

*Dotyczy Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku kotłowni na potrzeby świadczenia usług ochrony zdrowia w Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.” o numerze referencyjnym FZP.2810.45.2018 (dalej: Postępowanie).*

Czy w związku z powtarzaniem postępowania pn. „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku kotłowni na potrzeby świadczenia usług ochrony zdrowia w Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.” Zamawiający odstąpi od zmienionych warunków udziału w postępowaniu względem postępowania pierwotnego określonych w Rozdziale 2 ust. 1 pkt 2 lit. c i przywróci pierwotne warunki tj. by wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie lub rozbudowie lub modernizacji budynku opieki medycznej, sklasyfikowanym w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. z 1999 r. nr 112, poz. 1316 oraz z 2002 r. nr 18, poz. 170) jako klasa 1264 o powierzchni użytkowej minimum 800 m<sup>2</sup>.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy, nadbudowy i rozbudowy ze zmianą sposobu użytkowania budynku kotłowni na potrzeby świadczenia usług ochrony zdrowia w Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach, ul. Poniatowskiego 26 w formule „zaprojektuj i wybuduj”. PFU w punkcie 1.4.1. zakłada, że w wyniku przebudowy, rozbudowy i nadbudowy budynków kotłowni **zostaną wydzielone i wyposażone** pomieszczenia według poniższego zestawienia: Budynek „hali kotłowni” o powierzchni 1033,8 m<sup>2</sup>, Budynek „administracyjno – techniczny” o powierzchni 394,2 m<sup>2</sup>, Budynek „techniczny” o powierzchni 150,5 m<sup>2</sup>, co łącznie daje powierzchnię **1 578,5 m<sup>2</sup>**. Łączna powierzchnia w przypadku obu wersji zamówienia (unieważnionej oraz aktualnej) pozostają bez zmian.

W przypadku pierwotnej wersji postępowania Zamawiający, na podstawie zapisów w Rozdziale 2 ust. 1 pkt 2 lit. c SIWZ, wymagał od Wykonawcy posiadania doświadczenia zdefiniowanego w sposób: *w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie lub rozbudowie lub modernizacji budynku opieki medycznej, sklasyfikowanym w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. z 1999 r. nr 112, poz. 1316 oraz z 2002 r. nr 18, poz. 170) jako klasa 1264 o powierzchni użytkowej minimum 800 m<sup>2</sup>:*

Zwiększony, w stosunku do warunków określonych w pierwszej wersji postępowania, wymóg doświadczenia by Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, polegające na budowie lub rozbudowie lub modernizacji budynku opieki medycznej, sklasyfikowanym w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. z 1999 r. nr 112, poz. 1316 oraz z 2002 r. nr 18, poz. 170) jako klasa 1264 o powierzchni użytkowej minimum 1700 m2 każda należy ocenić jako **nieuzasadniony istotą projektu**. Planowana inwestycja obejmuje bowiem: a) rozbiórkę części budynku „hali kotłowni” polegająca na rozebraniu ścian, dachu oraz konstrukcji stalowej budynku do poziomu parteru; b) w budynku „hali kotłowni” - nadbudowanie trzech kondygnacji ze stropodachem powyżej parteru oraz dobudowa klatki schodowej z szybem windowym; c) przebudowę czterokondygnacyjnego budynku „administracyjno – technicznego”; d) przebudowę dwukondygnacyjnego budynku „technicznego”; e) zagospodarowanie terenu i infrastruktura techniczna. Wymóg doświadczenia powinien odnosić się przede wszystkim do posiadanych uprawnień czy wykonania prac związanych z konkretną branżą budowlaną. Zatem, jeżeli Zamawiający decyduje się na wprowadzenie dodatkowych wymogów związanych z ilością prowadzonych prac na minimalnej wielkości powierzchni użytkowej, powinien on sprecyzować je proporcjonalnie oraz adekwatnie do prowadzonego postępowania.

Wykonawca zaznacza, że **przedmiot zamówienia pozostał bez zmian** w stosunku do pierwszego postępowania, które zostało unieważnione. W przypadku wymagań określonych w pierwotnej wersji zamówienia, deklarację realizacji złożyło jedynie trzech Wykonawców. Zatem dwukrotne zaostrenie wymogów w zakresie doświadczenia dąży do wyeliminowania kolejnych wykonawców z postępowania, a w konsekwencji do ograniczenia konkurencji. Działania Zamawiającego należy zatem zakwalifikować jako naruszające art. 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, który brzmi: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i **proporcjonalny**”. Co więcej działania takie naruszają także art. 7 ust 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 2018, z 2018 r. poz. 1560, 1603, 1669.) (dalej jako „Pzp”), zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami **proporcjonalności** i przejrzystości”.

