

WYROK
z dnia 13 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2016 r. przez wykonawcę **Warbud, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce**

przy udziale wykonawcy **Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., Via G. Del Pian dei Carpini 1, 50127 Florencja, Włochy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji rozdziału V lit. C pkt 1 lit. a) i c) SIWZ, poprzez zmniejszenie powierzchni wskazanej w lit. a) oraz w lit. b) do poziomu poniżej 3800 m² oraz odpowiednio zmniejszenie wartości inwestycji wskazanej w lit. a) oraz lit. b) do poziomu odpowiadającego wybudowaniu obiektu należącego do klasy 1264 wg PKOB o powierzchni poniżej 3800 m² oraz poprzez rezygnację z wymogu wykazania się w przypadku realizacji zamówienia wskazanego w lit. b) doświadczeniem w wykonaniu zamówienia, polegającego na opracowaniu projektu budowlanego / wykonawczego obiektu należącego do klasy 1264 wg PKOB, w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego.

2. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Warbud, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** na rzecz **Warbud, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii (SOO) przy Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.”. (Nr referencyjny: FZP/39-EE/16), prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o. z (dalej „zamawiający”) wykonawca Warbud S.A. z Warszawy (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję,
2. art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1, art. 635 kc w zw. z art. 395 § 2 kc oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 152 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez opracowanie § 3 ust. 4 oraz § 16 ust. 10 załącznika nr 9 do SIWZ w sposób niezgodny z ww. przepisami, co w konsekwencji prowadzi do zachwiania równowagi świadczeń i odpowiedzialności pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz zmiany wszystkich postanowień wzoru umowy (i odpowiednio ogłoszenia) będącej konsekwencją zmian SIWZ:

1. co do warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia – dokonania modyfikacji warunku w zakresie ppkt a) i b), poprzez zmniejszenie wymaganej wartości inwestycji i powierzchni obiektów oraz dopuszczenie doświadczenia w realizacji wyłącznie robót budowlanych w zakresie pkt b), tj. nadanie warunkowi brzmienia, np.:
 - a) *w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali m. in. jedno zamówienie, polegające na opracowaniu projektu budowlanego / wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 25 000 000 PLN brutto, w zakresie którego znajdował się bunkier dla akceleratora,*
 - b) *w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali m. in. jedno*

zamówienie polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 40 000 000 PLN brutto, pow. użytkowej min. 4 000 m², w zakresie której znajdował się zakład radioterapii, zamówienie obejmowało dostawę i instalację sprzętu medycznego.

2. co do wzoru umowy dokonania modyfikacji (załącznika nr 9 do SIWZ), poprzez:
 - a) nadanie § 3 ust. 4 treści: *„W przypadku niewykonania przedmiotu umowy w ustalonym terminie lub popadnięcie przez Wykonawcę w opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest prawdopodobne, Zamawiający może od umowy odstąpić.”*,
 - b) wykreślenie w § 16 ust. 10 słów: *„(...) w przeciwnym razie Zamawiający ma prawo zaspokoić wynikłe stąd roszczenie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy opisanego w § 12 ust. 1 Umowy.”*,
 - c) nadanie preambule § 19 ust. 1 treści: *„Zamawiający, poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp, przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy, także w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących okolicznościach: (...)”*.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy odwołujący podał, że w pkt. C.1.a) i b) SIWZ zamawiający wskazał:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- a) *w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 40.000,00 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m², w zakresie którego znajdował się bunkier dla akceleratora,*
- b) *w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 40.000,00 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m², w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego”*.

W ocenie odwołującego wymagana w warunkach wartość zamówienia (40 mln PLN brutto) oraz powierzchnia (5.000 m²) nie jest konieczna dla potwierdzenia zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia, ponieważ doświadczenie w zaprojektowaniu oraz wybudowaniu obiektów wskazanych przez zamawiającego o niższej wartości i mniejszej powierzchni, nie różni się stopniem skomplikowania od zaprojektowania i wybudowania tych samych obiektów, ale przy większej wartości zamówienia oraz większej powierzchni. Uzupełnił, że w przypadku prac projektowych i robót budowlanych to nie wartość inwestycji, czy jej powierzchnia wskazują na stopień skomplikowania inwestycji, ale cechy charakterystyczne projektowanych / budowanych obiektów.

