

Sygn. akt: KIO 3330/21

WYROK
z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2021 r. przez odwołującego: Agrobex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL G. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego elementów wzorcowych i nakazuje zamawiającemu usunięcie z treści specyfikacji warunków zamówienia postanowień przewidujących to rozwiązanie.
2. W zakresie pozostałych zarzutów postępowanie odwoławcze umarza.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 198 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto dziewięćdziesiąt

osiem złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 198 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sto dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym w Poznaniu na polu inwestycyjnym 6MW, wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie (nr ref. ZP-11/PN/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 212-557807.

I. W dniu 12 listopada 2021 r. wykonawca Agrobex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- niezgodną z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, czynność zamawiającego podjętą w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego podjętą w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp sformułowaniu SWZ i wzorca umowy stanowiącego załącznik do SWZ poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wskazał w SWZ, że zdolność techniczną do realizacji przedmiotowego zamówienia posiadają ci wykonawcy, którzy wykażą, że zrealizowali zespół garaży o łącznej powierzchni min. 1.501,00 m², podczas, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie (znajdującego się pod zespołem budynków) jednego garażu podziemnego wielostanowiskowego o powierzchni 7.616,46m², co oznacza, że w takim garażu (którego powierzchnia przekracza 1.500,00 m²) istnieje obowiązek zamontowania specjalistycznej i

skomplikowanej technologicznie instalacji wentylacji oddymiającej uruchamianej za pomocą systemu wykrywania dymu (takiego obowiązku nie ma w zespole mniejszych garaży - tj. o powierzchni każdego z nich mniejszej niż 1500 m² - niezależnie od ich łącznej powierzchni);

2. art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wskazał w SWZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej) wykonawca, który wykaże, że jego łączny obrót za ostatnie trzy lata obrotowe wynosi 70 milionów złotych, czyli 23,3 milionów złotych rocznie, co stanowi zaledwie około 40% rocznych obrotów wykonawcy, które ten będzie musiał zrealizować w przypadku powierzenia mu wykonania zadania objętego przetargiem, którego dotyczy odwołanie;
3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co nastąpiło w ten sposób, że:
 - a) w treści wzorca umowy stanowiącego załącznik do SWZ zamawiający przyznał sobie uprawnienie do wiążącego dla wykonawcy wskazania – na etapie wykonywania robót przez wykonawcę – jakie materiały i urządzenia, swobodnie wybrane przez zamawiającego, wykonawca zobowiązany będzie wbudować lub zamontować w przedmiocie umowy,
 - b) zamawiający tak sformułował treść załącznika nr 9 do SWZ, zatytułowanego „Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 6MW wymaganych do przedstawienia przez wykonawcę do wyboru przez Zamawiającego”, że wykonawca zobowiązany jest wskazać więcej niż jeden element wzorcowy do swobodnego wyboru zamawiającego w grupach urządzeń i materiałów wskazanych w tym załączniku.

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

1. w postanowieniu VI zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 1 ppkt 3) SWZ, obejmującym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania zdolności technicznej – wykreślenie słów w brzmieniu : „lub wraz z zespołem garaży podziemnych wielostanowiskowych o łącznej powierzchni użytkowej min. 1.501,00 m²”, w taki sposób, że zdanie pierwsze wskazanego postanowienia otrzyma następujące nowe brzmienie: *„Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada zdolność techniczną polegającą na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy*

– w tym okresie, prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) obejmującej wykonanie minimum jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10.000,00 m² (dziesięć tysięcy metrów kwadratowych) lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z garażem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej min. 1.501,00 m² (tysiąc pięćset jeden metrów kwadratowych), które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie.”;

2. w postanowieniu VI zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” w pkt 1) ppkt 2) SWZ obejmującym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania sytuacji ekonomicznej lub finansowej zmianę postanowienia objętego literą b) w dotychczasowym brzmieniu: „b) łączny obrót działalności firmy za ostatnie 3 lata obrachunkowe (a jeżeli okres działalności jest krótszy – za ten okres) jest nie mniejszy niż 70 mln zł (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych)” w taki sposób, że przedmiotowe postanowienie otrzyma następujące nowe brzmienie: „b) łączny obrót działalności firmy za ostatnie 3 lata obrachunkowe (a jeżeli okres działalności jest krótszy – za ten okres) jest nie mniejszy niż 150.000.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt milionów złotych),”;
3. we wzorze umowy o roboty budowlane stanowiącym załącznik do SWZ zmianę postanowienia § 7 ust. 2 pkt 48) w brzmieniu poprzez wykreślenie zdania drugiego w brzmieniu: „Zamawiający ma prawo zażądać innych elementów wzorcowych do akceptacji nie ujętych na liście, o czym Wykonawca zostanie poinformowany z odpowiednim wyprzedzeniem. Decyzję w sprawie wyboru podejmuje Zamawiający.”
4. dokonanie zmiany załącznika nr 9 do SWZ, zatytułowanego „Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 6MW wymaganych do przedstawienia przez Wykonawcę do wyboru przez Zamawiającego” w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do wskazania po jednym wzorze w każdej z dwudziestu ośmiu grup materiałów i urządzeń objętych tym załącznikiem.

W dniu 24 listopada 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego zawierające jego oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych nr 1 i 2.

Uzasadniając podniesienie zarzutu oznaczonego nr 3 b) odwołujący wskazał: „W załączniku do SWZ nazwanym „Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 6MW wymaganych do przedstawienia przez Wykonawcę do wyboru Zamawiającego”

Zamawiający przewidział obowiązek Wykonawcy wskazania w poszczególnych grupach materiałów i urządzeń po dwa lub trzy elementy wzorcowe. I tak na przykład, jeśli chodzi o windy wykonawca zobowiązany jest wskazać dwa różne modele wind pochodzące do różnych producentów. Jednak jest oczywiste, że dwa różne modele wind pochodzące od dwóch różnych producentów różnić się będą pomiędzy sobą cenami. Jedna winda będzie droższa, a druga tańsza. Jest wysoce nieprawdopodobne, aby można było znaleźć dwie różne windy w tej samej cenie. Odwołujący nie wie, którą z wind Zamawiający wybierze. Odwołujący nie jest zatem w stanie należycie oszacować wartości robót objętych zamówieniem, a zatem nie posiada pełnej wiedzy o kosztach robót, na wykonanie których ma zamiar złożyć ofertę. Ta sama uwaga dotyczy wszystkich innych grup materiałów objętych przedmiotowym załącznikiem.”

Na posiedzeniu przed Izbą odwołujący oświadczył, że dokonuje modyfikacji żądania odnośnie podtrzymanego zarzutu w ten sposób, że wnosi o wykreślenie całego pkt 48 w ust. 2 paragrafu 7 projektu umowy oraz o wykreślenie pkt 1.11 z zał. 6 do SWZ.

II. Pismem wniesionym w dniu 26 listopada 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. W treści ww. pisma zamawiający zawarł oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu odwołania oznaczonego nr 3 a). Zamawiający nie uwzględnił zarzutu oznaczonego nr 3 b) i wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL G. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy. W dniu 28 listopada 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo przystępującego zawierające oświadczenie o niewnoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w zakresie wskazanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1 i 2 oraz 3 a) podlegało umorzeniu:

- na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio do wycofania części zarzutów odwołania – w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1 i 2 wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu tych zarzutów (pismo odwołującego wniesione do akt sprawy w dniu 24 listopada 2021 r.);

- na podstawie art. 568 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp – w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 a) wobec uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu (odpowiedź na odwołanie - pismo zamawiającego wniesione do akt sprawy w dniu 26 listopada 2021 r.) oraz braku sprzeciwu ze strony wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego (pismo przystępującego wniesione do akt sprawy w dniu 28 listopada 2021 r.).

Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 b) podlega uwzględnieniu.

Zarzut ten dotyczył przewidzianego przez zamawiającego w SWZ rozwiązania dotyczącego elementów wzorcowych.

W Załączniku nr 6 *Szczegółowe wytyczne Zamawiającego opisujące zmiany do przedmiotu zamówienia* zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

1.11. Wyposażenie podlegające serwisowaniu, w szczególności: windy, instalacja oddymiania, instalacja wentylacji, bramy garażowe (wrota garażowe), video domofony z systemem kontroli dostępu oraz ewentualnie drzwi podlegają zatwierdzeniu Zamawiającego. Wykonawca musi przedstawić minimum dwa różne rodzaje (od różnych producentów) każdego z urządzeń i wymienionego wyposażenia podlegającego serwisowaniu wraz z potwierdzonymi referencjami dla każdego z nich. Wykonawca przed zatwierdzeniem przedmiotowych urządzeń i wyposażenia przedstawi wykaz inwestycji, na których wbudowano przedmiotowe wyposażenie. Koszt serwisu i konserwacji w/w urządzeń jest poza zakresem oferty.

1.13. „Zestawienie wymaganych elementów wzorcowych 6mw”- Zamawiający zwraca uwagę, że Wykonawca ma obowiązek przedstawienia elementów wzorcowych do wyboru Zamawiającego na etapie realizacji inwestycji, nie na etapie ofertowania. Zamawiający nie wymaga na etapie ofertowania załączania ani kosztorysów ani poszczególnych elementów wzorcowych. Zamawiający tym zapisem, zastrzega sobie, że na etapie realizacji inwestycji, będzie miał możliwość wyboru, np. kolorystyki, funkcjonalności, rodzaju bądź typu urządzenia, które z uwagi na wieloletnie doświadczenia są preferowane w naszych realizacjach.

W załączniku nr 5 do SIWZ – projekt umowy zostało przewidziane następujące postanowienie: „Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do: 48) przedstawienia do akceptacji Zamawiającemu elementy wzorcowe z materiałów/towarów/urządzeń zgodnie z listą przedstawioną przez Zamawiającego, co najmniej 21 dni przed ich wbudowaniem lub zamontowaniem. Zamawiający ma prawo zażądać innych elementów wzorcowych do

akceptacji nie ujętych na liście, o czym Wykonawca zostanie poinformowany z odpowiednim wyprzedzeniem. Decyzję w sprawie wyboru podejmuje Zamawiający.” (§ 7 ust. 2 pkt 48).

Załącznik nr 9 do SWZ - *Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 6MW wymaganych do przedstawienia przez Wykonawcę do wyboru przez Zamawiającego* został w czasie trwania postępowania odwoławczego podzielony na cztery załączniki nr 9A, 9B, 9C i 9D.

Izba uznała, że przewidziane przez zamawiającego rozwiązanie dotyczące elementów wzorcowych jest sprzeczne z podstawowymi założeniami dotyczącymi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, przewiduje *de facto* złożenie przez wykonawcę więcej niż jednej oferty wbrew regulacji art. 218 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Po drugie ujawnienie treści tych ofert i dokonanie przez zamawiającego ostatecznego wyboru (*drugi wybór*) następuje nie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, lecz już na etapie realizacji umowy. Po trzecie, dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej na etapie postępowania (*pierwszy wybór*) następuje na podstawie kryterium oceny ofert (*cena*), które może nie odnosić się do treści oferty wykonawcy, która będzie stanowić ostateczny wybór zamawiającego: gdy wykonawca ustali cenę biorąc pod uwagę wariant najdroższy, a zamawiający ostatecznie wybierze wariant najtańszy. Może to doprowadzić do sytuacji, w której zostanie wybrana oferta, która w rzeczywistości nie będzie ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 ustawy Pzp (najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem). Niezależnie od kwestii niezgodności z przepisami ustawy Pzp takie rozwiązanie może być dla zamawiającego niekorzystne z punktu widzenia ekonomicznego. Po czwarte, zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie zostały spełnione, skoro niektóre wymagania zamawiającego co do kolorystyki, funkcjonalności, rodzaju bądź typu urządzenia, a także inne w ogóle obecnie niewskazane, zostaną przez zamawiającego sprecyzowane dopiero na etapie realizacji zamówienia przy dokonaniu ostatecznego wyboru (pkt 1.13 Załącznika nr 6 do SWZ). Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację należy również stwierdzić, że ww. rozwiązanie jest niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie w zakresie podtrzymanego przez odwołującego zarzutu podlega uwzględnieniu i w związku z tym nakazała zamawiającemu usunięcie z treści SWZ rozwiązania dotyczącego elementów wzorcowych, przez co należy rozumieć ww. opisane rozwiązanie, stanowiące przedmiot zaskarżenia ze strony odwołującego. Przewidzenie konkretnych rozwiązań należy do zamawiającego jako gospodarza postępowania. Należy również dodać, że Izba nie jest ściśle związana żądaniami odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i c) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: