej inwestycji w zupełności wystarczały do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z dyspozycją art. 541 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach przedmiotowej sprawy dopuszczenie i przeprowadzenie przedmiotowego dowodu doprowadziłoby jedynie do zwłoki, zatem dowód w powyższym zakresie nie mógł zostać przeprowadzony.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VIII ust. 1 pkt 4.1 SWZ zamawiający opisał warunek udziału

w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Ostatecznie przedmiotowy warunek posiadał następującą treść:

*Wykonawca wykaże spełnienie warunku jeżeli w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej, o wartości minimum 3.000.000,00 PLN brutto w ramach jednej umowy***

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego i przystępującego. Przystępujący został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4.1 SWZ. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przystępujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

W wykazie przystępujący powołał się na robotę budowlaną wykonaną przez podmiot trzeci: A. Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, podając w wykazie m. in.:

- rodzaj wykonanych robót: *Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kottłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie przy ul. Warszawskiej 30 - etap III;*

- podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie;

- wartość wykonanych robót budowlanych: *Wartość roboty budowlanej w zakresie której zrealizowano budowę/przebudowę apteki szpitalnej – ponad 3 mln.*

Przystępujący wraz z wykazem złożył poświadczenie wykonania robót budowlanych z dnia 31 grudnia 2022 r. Z przedmiotowego potwierdzenia wynikało m. in., że budowa apteki szpitalnej była elementem robót budowlanych wchodzących w zakres inwestycji oraz roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo i terminowo ukończone.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów w postępowaniu. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in., że:

W związku z faktem, iż złożone przez Państwa Firmę referencje jak i wykaz robót budowlanych, ujmują szerszy zakres robót aniżeli określony warunkiem udziału

w przedmiotowym postępowaniu, wnioskujemy o doprecyzowanie zakresu wykonanych robót i ich wartości w zakresie warunku tj.: „budowy i/lub przebudowy apteki szpitalnej,

o wartości minimum 3.000.000,00 PLN brutto w ramach jednej umowy”.

Przystępujący przekazał odpowiedź na powyższe wskazane wezwanie pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący wskazał m. in. że (...) **stosowny zakres prac, a także wartość, która nawet w stosunku do samej apteki przekracza 3 mln zł, zostały potwierdzone przez samego inwestora, tj. Uniwersytecki Szpital Kliniczny**

w Olsztynie. Dlatego też nie sposób uznać, iż doświadczenie to nie spełnia stosownego warunku udziału.

W dalszej kolejności przystępujący wyjaśnił również, że:

(...) w ocenie Konsorcjum A. niezbędne wydaje się odniesienie do treści warunku udziału, na który powołuje się Zamawiający. W tym kontekście przypomnieć należy, że Zamawiający w trakcie trwania Postępowania otrzymał szereg pytań, które odnosiły się również do warunku udziału sformułowanego w treści Rozdziału VIII pkt 4.1 SWZ. Co najmniej jedno z nich dotyczyło wartości, o której mowa w tym warunku, w tym do czego powinna zostać ona odniesiona. Stosowne pytanie i odpowiedź Zamawiającego Wykonawca przytacza poniżej:

PYTANIA GRUPA 10

Zgodnie z treścią Rozdziału VIII (INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU

W POSTĘPOWANIU) pkt 4.1 SWZ, wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej muszą wykazać się spełnieniem następującego warunku: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

*a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej, o wartości minimum 10.000.000,00 PLN brutto w ramach jednej umowy.***

W związku z powyższym brzmieniem warunku, wykonawca zwraca się o potwierdzenie, iż należy go rozumieć w ten sposób, że **wartość roboty budowlanej (a nie budowy/ przebudowy apteki szpitalnej) w zakresie której zrealizowano tę budowę/ przebudowę apteki szpitalnej w ramach jednej umowy ma wynieść 10 mln [wartość zmieniona wcześniej na 3 mln zł].**

Zamawiający potwierdza

Wykonawca przytacza powyższe pytanie i odpowiedź, gdyż w ich świetle obecnie sformułowane przez Zamawiającego

pytanie (wątpliwość) wydaje się być niezasadne/a. Zamawiający bowiem wprost potwierdził („potwierdza”), że wartość z powyższego warunku udziału odnosi się do wartości roboty budowlanej, a nie wartości budowy/ przebudowy apteki. Oczywiście, co też wynika z samego pytania, nie są to kwestie tożsame. Są bowiem roboty, na przykład, które obejmowały nie tylko budowę/ przebudowę apteki, ale także wykonanie innych elementów obiektu/ budynku. Zamawiający w powyższym wyraźnie potwierdził, że chodzi o wartość robót, a nie wartość budowy/ przebudowy apteki.