Podniósł, że – jak wynika z treści warunku – najistotniejszym jego elementem jest wykazanie doświadczenia w wybudowaniu odpowiednio bunkra dla akceleratora oraz zakładu radioterapii wraz z dostawą i instalacją sprzętu medycznego. Skoro, stwierdził w konsekwencji, wykonawca dysponuje doświadczeniem w projektowaniu / realizacji obiektów zawierających elementy wymagane przez zamawiającego (tj. odpowiednio: bunkier dla akceleratora oraz zakład radioterapii wraz z dostawą i instalacją sprzętu medycznego), lecz o mniejszej wartości, czy mniejszej powierzchni, to będzie w stanie zrealizować inwestycję przedmiotowo podobną.

Podkreślił, że zamawiający ograniczył referencyjne obiekty wyłącznie do obiektów należących do klasy 1264 (wg PKOB), tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej, w związku z czym możliwości wykazywania się przez wykonawców wymaganym doświadczeniem są bardzo ograniczone.

Zdaniem odwołującego również nie jest konieczne, aby wykonawcy wykazywali doświadczenie w projektowaniu obu obiektów, ponieważ przedmiotem zamówienia w zakresie projektowania jest opracowanie zamiennego projektu budowlanego i projektu wykonawczego, którego zakres opracowania wprowadza niewielkie zmiany projektowe na poziomie „-1” oraz na parterze, wobec czego wystarczającym byłoby doświadczenie w zaprojektowaniu budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej w zakresie którego znajdował się bunkier dla akceleratora.

Uznał, że żądanie wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wybudowaniu również drugiego tożsamego obiektu, tj. budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, a zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego, jest wymaganiem nadmiernym – o ile bowiem projekt bunkra dla akceleratora nie jest zamówieniem powszechnie stosowanym i zasadnym jest żądanie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w tym zakresie, o tyle już

projekt zakładu radioterapii nie różni się stopniem skomplikowania od innych zakładów opieki zdrowotnej czy szpitali.

Wskazał, iż w ostatnich latach nie budowało się w Polsce budynków określonych przez zamawiającego, tj. nie wybudowano w Polsce w formule zaprojektuj i wybuduj budynków szpitali i zakładów opieki medycznej spełniających tak wysokie parametry, tj. o powierzchni użytkowej 5000 m² o wartości inwestycji 40 000 000 PLN brutto.

Odwołał się do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 476/16.: *„Podkreślić należy, że naczelną zasadą jaką Zamawiający winien kierować się opisując sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie narusza zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony przez samego ustawodawcę w art. 22 ust. 5, w którym w sposób jasny zostało wskazane, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców. ”* Mając na uwadze powyższe, postawiony przez Zamawiającego warunek, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, przez co uniemożliwia złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą zrealizować zamówienie.

Podał, że dla inwestycji o podobnym charakterze zamawiający nie stawiają tożsamyh wymagań dla warunku wiedzy i doświadczenia, wskazując że w przypadku *Budowy Ośrodka Radioterapii na terenie CSKMSW w Warszawie – III etap*, zamawiający: Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie nie stawiał aż tak wygórowanych warunków, tj. wymagał, aby wykonawca wykazał się realizacją w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych, polegających na budowie lub przebudowie budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej o wartości nie mniejszej niż 25.000.000 zł brutto, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum robót konstrukcyjnych, robót ogólnobudowlanych, robót elektrycznych i instalacji teletechnicznych oraz robót sanitarnych, zaś w przypadku *Opracowania projektu wykonawczego oraz wykonania kompleksowo robót budowlanych związanych z zespołem budynków przy ul. Radziwiłłowskiej 13 w Lublinie w ramach Programu Wieloletniego na lata 2016-2022 „Przebudowa i rozbudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie* zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie również nie stawiał aż tak wygórowanych warunków, tj. przewidywał, że warunek spełni wykonawca, który wykaże się wykonaniem w sposób należyty dwóch robót budowlanych oraz jednej usługi następująco:

- co najmniej jednej roboty budowlanej o podobnym charakterze, tj. roboty budowlanej przy obiektach budowlanych kategorii XI (zgodnie z załącznikiem do Ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, tj. z dnia 9 lutego 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) i obejmującej swoim zakresem wykonywanie co najmniej: robót budowlanych, instalacji elektrycznych (w tym instalacji niskoprądowych) oraz instalacji sanitarnych, o wartości nie niższej niż 20. 000.000,00 zł brutto w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,
- co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości nie niższej niż 20. 000.000,00 zł brutto, która swoim zakresem obejmowała budowę bunkra z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczony do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,
- co najmniej jednej usługi w zakresie opracowania projektu wykonawczego dla obiektów użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 4000 m² w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wzoru umowy stwierdził, że prawo zamawiającego do kształtowania postanowień wzoru umowy nie jest prawem absolutnym, ale podlega ograniczeniom ze względu na powszechnie obowiązujące przepisy i zasady prawa, co oznacza, że zamawiający nie ma pełnej dowolności w kształtowaniu stosunku obu stron, ale wszelkie wymagania i nałożone na wykonawców obowiązki powinny być racjonalnie uzasadnione i proporcjonalne, a także odpowiadać przedmiotowi zamówienia oraz obiektywnie uzasadnionym potrzebom zamawiającego.