W związku z powyższym **omawiane kryteria, zaostbrane względem pierwotnego postępowania, należy ocenić jako nieproporcjonalne w świetle polskiego oraz europejskiego ustawodawstwa**. Wskazać należy, że wykonanie robót budowlanych, polegające

na budowie lub rozbudowie lub modernizacji budynku opieki medycznej nie może być oceniane pod kątem ilości wykonanych robót związanych z budynkiem opieki medycznej o określonej powierzchni użytkowej. Kwestia ta nie może stanowić kryterium oceny doświadczenia warunkującego możliwość dopuszczenia Wykonawcy do przedmiotowego postępowania. Powyższe potwierdza także liczne orzecznictwo:

- *„Każdorazowo Zamawiający musi mieć na względzie cel jaki wyznacza kształtowanie warunku udziału w postępowaniu jak również pełnię regulacji ustawowej. Cel jakim kierować ma się wykonawca w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiany, interpretowany przez określenie warunku wymagającego od potencjalnego wykonawcy wykazaniem się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 r. KIO 371/17)*
- *„Należy przy tym zauważyć, że obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie obliguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2017 r. KIO 2478/17)*
- *Ustawa - Prawo zamówień publicznych - nakazuje bowiem przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7) i zabrania określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2), tj. poprzez tworzenie i wprowadzanie nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu. Prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego*

polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. II GSK 2633/15)

- Dodać również należy, że art. 7 ust. 1 pzp jest wprost przeniesieniem regulacji unijnej do polskiego porządku prawnego. Z tego więc powodu trafnie zauważył Sąd I instancji, że naruszenie tej normy prawnej jest naruszeniem prawa unijnego. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 listopada 2016 r. II GSK 1126/15)

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż określone przez Zamawiającego kryteria dotyczące doświadczenia związanego z wykonaniem co najmniej dwóch robót budowlanych związanych z budynkiem opieki medycznej o powierzchni użytkowej minimum 1700 m2 oraz w ogóle nie są przydatne do osiągnięcia postawionego przez niego celu (wykonanie przebudowy, nadbudowy i rozbudowy ze zmianą sposobu użytkowania budynku kotłowni na potrzeby świadczenia usług ochrony zdrowia). Wskazane wymagania nie świadczą bowiem o wiedzy bądź doświadczeniu wykonawcy w danym rodzaju działalności. Wykonawca może bowiem legitymować się wykonaniem robót budowlanych w przedmiotowym zakresie w budynkach o mniejszej powierzchni użytkowej, co nie jest równoznaczne z tym że jego doświadczenie jest mniejsze. To nie bowiem wielkość pomieszczeń, w których wykonywane są roboty budowlane, a **jakość i zakres** ich wykonania powinien być czynnikiem niezbędnym przy dokonywaniu oceny doświadczenia potencjalnych wykonawców. Wykonanie robót budowlanych, polegające na budowie lub rozbudowie lub modernizacji budynku opieki medycznej o powierzchni 800 m2 nie wskazuje na brak tego typu doświadczenia w przypadku wykonania tożsamyh robót na obszarze większym. Skoro bowiem podmiot jest w stanie rzetelnie wykonać tego typu usługę, to bez znaczenia jest wielkość pomieszczeń, w których będzie ją realizował. **Zatem dokonanie omawianej zmiany** wymagań należy ocenić jako **niezasadne** oraz **nieproporcjonalne** do właściwości przedmiotu zamówienia.

Ponadto ustanowienie takich warunków wywołało skutek w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcy zdolnego do jego realizacji poprzez stworzenie sztucznej bariery, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Działanie takie ma także **negatywny wpływ na sytuację Zamawiającego**, ponieważ prowadzi do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do złożenia oferty, a tym samym prowadzi do możliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Pozostawienie wskazanych warunków w obecnym brzmieniu powodować będzie także nałożenie na Zamawiającego korekty finansowej. Zamówienie realizowane jest bowiem w oparciu o Wspólny Program Operacyjny Polska-Białoruś-Ukraina 2014-2020, który podzielony został na Duże Projekty Infrastrukturalne (DPI) oraz Projekty z Małym Budżetem (PMB). Do obu projektów mają zastosowanie tożsame zasady odzyskiwania należności<sup>1</sup>.