Kwestia ta jest o tyle istotna, gdyż z obecnie formułowanego wezwania Zamawiającego zdają się płynąć nieco inne wnioski od udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi. Niezależnie od tego, i przede wszystkim, Wykonawca pragnie wyraźnie podkreślić, iż referencyjne zadanie, nawet jeśli przyjąć rozumienie warunku, na jakie wskazuje Zamawiający, spełnia oczekiwania SPZOZ. Jak wynika bowiem z treści załączonego doprzedmiotowych wyjaśnień dokumentu Uzupełnienie Poświadczenia wykonania robót budowlanych w zakresie Apteki, wystawionego przez inwestora – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie, a zatem podmiot, który zasadniczo ma najlepszą wiedzę w tym zakresie - wartość p rac wyniosła ponad 3 mln zł brutto (3.263.190,00 PLN brutto). W oświadczeniu tym (referencjach) opisany został również zrab prac, które zostały wykonane w ramach referencyjnego zadania (brak zatem potrzeby powielania ich wtym miejscu).

W świetle powyższego nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości, że zadanie to spełnia oczekiwania Zamawiającego (niezależnie od treści odpowiedzi udzielonych przez SPZOZ, które w ocenie Wykonawcy Zamawiający również powinien wziąć pod uwagę).

Ponadto wraz z powyżej opisanymi wyjaśnieniami przystępujący złożył Uzupełnienie Poświadczenia wykonania robót budowlanych w zakresie Apteki sporządzone przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie. Z treści tego dokumentu wynikało, że wartość wykonanych prac z zakresu apteki wynosiła 3 263 190,00 PLN brutto.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że z ostrożności i w trosce o transparentność prowadzonego postępowania, zwrócił się do Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie w trybie dostępu do informacji publicznej z wnioskiem o udzielenie informacji na temat inwestycji, na której realizację powoływał się przystępujący, w tym wartości robót związanych z realizacją apteki. W odpowiedzi na powyżej wskazany wniosek zamawiający dniu 21 maja 2024 r. otrzymał pismo z Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie. Przedmiotowe pismo zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie. W treści pisma Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie wskazał m.in., że:

Wartość wykonanych robót w zakresie budowy apteki szpitalnej wyniosła 3.190.687,03 zł brutto ($361,08\text{ m}^2 \times 8.836,51\text{ zł brutto}$). Z zestawienia pomieszczeń zawartego w projekcie wykonawczym wynika, że powierzchnia apteki szpitalnej w piwnicy wynosi $64,24\text{ m}^2$, zaś na parterze $296,84\text{ m}^2$. Łączna powierzchnia apteki szpitalnej wynosi 361 m^2 .

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 128 ust. 1 i 4 Pzp – 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

(...)

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te

informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
(...)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Stanowisko odwołującego dawało się sprowadzić do stwierdzenia, że wartość robót dotyczących apteki szpitalnej, związana z inwestycją wskazaną przez przystępującego w wykazie wykonanych robót budowlanych, nie przekraczała 3 mln zł brutto, przez co wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego, nie potwierdziło się.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2024 r. przedstawił zamawiającemu dokument od inwestora tj. Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie, który musiał posiadać wiedzę w zakresie referencyjnej inwestycji, z którego niezbieżnie wynikało, że wartość robót odnoszących się do apteki przekroczyła 3 mln zł brutto. Do wyjaśnień załączony bowiem został dokument pn. *Uzupełnienie Poświadczenia wykonania robót budowlanych w zakresie Apteki*, z treści którego wprost wynikało, że wartość samych prac z zakresu apteki wyniosła: 2 653 000,00 zł (netto), co dawało: 3 263 190,00 zł (brutto). Nie można było również pominąć pisma od inwestora z dnia 21 maja 2024 r. złożonego wraz z odpowiedzią na odwołanie. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe pismo otrzymał w odpowiedzi na wniosek złożony w trybie dostępu do informacji publicznej. Z pisma załączonego do odpowiedzi na odwołanie wynikało, że Wartość wykonanych robót w zakresie budowy apteki szpitalnej wyniosła 3.190.687,03 zł brutto (361,08 m² x 8.836,51 zł brutto). Z zestawienia pomieszczeń zawartego w projekcie wykonawczym wynika, że powierzchnia apteki szpitalnej w piwnicy wynosi 64,24 m², zaś na parterze 296,84 m². Łączna powierzchnia apteki szpitalnej wynosi 361 m².

Powyższe oznaczało, że nawet gdyby przyjąć wykładnię warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu proponowanym przez odwołującego, to i tak wartość prac dotyczących apteki szpitalnej spełniała wymóg określony przez zamawiającego. Warunek został zatem spełniony, co zostało zweryfikowane przez zamawiającego, a zatem brak było jakichkolwiek podstaw do dalszych wyjaśnień w tym zakresie.