§ 3 ust. 4 wzoru umowy

Wskazał, że zgodnie z art. 635 kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, z czego wynika, iż w razie tak dalekiego opóźnienia wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, że nie jest on w stanie ukończyć prac w umówionym terminie, zamawiającemu przysługuje wyłącznie prawo odstąpienia od umowy.

Wskazał dalej, że w myśl art. 395 § 2 kc w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, w konsekwencji czego nie jest możliwe powierzenie poprawienia lub dalszego wykonania przedmiotu zamówienia osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy, albowiem umowa między wykonawcą a zamawiającym nie będzie już wówczas obowiązywać.

Tymczasem w § 3 ust. 4, podniósł odwołujący, zamawiający napisał, że w przypadku niewykonania przedmiotu umowy w ustalonym terminie lub popadnięcie przez wykonawcę w opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest prawdopodobne, zamawiający po uprzednim odstąpieniu od umowy w całości lub w części może powierzyć wykonanie dalszych prac innemu wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy – zamawiający w § 3 ust. 4 stworzył nieznaną polskiemu prawu cywilnemu konstrukcję, na mocy której nie będą obowiązywać postanowienia zawartej z wykonawcą umowy z uwagi na odstąpienie od niej przez zamawiającego, ale jednocześnie postanowienia tejże umowy miałyby obowiązywać, ponieważ zamawiający chciałby jeszcze wykonywać dalsze prace na podstawie postanowień tejże umowy na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy, co jest niedopuszczalne.

16 ust. 10 wzoru umowy

Wskazał, że postanowienie § 16 ust. 10 umożliwia zamawiającemu zaspokojenie roszczeń z tytułu gwarancji jakości z zabezpieczenia należytego wykonania pozostawionego na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, w sytuacji gdy w myśl przepisu art. 151 § 2 Pzp kwota 30% wysokości zabezpieczenia jest pozostawiona wyłącznie na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, co oznacza, że nie jest możliwe zaspokajanie roszczeń z tytułu gwarancji z powyższego zabezpieczenia.

Tymczasem w § 16 ust. 10, podniósł odwołujący, zamawiający wprowadził uprawnienie do wykorzystania zabezpieczenia należytego wykonania w sposób zabroniony ustawą Pzp, tj. przewidział możliwość korzystania z zabezpieczenia pozostawionego wyłącznie na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady także w celu zaspokojenia roszczeń z tytułu gwarancji jakości, czym naruszył przepis art. 151 ust. 2 ustawy Pzp.

Zauważył, że § 16 ust. 10 zawiera odwołanie w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do § 12 ust. 1, który jednak w żaden sposób nie odnosi się do tegoż zabezpieczenia, a reguluje wyłącznie kwestię stosowania odpowiednich materiałów w toku realizacji przedmiotu umowy.

Preambuła § 19 ust. 1 wzoru umowy

Odwołujący podał, że w § 19 ust. 1 zamawiający wskazał, iż poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp, przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy określoną w dalszej części tego postanowienia, jednakże wykluczył możliwość dokonywania zmiany zawartej umowy na podstawie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 144 § 1 ust. 5 ustawy Pzp, tj. możliwości wprowadzenia zmian, niezależnie od ich wartości, które to zmiany nie są istotne w rozumieniu ust. 1e art. 144 Pzp, czym naruszył przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 1 grudnia 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 30 listopada 2016 r., *Pisma Przystępującego po stronie Wykonawcy* – pismo z dnia 7 grudnia 2016 r., Ogłoszenia o zamówieniu (178160-2014) na *opracowanie dokumentacji projektowej – Projektu Budowlanego, umożliwiającego Zamawiającemu uzyskanie pozwolenia na budowę dla inwestycji pn. Budowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach*, a nadto stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zarzut sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, czym zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w SIWZ [rozdział V, C.1 lit. a) oraz lit. b)] i ogłoszeniu o zamówieniu – sekcja III.1.3.) wskazał:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- a) *w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 40.000,00 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m², w zakresie którego znajdował się bunkier dla akceleratora,*
- b) *w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 40.000,00 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m², w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego”.*