Na podstawie *Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) NR 897/2014 z dnia 18 sierpnia 2014 r. ustanawiającego przepisy szczegółowe dotyczące wdrażania programów współpracy transgranicznej finansowanych na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 232/2014 ustanawiającego Europejski Instrument Sąsiedztwa (dalej: RW)* tworzy się Institucję Zarządzającą, która będzie odpowiadała w pierwszej kolejności za zapobieganie i badanie nieprawidłowości, a także za dokonywanie wymaganych korekt finansowych i za odzyskiwanie środków. Na swoim terytorium państwa uczestniczące zapobiegają nieprawidłowościom, w tym nadużyciom, oraz wykrywają je i korygują, a także odzyskują kwoty nienależnie wypłacone, wraz z odsetkami zgodnie z postanowieniami art. 74 oraz art. 75 RW. W Polsce rolę instytucji Zarządzającej (IZ) pełni Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto zgodnie z art. 71 RW IZ w przypadku nieprawidłowości systemowych instytucja zarządzająca rozszerza zakres swego dochodzenia w celu objęcia nim wszystkich operacji, których nieprawidłowości te mogą dotyczyć.

Zgodnie z art. 2 lit m RW „nieprawidłowości” oznaczają wszelkie naruszenia umowy finansowej, kontraktu lub obowiązującego prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie programu, które powodują lub mogłyby spowodować szkodę w budżecie Unii przez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

Art. 71 RW wskazuje także, że Instytucja Zarządzająca dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w projektach, pomocy technicznej lub w programie. Korekty finansowe polegają na anulowaniu całości lub części wkładu Unii w projekt lub w pomoc finansową. Instytucja zarządzająca bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe i stosuje proporcjonalną korektę finansową.

Ponadto zgodnie z art. 28 RW Instytucja audytowa zapewnia prowadzenie audytów systemów zarządzania i kontroli, na podstawie stosownej próby projektów oraz rocznych sprawozdań finansowych programu. Członkowie Grupy Audytorów udzielają wsparcia Instytucji Audytowej

---

<sup>1</sup> Program współpracy transgranicznej EIS Polska- Białoruś- Ukraina 2014-2020, str. 53 [http://www.pl-by-ua.eu/upload/pl/JOP\\_PL-BY-UA\\_2014-2020\\_FINAL\\_PL.pdf](http://www.pl-by-ua.eu/upload/pl/JOP_PL-BY-UA_2014-2020_FINAL_PL.pdf)

w zakresie oceny krajowej części systemu oraz w trakcie przeprowadzania próbnych kontroli wydatków w ramach projektu. W skład grupy wchodzi wyznaczeni pracownicy służby cywilnej. W Polsce wyznaczony został Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej (Ministerstwo Finansów), którego obowiązki pełni obecnie Szef Krajowej Administracji Skarbowej.

- Izba w wyroku z dnia 12 stycznia 2018 r. (KIO 2737/17) wskazała: *W doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika "proporcjonalny", nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również: "TSUE"), że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270).*
- *Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2017 r. KIO 697/17)*
- *Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Stąd, porównywanie przez Zamawiającego liczby EZT, których dostawa jest przedmiotem zamówienia do opisu zamówienia referencyjnego (których to proporcji Odwołujący nota bene nie kwestionował) nie oddaje istoty proporcjonalności. Musi sprowadzać się ona do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. Co więcej, zaprezentowana przez Zamawiającego wykładnia proporcjonalności wręcz wypacza jej*

*sens, bowiem w każdym przypadku, w którym warunek wykazywałby związek z przedmiotem zamówienia można byłoby określać go mianem proporcjonalnego. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016 r. KIO 786/16)*

- *Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Wymogi, które nie służą osiągnięciu tego celu, należy uznać za nadmierne i niezgodne z art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2016 r. KIO 650/16)*
- Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że *przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.*
- *Jeśli bowiem opis przedmiotu zamówienia ulega zmianie, to warunek udziału w postępowaniu, aby był proporcjonalny do tego przedmiotu, również powinien podlegać modyfikacji. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2016 r. KIO 908/16).* A contrario w przypadku tożsamej materii postępowania pierwotnego oraz obecnego – brak jest podstaw do zmiany warunków udziału w postępowaniu.

W związku z przedstawioną wyżej argumentacją należy wskazać, że naruszenie przepisów Pzp przy wyborze wykonawców - w tym przypadku zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia – stanowi nieprawidłowość za którą Zamawiającemu grozi nałożenie korekty. Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i ograniczający możliwość złożenia ofert, a więc sprzeczny z art. 7 Pzp, przez zainteresowane podmioty niewątpliwie może spowodować szkodę w budżecie Unii przez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Tego typu wydatkiem będzie między innymi stawianie wykonawcom warunków zbyt wygórowanych niż faktycznie potrzebne do wykonania robót, co w efekcie powoduje, nieuzasadnione przedmiotem zamówienia, ograniczenie kręgu

wykonawców zdolnych do ich wykonania. Tym samym Zamawiający działa na swoją niekorzyść poprzez spowodowanie zmniejszenia ilości składanych w Postępowaniu ofert.

Mając powyższe na uwadze, prosimy o dokonanie zmiany i przywrócenie pierwotnych warunków.