Dla uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego nie miała znaczenia, podkreślana przez odwołującego, rozbieżność w kwotach określających wartość robót w zakresie budowy apteki, która wynikała z pisma inwestora załączonego do wyjaśnień przystępującego z dnia 18 kwietnia 2024 r. oraz pisma inwestora załączonego do odpowiedzi na odwołanie. W pierwszym z tych pism wartość prac została wskazana na kwotę 3 263 190,00 zł brutto, natomiast w drugim na kwotę 3 190 687,03 zł brutto. Izba nie musiała rozstrzygać czy też ustalać, która z tych kwot była prawidłowa. Obie podane kwoty wskazywały wartość powyżej 3 mln zł brutto, stąd nie mogło być wątpliwości co do spełnienia warunku przez przystępującego, ponieważ podmiot na rzecz, którego zrealizowana została referencyjna inwestycja dwukrotnie to potwierdził. Ponadto nie było konieczności ustalania dokładnej powierzchni apteki związanej z referencyjną inwestycją czy też wyliczenia wartości wykonania 1 m² (jednego metra kwadratowego) roboty budowlanej dotyczącej tej inwestycji, ponieważ zamawiający dwiema drogami tj. z jednej strony za pośrednictwem przystępującego przy okazji wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2024 r. oraz z drugiej strony bezpośrednio od Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie uzyskał dokumenty, z których wynikało spełnienie warunku kwestionowanego przez odwołującego. Nie można było pominąć tego, że wymaganie określone w warunku zostało wyrażone kwotowo stąd w celu spełnienia warunku wystarczające było uzyskanie potwierdzenia wskazującego, że wartość robót budowlanych dla danej inwestycji przekraczała określoną w warunku kwotę. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający takie potwierdzenie uzyskał i to do tego dwukrotnie. Dodatkowo oba dokumenty potwierdzające spełnienie wymagania z warunku pochodziły bezpośrednio od inwestora referencyjnej inwestycji, zatem przystępujący nie musiał przedstawiać szczegółowych wyliczeń czy też prosić inwestora o szczegółowe wyliczenia, które miałyby potwierdzić spełnienie przedmiotowego warunku. W okolicznościach przedmiotowej sprawy oświadczenie inwestora było wystarczające, a zamawiający takie oświadczenia uzyskał. Tym samym skład orzekający nie znalazł powodów do uznania, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Stanowiska odwołującego nie potwierdziły także złożone przez niego dowody. W tym miejscu skład orzekający

zdecydował się wskazać, że opinia techniczna załączona do pisma procesowego odwołującego z dnia 24 maja 2024 r. została potraktowana jako dokument prywatny, zawierający rozwinięcie stanowiska procesowego odwołującego. Tym samym przedmiotowy dokument nie został zakwalifikowany jako dowód z opinii biegłego. Wracając do *meritum* odnośnie dowodów złożonych przez odwołującego skład orzekający uznał, że wyliczenia zaprezentowane przez odwołującego i wynikające z tych dowodów miały charakter spekulacyjny i odnosiły się w zasadzie do powierzchni budynku realizowanego w ramach zadania, a także stosunku powierzchni apteki do całości zamówienia. Sama próba ustalenia wartości prac realizowanych w ramach apteki w oparciu o stosunek jej powierzchni do całości zadania w ocenie składu orzekającego była niewystarczająca, ponieważ pomijała m.in. tak istotne kwestie jak koszt materiałów.

Niezależnie od powyższego, Izba przyznała rację przystępującemu w stwierdzeniu, że nie można było zgodzić się z twierdzeniami odwołującego w zakresie treści oraz wykładni kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, a także skutków, jakie one wywoływały. W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że niezasadne okazało się twierdzenie odwołującego wskazujące, że treść odpowiedzi udzielona przez zamawiającego w odpowiedzi na „PYTANIE GRUPA 10” nie miała wpływu na sposób rozumienia tego warunku, gdyż odpowiedź ta dotyczyła nieaktualnego brzmienia SWZ. Odwołujący pominął fakt, że mimo zmiany treści warunku w odniesieniu do wskazanej w jego treści wartości, istota tego pytania wciąż pozostała aktualna. Treść pytania nie odnosiła się bowiem do nominalnej wartości robót, ale do tego czym ta wartość właściwie była. Ponadto, nie był to wniosek o zmianę tej wartości (co miało miejsce), ale prośba o dokonanie wykładni warunku. Można było przy tym założyć, że takie stanowisko przejawiał również sam zamawiający. Pomimo bowiem dokonania zmian w treści specyfikacji w zakresie wartości wskazanej w warunku, udzielił także na to pytanie stosownej odpowiedzi. Co przy tym ważne, oznaczenie tych pytań pozwalało wnioskować, że odpowiedź na „PYTANIE GRUPA 10” była później formułowana niż odpowiedź na pytania

z grupy 2 czy 3. Dodatkowo zamawiający, mimo możliwości poinformowania wykonawców

o dokonanej już zmianie i odesłaniu ich w tym zakresie do udzielonej odpowiedzi, jak to zwykle zdarza się czynić, kiedy jakieś pytanie rzeczywiście się dezaktualizuje, ustosunkował się do podniesionej kwestii. Wszystko to przeczyło tezom stawianym przez odwołującego, że – faktycznie – należy pominąć treść tego pytania i udzielonej odpowiedzi. Zacytowane poniżej pytanie w ramach „PYTANIA GRUPY 10” dążyło bowiem do ustalenia, czy należy brać pod uwagę wartość robót budowlanych, czy też może wartość budowy/przebudowy apteki szpitalnej. Na pytanie, czy warunek należy rozumieć w ten sposób, że wartość roboty budowlanej (a nie budowy/przebudowy apteki szpitalnej) w zakresie, której zrealizowano tę budowę/przebudowę apteki szpitalnej w ramach jednej umowy ma wynieść 10 mln (zmienione na 3 mln zł), zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Poniżej cała treść pytania i odpowiedzi zamawiającego.

PYTANIA GRUPA 10

Zgodnie z treścią Rozdziału VIII (INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU

W POSTĘPOWANIU) pkt 4.1 SWZ, wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej muszą wykazać się spełnieniem następującego warunku: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie apteki szpitalnej, o wartości minimum 10.000.000,00 PLN brutto w ramach jednej umowy.

W związku z powyższym brzmieniem warunku, wykonawca zwraca się o potwierdzenie, iż należy go rozumieć w ten sposób, że wartość roboty budowlanej (a nie budowy/ przebudowy apteki szpitalnej) w zakresie której zrealizowano tę budowę/ przebudowę apteki szpitalnej

w ramach jednej umowy ma wynieść 10 mln.

Zamawiający potwierdza.

Mając na względzie sposób sformułowania pytania oraz odpowiedź zamawiającego: *Zamawiający potwierdza*, należało uznać, że poprzez udzielenie wyjaśnień SWZ zamawiający zadeklarował, w jaki sposób będzie dokonywał wykładni treści tego warunku udziału

w postępowaniu tj. istotna była wartość roboty budowlanej (a nie budowy/przebudowy apteki szpitalnej) w zakresie której zrealizowano tę budowę/przebudowę apteki szpitalnej. Na etapie postępowania odwoławczego odwołujący przeczył tej tezie.

Odwołujący powołał się także w odwołaniu na uwagę zawartą w SWZ pod opisem warunku, gdzie wskazano, że *W przypadku, gdy wykonawca wykonywał w ramach kontraktu/umowy większy zakres robót, dla potrzeb niniejszego zamówienia powinien wyodrębnić i podać wartość robót budowlanych*. Podkreślenia w kontekście powyższej uwagi wymagało, że właściwie niczego ona nie wyjaśniała. Wynikało z niej, że jeśli umowa obejmowała większy zakres „robót”, należy podać wartość „robót budowlanych”. Jeśli literalnie czytać tę uwagę, był to argument raczej przeciwko wykładni, jaką próbował forsować odwołujący. Nie można było zgodzić się również z twierdzeniami odwołującego, że przyjęcie

przez zamawiającego takiego sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, który wartość wskazaną w jego treści odnosił do wartości robót budowlanych miało miejsce dopiero na etapie oceny ofert i jako takie stanowiło nieuprawnioną zmianę SWZ na etapie oceny ofert. Związanie zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy treścią SWZ ma miejsce od chwili jej publikacji,

a w przypadku zmiany od chwili opublikowania informacji o zmianie, lub od chwili publikacji wyjaśnień SWZ. Sposób wykładni warunku udziału w postępowaniu wiązał strony od chwili opublikowania wyjaśnień SWZ z dnia 7 marca 2024 r., zatem informacja o tym nie miała miejsca na etapie oceny ofert, lecz wykonawcy zostali poinformowani o sposobie wykładni przyjętej przez zamawiającego, przed upływem terminu składania ofert.

Reasumując, odwołujący nie wykazał, że złożone w postępowaniu dokumenty podmiotowe oraz wyjaśnienia nie potwierdzały, że przystępujący nie spełnił warunku udziału

w postępowaniu. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw.

z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, potwierdzenia nie mogły znaleźć zarzuty podniesione w pkt 2 i 3 *petitum* odwołania. W sytuacji, w której przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, nie można było uznać, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie jego spełnienia. Przedmiotowe stwierdzenie skutkowało oddaleniem przez Izbę zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, jednakże nie przedstawił spisu kosztów, ani żadnego rachunku związanego z poniesionymi kosztami. Zgodnie z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunków lub spisu kosztów, zatem Izba nie miała podstaw do zasądzenia kosztów postępowania na jego rzecz.

Przewodniczący:.....

.....
.....