

Sygn. akt: KIO 455/24
KIO 465/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 27 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agnieszka Trojanowska**

Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez:

A. Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9

B. PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123,

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie, ul. Banacha 1a

Uczestnicy po stronie odwołującego:

- wykonawca GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stępińska 22/30 lok. 424 w sprawie o sygn. akt 455/24

- wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A zgłaszający przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 455/24, 465/24

- wykonawca PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 zgłaszający przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 455/24

- wykonawca WARBUD spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 zgłaszający przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 455/24

Uczestnik po stronie zamawiającego:

- wykonawca GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stępińska 22/30 lok. 424 w sprawie o sygn. akt KIO 465/24

postanawia:

1A. umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 455/24

2A. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 tytułem zwrotu wpisu od odwołania

1B. umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 465/24

2B. kosztami postępowania obciążyć i

2B.1 nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 tytułem zwrotu 90% 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.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 455/24

KIO 465/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanoinstalacyjnych w formule „zaprojektuj i wybuduj” na potrzeby realizacji zadań objętych Programem wieloletnim pn. „Podniesienie jakości i dostępności świadczeń medycznych w Uniwersyteckim Centrum Klinicznym Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus

wraz z dostawą kluczowego wyposażenia, w tym sprzętu medycznego" zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 stycznia 2024 r. za numerem 63562-2024.

Sygn. akt KIO 455/24

W dniu 12 grudnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 grudnia 2020 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 4) ppkt a, d, SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia, o których mowa w Rozdziale VIII pkt 4) ppkt f kropka 1, 8, 10, 11, 12, 14, 15 SWZ tj. Dyrektora Projektu/Kontraktu projektanta w specjalności architektonicznej projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych kanalizacyjnych projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń telekomunikacyjnych projektanta technologii medycznej Menadżera BIM w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu tego odwołania.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy do wniesienia tego odwołania.

W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został jednolity pogląd, że formułowanie warunków udziału w postępowaniu dokonywane być musi z uwzględnieniem celu, jakiemu ma służyć, czyli zapewnieniu wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy jest wystarczająca dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W celu zapewnienia związku stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia zamawiający przy ustalaniu tego opisu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność treści warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla którego w danym postępowaniu są określane oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.

W dniu 12 lutego 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 14 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 lutego 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Przystępujący wyraża wolę wzięcia udziału w postępowaniu i finalnie złożenia oferty na wykonanie zamówienia objętego postępowaniem, Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, co zwiększy szanse przystępującego na uzyskanie zamówienia.

Przystępujący musi w tej sprawie wykazać interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, który to interes należy rozpatrywać z pewnością szerzej niż interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Brak w omawianym przypadku konieczności wykazania możliwości poniesienia szkody. Na gruncie aktualnego rzecznictwa TSUE i KIO, nawet interes w rozumieniu art. 525 ust. 1 ustawy może przejawiać się tak w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem, doprowadzenia stanu postępowania do zgodności z prawem, jak i w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania i

uzyskania możliwości ponownego ubiegania się o to zamówienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE i KIO, co do wystąpienia interesu po stronie podmiotu wnoszącego odwołanie w postępowaniu, "dane zamówienie", w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy leży rozumieć przedmiotowo. Innymi słowy, jako udzielenie przedmiotowego zamówienia w wyniku podpisania umowy (koniec postępowania). Dopóki zamawiający nie podpisze umowy, mamy do czynienia z postępowaniem o "dane zamówienie" (tak TSUE w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C- 100/12, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, pkt 27; z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Osterreich C-355/15, pkt 29; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C131/16 oraz KIO w wyrokach: z 31 sierpnia 2017 roku, KIO 1731/17, z dnia 5 września 2016 r., KIO 1556/16; z dnia 3 stycznia 2017 r., KIO 2395/15; z dnia 25 maja 2017 r., KIO 2691/15; z dnia 4 lipca 2017 r., KIO 1254/17; z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1322/17; z dnia 19 lipca 2017, KIO 1356/17; z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17).

W przypadku oddalenia odwołania przystępujący będzie mieć mniejsze szanse i możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ warunki udziału określone w postępowaniu ograniczają uczciwą konkurencję, zaś uwzględnienie odwołania zwiększy szanse przystępującego na uzyskanie zamówienia i otworzy postępowanie na konkurencję. Zatem przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

W dniu 15 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie wnieśli prokurent i wiceprezes zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Zgłaszający wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla odwołującego, bo jest zainteresowanym złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia w tym postępowaniu.