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający, uzasadniając brak podstaw do uwzględnienia odwołania w odniesieniu do tego zarzutu, a tym samym uzasadniając powody sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jak przytoczono powyżej w lit. a) oraz lit. b) odwołał się do „charakterystyki i wielkości obiektu będącego Przedmiotem zamówienia”, wskazując że:

- *zamawiany ośrodek onkologiczny ma obejmować 84 łóżka,*
- *powierzchnia użytkowa ośrodka to 6 000 m²,*
- *budowa winna zostać wykonana „przy użyciu takich technologii i środków technicznych, aby do minimum ograniczyć niekorzystne oddziaływanie na środowisko”,*
- *należy przewidzieć „takie rozwiązania techniczne i technologiczne, aby zapewniona została prawidłowa izolacyjność przegród oraz oszczędność w pobieraniu i wydatkowaniu energii, zarówno ciepłej jak i elektrycznej”,*
- *„Użyte materiały budowlane, instalacyjne i wykończeniowe oraz technologie muszą zapewnić niskie koszty eksploatacji i utrzymania obiektu przy zapewnieniu wymaganego przez Zamawiającego standardu wykończenia i użytkowania”,*

Wskazany powyżej opis obiektu doprowadził zamawiającego do wniosku, że „*ma to być obiekt duży – 84 łóżkowy zapewniający najpełniejszą działalność leczniczą w zakresie onkologii”, „o znaczącym stopniu skomplikowania i dużych wymaganiach w zakresie sztuki budowlanej”.*

Zamawiający stwierdził nadto, że „wartości przyjęte w pkt C.1.a SIWZ nie mogą być uznane za warunek „nadmierny i nieproporcjonalny”. Zamawiający oczekuje posiadania w realizacji obiektu o powierzchni użytkowej mniejszej od zakładanej w PFU i o wartości mniejszej niż wynosi szacunkowa wartość realizacji”.

W dalszej części ocenił, że „choć warunki udziału w postępowaniu (...) są bezsprzecznie wymagające, to z pewnością nie są nadmierne i nieproporcjonalne – zarówno w zakresie powierzchni jak i wartości są znacząco niższe od Inwestycji objętej Zamówieniem”.

Zamawiający stanął nadto na stanowisku, że „nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego dotyczących braku realizacji obiektów o parametrach zbliżonych do wskazanych w zaskarżonych postanowieniach SIWZ”, stwierdzając: „W oparciu o dość pobieżne sprawdzenie zrealizowanych inwestycji można tu wskazać chociażby Szpital Specjalistyczny w Grudziądzu (zakończenie w 2014 roku). Była to realizacja w Polsce obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB), o powierzchni użytkowej powyżej 5.000 m² (13.000m²) i wartości powyżej 40 milionów PLN, obejmujący oddział onkologii, w systemie „zaprojektuj i wybuduj””.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”.

Zgodnie zaś z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp „Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”.

W sformułowanym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunku w zakresie doświadczenia jako minimalne elementy poziomu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia zamawiający wskazał wartość i powierzchnię użytkową uprzednio zaprojektowanego i wybudowanego obiektu, wynoszące odpowiednio 40 mln złotych oraz 5000 m², odnosząc te wielkości do obiektu należącego do klasy 1264 wg PKOB w zakresie, którego znajdował się bunkier dla

akceleratora (lit. a) oraz zakład radioterapii oraz dostawa i instalacja sprzętu medycznego (lit. b).

Poza sporem był przy tym fakt, że budowa bunkra dla akceleratora stanowi istotny, wyróżniający to zamówienia element, wobec czego winien zostać uwzględniony w warunku w zakresie doświadczenia.

W przypadku bunkra dla akceleratora zamawiający poprzestał jednak na żądaniu wykazania przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie doświadczenia w zaprojektowaniu i budowie (rozbudowie/ przebudowie) tego rodzaju budowli, nie formułując odrębnych wymagań w szczególności ani co do wartości, ani co do powierzchni uprzednio zaprojektowanego i wybudowanego bunkra dla akceleratora.

Oznacza to, że zamawiający za wystarczające uznał doświadczenie w zaprojektowaniu i wybudowaniu bunkra niezależnie od jego powierzchni i wartości (lit. a).