W dniu 15 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez dwóch prokurentów. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Przystępujący jest przedsiębiorcą zajmującym się m.in. realizacją inwestycji kubaturowych i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty przystępujący ma realną możliwość uzyskania tego zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań zamawiającego, przystępujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty.

Przystępujący z uwagi na nieproporcjonalny opis warunków udziału w tym postępowaniu wniósł własne odwołanie, którego zarzuty w dużej mierze pokrywają się z zarzutami podniesionymi przez odwołujących. Zamawiający ukształtował bowiem warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i niekonkurencyjny. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu w istotny sposób ograniczają zatem krąg potencjalnych oferentów (wyrok KIO z dnia 7.04.201 6r., sygn. akt: KIO 443/16).

W dniu 15 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca WARBUŁ spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Uczestnik postępowania wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść odwołującego. Wbrew sugestiom zawartym w odwołaniu uczestnik postępowania również nie spełnia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie uczestnika postępowania zarzuty podniesione w odwołaniu są zasadne, a uwzględnienie odwołania umożliwi uczestnikowi postępowania wzięcie udziału w postępowaniu. Tym samym uczestnik postępowania posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i rozstrzygnięciu odwołania na jego korzyść.

W dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni odwołanie w zakresie tej części zarzutów dotyczących zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu, co do których zamawiający dokonał zmiany zgodnej z wnioskami odwołującego i w tej części wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, w pozostałym zaś zakresie o oddalenie odwołania.

Po otrzymaniu kopii powyższego odwołania (oraz pozostałych odwołań wniesionych w postępowaniu) zamawiający ponownie przeanalizował wprowadzone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji. Wbrew bowiem twierdzeniom odwołującego zamiarem zamawiającego nie było ustalenie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wręcz przeciwnie, w interesie zamawiającego jest prowadzenie dialogu z odpowiednio liczną grupą wykonawców, a następnie uzyskanie od nich ważnych ofert, przy zachowaniu wszystkich zasad ustawy.

W wyniku powyższego zamawiający postanowił zmodyfikować warunki udziału w postępowaniu oraz odpowiednio kryteria selekcji tak, aby z jednej strony zabezpieczyć się przed dostępem do postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a jednocześnie aby nie ograniczać dostępu do postępowania podmiotom obiektywnie dającym zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W dniu 22

lutego 2024 roku zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania treść zmienionych warunków.

Załącznikiem do tego pisma jest tabela przedstawiająca treść pierwotnych warunków udziału w postępowaniu, warunków zmienionych przez zamawiającego, żądań zmian wskazanych przez odwołującego oraz podsumowująca relację wprowadzonych zmian do żądań odwołującego.

Uzasadnienie wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów dotyczących zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu, co do których zamawiający dokonał zmiany zgodnej z wnioskami odwołującego

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej (niż cofnięcie odwołania) przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy, orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Dlatego Izba może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania, i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy, wydając orzeczenie (por. orzeczenia KIO w sprawach sygn. akt KIO 3535/21, KIO 3638/21, KIO 219/22 i 225/22 oraz KIO 471/22). Przykładowo postanowieniem z dnia 4 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 709/22, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, uznając, że skoro konsekwencją zmiany specyfikacji było ukształtowanie takich postanowień, które odpowiadały wnioskowi odwołania, to postępowanie stało się zbędne.

Mając na uwadze dokonane przez zamawiającego zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji, w ocenie zamawiającego dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne w zakresie zarzutów dotyczących zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu, co do których zamawiający dokonał zmiany zgodnej z wnioskami odwołującego. Wniósł zatem o umorzenie postępowania odwoławczego w tej części. Gdyby jednak w ocenie Izby powyższy wniosek nie zasługiwał na uwzględnienie, zamawiający z ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie

Przeprowadzona przez zamawiającego, w kontekście wniesionych w postępowaniu odwołań, ponowna analiza wprowadzonych warunków udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, że część zmian wnioskowanych przez odwołującego jest zbyt daleko idąca i ich wprowadzenie spowodowałoby, że w postępowaniu mogłyby wziąć udział, a następnie uzyskać zamówienie, podmioty nie dające rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W stosunku do tych warunków zarzut nieproporcjonalności i nadmierności jest całkowicie bezzasadny. Ponadto, w ocenie zamawiającego, utrzymanie tych warunków nie doprowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podkreślił, że w utrwalonym orzecznictwie podkreśla się, że zachowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności dopuszczenia do zamówień wszystkich wykonawców. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający definiuje cechy podmiotu, jakie są obiektywnie adekwatne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancję wiarygodności. Warunki udziału w postępowaniu związane są z przymiotami wykonawcy, poprzez które zamawiający określa, zgodnie z potrzebami danego postępowania, które powinny być rzeczowo uzasadnione, jakie doświadczenie i wiedza pozwolą na uznanie wykonawcy za wiarygodnego partnera. Jednakże granicą wymagań zamawiającego, co do opisu sposobu oceny spełniania warunku, jest przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji (tak KIO w wyroku z 18.07.2019, sygn. KIO 1233/19). W ocenie zamawiającego powyższe zasady zostały zachowane w obecnej wersji warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do kryteriów selekcji zamawiający wyjaśnił, że zmienił je wyłącznie w zakresie wynikającym ze zmiany warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 7 pkt 9) ustawy, kryteria selekcji to obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w celu ograniczenia liczby wykonawców, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, których zamawiający zaprosi do dialogu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 177 ustawy, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż trzy. W takim przypadku zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do tego dialogu. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu.

W dniu 26 lutego 2024 r. odwołujący przedstawił stanowisko:

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23.02.2024 r. wskazał iż uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie tej części zarzutów dotyczących zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu, co do których zamawiający dokonał zmiany zgodnej z wnioskami odwołującego. Ze względu na to, że zmiany w zasadniczej mierze są wprost zgodne z

wnioskami odwołującego lub mimo pewnych modyfikacji odzwierciedlają intencję wniosków odwołania odwołujący wniósł o umorzenie postępowania. Jednocześnie poinformował, że w pozostałym nieuwzględnionym zakresie wycofuje odwołanie.

Uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca, podnoszę zasadność umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP oraz wzajemne zniesienie kosztów, wynikające z 59 ust. 1 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Niezależnie od powyższego, na wypadek uznania przez Izbę, że umorzenie postępowania na ww. podstawie byłoby z jakichkolwiek względów niemożliwe, odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości, wnosząc o umorzenie postępowania i zwrot 90% wpisu na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3) lit. a) Rozporządzenia ws. kosztów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w charakterze uczestników po stronie odwołującego GRAPJ' IT, Mostostal Warszawa, PORR i Warbud.

Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, co wynikało z porównania zmiany treści SWZ sprzed i po 22 lutego 2024 r. to jest:

- pkt. VIII.4.a SWZ - doświadczenie zawodowe wykonawcy - Żądanie uwzględnione częściowo - w zakresie usunięcia wymogu doświadczenia w wykonaniu apteki szpitalnej
- pkt. VIII.4.d - doświadczenie zawodowe wykonawcy - Żądanie zmniejszenia powierzchni referencyjnych budów oraz zmniejszenia liczby sal operacyjnych uwzględnione w całości
- pkt. VIII.4.f doświadczenie zawodowe Dyrektora Projektu/Kontraktu - Żądanie alternatywne uwzględnione w całości
- doświadczenie zawodowe osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń - Uwzględniono żądanie zmniejszenia powierzchni referencyjnych obiektów
- doświadczenie zawodowe osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, - żądanie uwzględnione w całości
- doświadczenie zawodowe osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń - żądanie uwzględnione w całości
- doświadczenie zawodowe osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń - żądanie uwzględnione w całości,
- doświadczenie zawodowe projektanta technologii medycznych - Żądanie uwzględnione w części dotyczącej zmniejszenia powierzchni referencyjnych obiektów
- doświadczenie zawodowe Menadżera BIM - Żądanie uwzględniono w zakresie rezygnacji z doświadczenia w sprawowaniu nadzoru autorskiego

W pozostałym zakresie odwołujący wycofał odwołanie. Po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania zarzutów pozostałych przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów, co zamawiający wykonał w dniu 22 lutego 2024 r. Zgodnie z art. 568 pkt. 3 ustawy Izba wydaje postanowienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 2 lit. b) cyt. Rozporządzenia orzekając o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Sygn. akt KIO 465/24

W dniu 12 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez dwóch prokurentów. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione na:

- ustalenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb zamawiającego z uwagi na:

- wymaganie wykazania doświadczenia w realizacji dwóch inwestycji referencyjnych o takich samych parametrach należących do obiektów opieki zdrowotnej wymienionych w klasie 1264 PKOB,
- wymaganie wykazania doświadczenia w realizacji remontu lub przebudowy budynku objętego nadzorem konserwatora zabytków o min. 5000 m² powierzchni przebudowywanej lub remontowanej w okresie ostatnich 5 lat;
- wymaganie wykazania przez Menadżera BIM (BIM Manager) doświadczenia w realizacji dwóch zadań w dotyczących obiektów o powierzchni nie mniejszej niż 15.000 m² opieki zdrowotnej z wykorzystaniem technologii BIM, w tym jednego obiektu opieki zdrowotnej wymienionego w klasie 1264 PKOB z oraz wykazania doświadczenia polegającego na wykonywaniu nadzorów autorskich;
- wymaganie wykazania w stosunku do doświadczenia kadry technicznej: Kierownika robót konstrukcyjnobudowlanych, Kierownika robót branży elektrycznej oraz Kierownika robót sanitarnych 10-letniego doświadczenia w pełnieniu ww. funkcji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb zamawiającego przez:

- wymaganie przedstawienia 2 inwestycji referencyjnych polegających na budowie zakładu opieki medycznej należącego do klasy 1264 PKOB o wartości co najmniej 150.000.000,00 zł brutto oraz pow. całkowitej min. 15.000 m² posiadającego Blok Operacyjny z minimum 4 salami operacyjnymi, w tym co najmniej 1 salą hybrydową, oddziały łóżkowe, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Aptekę Szpitalną, Laboratorium, pomieszczenia diagnostyki obrazowej (MRI, TK, RTG oraz USG) przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości łączenia potencjału wykonawców w celu spełnienia tego warunku i wymaganie spełnienia tego warunku przez jeden podmiot (pkt VIII ppkt 4) lit. a) SWZ);

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt VIII ppkt 4) lit. a) SWZ w następujący sposób:

„a) Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia jeśli wykaże, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej:

- jedno (1) zadanie budowlane polegające na wykonaniu budowy obejmującej zakresem budynki szpitalne lub zakłady opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264), o wartości nie mniejszej niż: 150.000.000 zł brutto (sto pięćdziesiąt milionów złotych) i powierzchni całkowitej min. 15 000 m² (powierzchnia całkowita budynku jest zdefiniowana wg PNISO 9836:1997 w całym tym dokumencie).

Opisane zadanie obejmowało wykonanie, co najmniej:

- Bloku Operacyjnego z minimum 4 salami operacyjnymi, w tym co najmniej 1 salą hybrydową, oddziałów łóżkowych, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Apteki Szpitalnej, Laboratorium, pomieszczeń diagnostyki obrazowej tj. pomieszczeń MRI, TK, RTG oraz USG;
- robót konstrukcyjnych,
- robót ogólnobudowlanych,
- robót elektrycznych,
- instalacji teletechnicznych tj. systemu okablowania strukturalnego, instalacji przyzywowej, kontroli dostępu, telewizji dozorowej CCTV,
- systemu ochrony przeciwpożarowej,
- robót sanitarnych, w tym: wodno - kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji oraz certyfikowanej jako wyrób medyczny instalacji gazów medycznych,
- przygotowanie dla zamawiającego dokumentów niezbędnych dla uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

oraz

- jedno (1) zadanie budowlane polegające na wykonaniu budowy obejmującej zakresem budynki użyteczności publicznej, o których mowa w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj.Dz.U.2022.1225), o wartości robót brutto nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł (sto pięćdziesiąt milionów złotych).

Opisane zadanie obejmowało wykonanie, co najmniej:

- robót konstrukcyjnych,
- robót ogólnobudowlanych,
- robót elektrycznych,
- instalacji teletechnicznych, tj. systemu okablowania strukturalnego, kontroli dostępu, telewizji dozorowej CCTV,
- systemu ochrony przeciwpożarowej,

- robót sanitarnych, w tym: wodno - kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji,
- przygotowanie dla zamawiającego dokumentów niezbędnych dla uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
- wymaganie wykazania doświadczenia w realizacji remontu lub przebudowy budynku objętego nadzorem konserwatora zabytków o min. 5000 m² powierzchni przebudowywanej lub remontowanej w okresie ostatnich 5 lat (pkt VIII ppkt 4) lit. b) SWZ);

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt VIII ppkt 4) lit. b) SWZ w następujący sposób:

b) Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia jeśli wykaże, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zadanie budowlane o powierzchni min. 5 000 m², w ramach którego wykonano roboty polegające na remoncie lub przebudowie powierzchni objętych nadzorem konserwatora zabytków.

- wymaganie w stosunku do doświadczenia Menadżera BIM (BIM Manager) wykazania łącznie doświadczenia: (i) w koordynacji wykonania w technologii BIM dokumentacji projektowej dla budowy o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 15.000 m², (ii) doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM w podczas realizacji zakładów opieki medycznej należącego do klasy 1264 o pow. całkowitej 15.000 m² oraz (iii) doświadczenia w sprawowaniu nadzorów autorskich przez okres co najmniej 3 miesięcy realizacji inwestycji (pkt VIII ppkt 4) lit. f) SWZ).

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt VIII ppkt 4) lit. f) SWZ w następujący sposób:

„dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Menadżera BIM (BIM Manager) projektu, posiadającą:

- wykształcenie wyższe techniczne,
- co najmniej roczne doświadczenie w koordynacji wykonania w technologii BIM dokumentacji projektowej dla budowy/ów o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 10.000 m².
- co najmniej roczne doświadczenie w praktycznym wykorzystywaniu tej technologii podczas realizacji budowy o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 10.000 m².
- ustalenie w stosunku do: (i) Kierownika robót elektrycznych, (ii) Kierownika robót telekomunikacyjnych oraz (iii) Kierownika robót sanitarnych wymagania posiadania 10-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji;

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt VIII ppkt 4) lit. f) SWZ w następujący sposób:

- dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, posiadającą:

- ważne uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, która jest członkiem właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (kierownik robót) po uzyskaniu uprawnień,

- dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika robót telekomunikacyjnych, posiadającą:

- ważne uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, która jest członkiem właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych po uzyskaniu uprawnień,

- dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika robót sanitarnych, posiadającą:

- ważne uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, która jest członkiem właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- co najmniej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych po uzyskaniu uprawnień”.

Wniósł o:

1) uwzględnienie tego odwołania w całości;

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści postanowień SWZ w sposób opisany w pkt II powyżej.

Odwolujący wskazał, że ma interes we wniesieniu tego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku

budownictwa kubaturowego i zamierza złożyć ofertę w tym postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania tego zamówienia publicznego.

Jednak wskutek działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i niekonkurencyjny. Postanowienia SWZ zaskarżone w tym odwołaniu w istotny sposób ograniczają bowiem krąg potencjalnych oferentów (wyrok KIO z dnia 7.04.2016r., sygn.akt: KIO 443/16).

„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, że każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu.” (wyrok KIO z dnia 4.10.2010r., sygn. akt: KIO 2036/10).

W dniu 12 lutego 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 14 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca GRAPH`IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 lutego 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Przystępujący podniósł, że żądania odwołującego nie zmierzają do zapewnienia wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przystępujący wyraża wolę wzięcia udziału w postępowaniu i finalnie złożenia oferty na wykonanie zamówienia objętego postępowaniem, zmiana warunków udziału doprowadzi do możliwości udziału w postępowaniu wykonawcom nie gwarantującym wykonania zamówienia. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, co zwiększy szanse przystępującego na uzyskanie zamówienia.

Przystępujący musi w tej sprawie wykazać interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, który to interes należy rozpatrywać z pewnością szerszej niż interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Brak w omawianym przypadku konieczności wykazania możliwości poniesienia szkody. Na gruncie aktualnego rzecznictwa TSUE i KIO, nawet interes w rozumieniu art. 525 ust. 1 ustawy może przejawiać się tak w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem, doprowadzenia stanu postępowania do zgodności z prawem, jak i w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania i uzyskania możliwości ponownego ubiegania się o to zamówienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE i KIO, co do wystąpienia interesu po stronie podmiotu wnoszącego odwołanie w postępowaniu, "dane zamówienie", w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy leży rozumieć przedmiotowo. Innymi słowy, jako udzielenie przedmiotowego zamówienia w wyniku podpisania umowy (koniec postępowania). Dopóki zamawiający nie podpisze umowy, mamy do czynienia z postępowaniem o "dane zamówienie" (tak TSUE w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C- 100/12, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, pkt 27; z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Osterreich C-355/15, pkt 29; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C131/16 oraz KIO w wyrokach: z 31 sierpnia 2017 roku, KIO 1731/17, z dnia 5 września 2016 r., KIO 1556/16; z dnia 3 stycznia 2017 r., KIO 2395/15; z dnia 25 maja 2017 r., KIO 2691/15; z dnia 4 lipca 2017 r., KIO 1254/17; z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1322/17; z dnia 19 lipca 2017, KIO 1356/17; z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17).

W przypadku uwzględnienia odwołania w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy nie gwarantujący jego wykonania. Zatem przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

W dniu 15 lutego 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Zgłoszenie wnieśli prokurent i wiceprezes zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Zgłaszający wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla odwołującego, bo jest zainteresowanym złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia w tym postępowaniu.

W dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że częściowo uwzględnił zarzuty odwołania i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania, w pozostały wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności zamawiający przedstawił w ten sam sposób, co w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 446/24 za wyjątkiem stanowiska, co do kryteriów selekcji.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w charakterze uczestników postępowania Mostostal Warszawa po stronie odwołującego i GRAPH`IT po stronie zamawiającego.

Odwołujący zaś oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W

tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....