Podobnie jak w przypadku bunkra dla akceleratora zamawiający nie sformułował żadnych odrębnych wymagań dla zakładu radioterapii oraz dostaw i instalacji sprzętu medycznego (lit. b)

W *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający nie wskazał wartości przedmiotowego zamówienia, ale potwierdził na rozprawie, że wskazana przez odwołującego wartość zamówienia, tj. 45 mln złotych, jest prawidłowa.

W *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający wskazał natomiast i potwierdził dodatkowo na rozprawie, że powierzchnia użytkowa zamawianego obiektu wynosi 6000 m², nie kwestionując przy tym (informacja podana na rozprawie przez odwołującego), że łączna powierzchnia zamawianego zakładu radioterapii i bunkra dla akceleratora wynosi ok. 2200 m².

Ze stanowiska zamawiającego zawartego w *Odpowiedzi na odwołanie* wynika, że istotna dla sformułowania warunku w zakresie doświadczenia była przede wszystkim duża wielkość obiektu wynikająca z przewidywanej liczby łóżek – 84, na które przewidziano ok. 3800 m² (różnica pomiędzy całkowitą powierzchnią użytkową obiektu, tj. 6000 m² a łączną powierzchnią bunkra dla akceleratora oraz zakładu radiologii, tj. ok. 2200 m²).

Zestawienie powierzchni zamawianego obiektu przeznaczonej na łóżka dla pacjentów, tj. 3800 m² z powierzchnią 5000 m² wskazaną w lit. a) warunku ukazuje, że wielkości te znacznie, tj. o 1200 m² różnią się od siebie.

Skoro istotna dla zamawiającego powierzchnia przeznaczona na łóżka dla pacjentów wynosi 3800 m² to ta wielkość winna stanowić dla zamawiającego punkt wyjścia przy

konstruowaniu elementu zdolności wykonawcy co do powierzchni uprzednio wykonanego obiektu. Wymagane od wykonawcy doświadczenie nie powinno być przy tym w elemencie powierzchni tożsame (3800 m²), ale podobne (niższe, np. 2000-2500 m²), choć może nadto uwzględniać budowę / rozbudowę / przebudowę bunkra lub zakładu radioterapii o podobnej powierzchni do „zamawianej” w przedmiotowym postępowaniu.

Tymczasem zamawiający, choć zdaje się stać na stanowisku, że wartości z warunku winny pozostawać z wartościami opisującymi parametry zamawiającego obiektu w relacji: mniejsza wartość – większa wartość (w *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający argumentował, że „oczekuje posiadania doświadczenia w realizacji obiektu o powierzchni użytkowej mniejszej od zakładanej w PFU i wartości mniejszej niż wynosi szacunkowa wartość”), dokonał opisu warunku nie tylko nie stosując tej relacji, ale odwrócił ją, tj. zażądał doświadczenia w zaprojektowaniu i budowie obiektu o powierzchni 6000 m², co uznać należy, przy braku wymagań co do powierzchni bunkra dla akceleratora i zakładu radiologii, za określenie warunku w sposób, który przewyższa minimalny poziom zdolności, a tym samym jest nadmierny do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, ponieważ poza elementem warunku w postaci powierzchni zamawiający posłużył się także elementem w postaci wartości zaprojektowanego i wybudowanego uprzednio obiektu, również i w tym zakresie warunek należy uznać za nadmierny – zamawiający winien wskazać w warunku mniejszą, odpowiednią do powierzchni, wartość takiego obiektu.

Dostrzeżenia także wymaga, że w *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający, negując stanowisko odwołującego co do „braku realizacji w Polsce obiektów o parametrach zbliżonych do wskazanych w zaskarżonych w postanowieniach SIWZ”, podał jako obiekt o parametrach zbliżonych do zamawianego przez siebie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Szpital Specjalistyczny w Grudziądzu (powierzchnia – 13000 m², wartość – 40 mln złotych), pomimo, że – co podniósł odwołujący na rozprawie, a czego zamawiający nie kwestionował – obiekt ten w ogóle nie obejmował bunkra dla akceleratora.

Zwraca również uwagę fakt, że wartość obiektu w Grudziądzu, do którego odwołał się zamawiający, pomimo dwukrotnie większej powierzchni (1300 m²) niż całkowita powierzchnia zamawianego przez tego zamawiającego obiektu (6000 m²) wynosi 40 mln złotych, tj. dokładnie tyle, ile wskazał zamawiający w warunku [lit. a) oraz lit. b)] w odniesieniu do powierzchni „zaledwie” 5000 m².

Odwołujący zakwestionował także żądanie wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu tak bunkra dla akceleratora, jak i zakładu radioterapii, podnosząc że

wystarczającym jest doświadczenie w zaprojektowaniu obiektu należącego do klasy 1264 wg PKOB w zakresie, którego znajdował się bunkier dla akceleratora, uzasadniając że „Przedmiotem zamówienia w zakresie projektowania jest bowiem opracowanie zamiennego projektu budowlanego i projektu wykonawczego” (i to w niewielkim zakresie – zmniejszenie liczby bunkrów z 3 do 2 oraz zmiany w ciągach komunikacyjnych w strefie radiologii), natomiast „projekt zakładu radioterapii nie różni się stopniem skomplikowania od innych zakładów opieki zdrowotnej czy szpitali”.

W odniesieniu do wprowadzenia warunku w tym zakresie zamawiający stwierdził, że „wymaga także doświadczenia w zaprojektowaniu i wybudowaniu szpitala z zakładem radioterapii ze względu na specyfikę pracy tegoż zakładu i jego kluczową / podstawową rolę w obiekcie”, nie uzasadniając jednak w żaden sposób, na czym specyfika ta w tym przypadku polega.

Zwraca także uwagę fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez tego zamawiającego na wykonanie dokumentacji projektowej dla Siedleckiego Ośrodka Onkologii Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach, tj. objętego przedmiotowym zamówieniem zamawiający w ogóle nie oczekiwał wykazania doświadczenia w projektowaniu bunkra dla akceleratora, czy zakładu radioterapii, ograniczając swoje wymagania do wykazania wykonania dokumentacji na budowę budynku szpitala. Tym bardziej w przedmiotowym postępowaniu, skoro zakres prac projektowych jest niewielki oczekiwać by należało, że zamawiający nie będzie stawiał szczegółowych wymogów w zakresie projektowania.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp i nakazał zamawiającemu dokonanie zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji SIWZ jak w sentencji.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący, podając brzmienie oczekiwanych przez siebie zmian SIWZ, pominął element powierzchni w lit. a), pomimo, że oświadczył: „Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunku w zakresie ppkt a) i b) poprzez zmniejszenie wymaganej wartości i powierzchni obiektów oraz dopuszczenie doświadczenia w realizacji wyłącznie robót budowlanych w zakresie pkt b)”.

Zarzut opracowania § 3 ust. 4 oraz § 16 ust. 10 załącznika nr 9 do SIWZ w sposób niezgodny z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1, art. 635 kc w zw. z art. 395 § 2 kc oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 152 ust. 2

ustawy Pzp, a także art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów”.*

Skład orzekający Izby nie rozpoznał drugiego z zarzutów odwołania, tj. dotyczącego załącznika nr 9 (wzór umowy).

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył: „W dniu 23 listopada 2016 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty zawarte w pkt III.2 – odnosząc się (pominięto „do”) treści załącznika 9 do SIWZ i zamieścił stosowną informację na stronie (...). Wprowadzone zmiany były tożsame z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Jak ustalił skład orzekający Izby w *Zawiadomieniu o zmianie treści SIWZ* z dnia 22 listopada 2016 r. (błędnie zamawiający wskazał datę 23 listopada 2016 r. zamiast 22 listopada 2016 r.), na które powołał się zamawiający w *Odpowiedzi na odwołanie*, zamawiający nie złożył wprost oświadczenia o uwzględnieniu odwołania – powołując się na przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poinformował po prostu, iż dokonano modyfikacji SIWZ w zakresie załącznika nr 9.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż *„poczynione przez Zamawiającego modyfikacje treści SIWZ czynią zadość jego żądaniom odnoszącym się do wzoru umowy”* oraz, że *„oczekuje rozpoznania przez Izbę odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego”.*

W *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający wniósł także – w zakresie pkt III.2 odwołania czyli odnoszącego się do wzoru umowy o *„umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w tym zakresie oraz wprowadzenie stosownych zmian do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ przed otwarciem rozprawy”.*

Pomimo, iż zamawiający nie złożył w przywołanym przez siebie *Zawiadomieniu o zmianie treści SIWZ* z dnia 23 listopada 2016 r. odrębnego oświadczenia, iż uwzględni

odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wzoru umowy skład orzekający Izby uznał, że uwzględnienie to nie budzi wątpliwości.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stwierdzone naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania, poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia dla wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia na *„Budowę Siedleckiego Ośrodka Onkologii (SOO) przy Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.”*.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: