

POSTANOWIENIE
z dnia 15 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Rafał Malinowski
Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2022 r. przez wykonawcę PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu oraz Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu w imieniu których działa Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

przy udziale:

- A. wykonawcy GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- C. wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1 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;
- 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 284 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu oraz Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu w imieniu których działa Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu („Zamawiający”) prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu (etap IB CZSK) w zakresie Modułów 3a, 4a, 4b, 5a, 5b i pawilonu wejściowego w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 225-647033.

I. W dniu 2 grudnia 2022 r. wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w ww. postępowaniu, polegających na:

- nieprawidłowym ustaleniu warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (parametrów inwestycji referencyjnych oraz doświadczenia kadry technicznej), tj. w sposób (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego;
- określeniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu w postaci: (i) doświadczenia kadry technicznej oraz (ii) Standardów Jakości Realizacji Inwestycji w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia,
- ukształtowaniu postanowień projektu umowy w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
- nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na brak informacji o wymaganej wydajności źródeł gazów oraz wykazu stanowisk, na które źródła należałoby zaprojektować.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego poprzez:
- [Zarzut nr 1; pkt 18 ppkt 4 lit. A SWZ; pkt III. 1.3) lit. A ogłoszenia] ustalenie zawyżonych parametrów referencyjnych zadań budowlanych, tj. (i) ograniczenie katalogu zadań referencyjnych do budynków szpitali i zakładów opieki medycznej należących do klasy 1264 PKOB, (ii) wymaganie co najmniej jednego zadania w formule „zaprojektuj i wybuduj”, (iii) ustalenie dodatkowych wymagań w postaci liczby i funkcji pomieszczeń wykonanych w ramach zadania budowlanego; (iv) ustalenie warunku wykazania przez Wykonawcę zaprojektowania funkcji medycyny nuklearnej z system neutralizacji ścieków, (iv) ustalenie 6-letniego okresu referencyjnego;
- [Zarzut nr 2; pkt 18 ppkt 4 lit. B SWZ] ustalenie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań w stosunku do doświadczenia kadry technicznej poprzez wymaganie: (i) 10-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji; (ii) doświadczenia nabytego przy budowie lub przebudowie budynków szpitali lub zakładów opieki medycznej należących do klasy 1264 PKOB, a także (iii) w odniesieniu do Dyrektora Projektu/Kontraktu wykazanie doświadczenia przy realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz pełnienia funkcji „od zawarcia umowy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie”;
- [Zarzut nr 3; pkt 15.1 ppkt 2 SWZ] art. 240 ust. 1 i ust. 2, art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez określenie kryteriów oceny ofert w postaci doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika robót sanitarnych oraz Kierownika robót elektrycznych za pomocą parametrów nie mających wpływu na jakość wykonania zamówienia poprzez: (i) punktowanie wyłącznie inwestycji polegających na budowie/przebudowie/ rozbudowie budynku należącego do klasy 1264 PKOB; (ii) punktowanie jedynie kontraktów zrealizowanych w ciągu ostatnich 10 lat; (iii) ustalenie niekompatybilnych parametrów inwestycji referencyjnej, tj. wartości inwestycji (50.000.000 zł) i powierzchni inwestycji (5000 m²); (iv) punktowanie w odniesieniu do kierownika budowy jedynie doświadczenia nabytego w trakcie pełnienia funkcji kierownika budowy; (v) w przypadku kierowników robót - wymaganie posiadania min. 8 miesięcznego doświadczenia w ramach każdej inwestycji;
- [Zarzut nr 4; pkt 15 ppkt 2 lit. d) - e) SWZ] art. 240 ust. 1 i ust. 2, art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez określenie

kryteriów oceny ofert w postaci doświadczenia projektanta i technologa medycznego poprzez punktowanie wyłącznie projektów dotyczących budowy lub przebudowy obiektu szpitalnego;

- [Zarzut nr 5; pkt 15. 1 ppkt 3 SWZ] art. 240 ust. 1 i ust. 2. art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert wymagań niemających wpływu na jakość wykonania zamówienia poprzez: (i) w postaci posiadania certyfikatu systemu zarządzania jakością wg AQAP 2110:2016; (ii) ustalenie sposobu punktowania certyfikatów jakości określonych w lit. a), b) i d) z podziałem na budownictwo medyczne i ogólne;
- [Zarzut nr 6; opis przedmiotu zamówienia] art. 99 ust. 1 oraz art. 101 ust. 1 i ust. 4 zw. z art. 16 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający prawidłową kalkulację ceny ofertowej;
- [Zarzut nr 7; postanowienia wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego] art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów ustawy Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, poprzez ustalenie w: 1) pkt 6.1 zd. 1 SWZ oraz § 3 ust. 1 wzoru umowy - konkretnej daty wykonania zamówienia (31.10.2025 r.) oraz zastrzeżenie terminu na korzyść Zamawiającego; 16 ust. 4 wzoru umowy - ustalenie limitu kar umownych na poziomie 50 % wynagrodzenia brutto; 3) § 21 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy - poprzez ustalenie nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego oraz niezgodnego z rynkowymi standardami terminu usunięcia wady krytycznej,
- [Zarzut nr 9] art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: dokonania zmiany treści ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym warunków przyszłej umowy, w sposób szczegółowo opisany w odwołaniu.

Dodatkowe stanowisko w sprawie, odnoszące się do wniosku o odrzucenie odwołania, Odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 14 grudnia 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 w zw. z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że: „Termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 2 grudnia 2022 r. W tym terminie PORR S.A. nie przedłożył Zamawiającemu odwołania w takiej formie, aby mógł zapoznać się on z jego treścią. Przesłany w dniu 2 grudnia 2022 r. dokument nie zawierał wszystkich stron, a przez to niemożliwym było odczytanie wszystkich zarzutów odwołującego i ich uzasadnienia”. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie, w którym nie nastąpiło uwzględnienie przez niego zarzutów odwołania – w przypadku uznania przez Izbę, że nie zaistniała podstawa do odrzucenia odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- wykonawca GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (po stronie odwołującego),
- wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (po stronie odwołującego),
- wykonawca Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (po stronie zamawiającego)

Wykonawca Warbud S.A. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 w zw. z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 2 grudnia 2022 r. (okoliczność bezsporna). Jak wynika ze stanowisk przedstawionych przez strony, a w szczególności dowodów załączonych przez Odwołującego do pisma wniesionego w dniu 14 grudnia 2022 r. oraz dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, przed upływem terminu do wniesienia odwołania Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię zawierającą co drugą stronę odwołania (email z dnia 2 grudnia 2022 r. godz. 13:38; platforma Zamawiającego). Ponadto Odwołujący przesłał zamawiającemu niepodpisany plik PDF, zawierający projekt odwołania (email z dnia 2 grudnia 2022 r. godz. 14:57). Przekazanie kopii odwołania miało miejsce dopiero w dniu 6 grudnia 2022 r. (platforma Zamawiającego), tj. po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Natomiast w myśl art. 514 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Zgodnie z art. 508 ust. 1 ustawy Pzp pisma w postępowaniu odwoławczym wnoszą się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym.

Jak wynika z powyższych przepisów odwołujący obowiązany jest przed upływem terminu do wniesienia odwołania przekazać zamawiającemu odwołanie w formie elektronicznej, tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym albo odwołanie w postaci elektronicznej opatrzone podpisem zaufanym – odpowiednio do formy/postaci, w jakiej odwołanie jest wnoszone do Prezesa Izby. Jedynie w przypadku, gdy odwołanie jest wnoszone w formie pisemnej, odwołujący z oczywistych względów przekazuje zamawiającemu kopię odwołania (oryginał odwołania wnoszony jest do Prezesa Izby).

W niniejszej sprawie Odwołujący wniósł do Prezesa Izby odwołanie w formie pisemnej, a zatem zgodnie z ww. przepisami przed upływem terminu do wniesienia odwołania obowiązany był do przekazania Zamawiającemu kopii odwołania sporządzonego w formie pisemnej. Odwołujący nie zadośćuczynił ww. obowiązkowi, gdyż przed upływem terminu do wniesienia odwołania przekazał Zamawiającemu jedynie kopię zawierającą co druga stronę odwołania. Ponadto odwołujący przesłał zamawiającemu niepodpisany plik PDF, zawierający projekt odwołania, niestanowiący kopii odwołania sporządzonego w formie pisemnej.

Należy przypomnieć, że zgodnie z podstawową zasadą dokonywania wykładni przepisów prawa powinny być one interpretowane literalnie. Jedną z podstawowych dyrektyw wykładni tekstów prawnych stanowi, że wyrażeniu należy przypisać takie znaczenie, jakie ma ono w języku potocznym (domniemanie języka potocznego). Od powyższej zasady odstępuje się w sytuacji nadania wyrażeniom określonego znaczenia przez samego ustawodawcę albo gdy wyrażenie należy do terminologii specjalistycznej (domniemanie języka prawnego oraz domniemanie znaczenia specjalnego). W państwach demokratycznych pierwszeństwo przyznaje się wykładni językowej, natomiast wykładni systemowej i wykładni funkcjonalnej przypisuje się rolę subsydiarną. Wykładnie te (systemowa i funkcjonalna) stosuje się pomocniczo w sytuacji, gdy zastosowanie wykładni językowej prowadzi do niedających się usunąć wątpliwości, z tym że pierwszeństwo ma wykładnia systemowa przed funkcjonalną.

W ramach wykładni funkcjonalnej wyróżnia się wykładnię celowościową, nakazującą brać pod uwagę cel regulacji prawnej (ratio legis).

Kierując się powyższymi zasadami dokonywania wykładni przepisów prawa należy wskazać, że w przypadku pojęcia „kopii”, wobec braku definicji legalnej, należy sięgnąć do jego znaczenia w języku potocznym. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (wydanie internetowe) pod pojęciem kopii rozumie się rzecz dokładnie odtworzoną z oryginału. Kopia „jest wiernym odtworzeniem oryginału (np. w przypadku dokumentów jest to zgodność nie tylko z treścią oryginału, lecz także zachowanie takiego samego układu graficznego), inaczej jest to dokładne powtórzenie czegoś, np. poprzez „skserowanie”” (tak wyjaśnienia na stronie internetowej Rady Języka Polskiego: rjp.pan.pl/porady-jezykowe-main/720-odpis-kopia). W zakresie formy odwołania, do której odwołują się ww. przepisy ustawy Pzp, konieczne jest sięgnięcie do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Kopią odwołania sporządzonego w formie pisemnej jest zatem dokument stanowiący dokładne odwzorowanie oryginału odwołania, a zatem posiadający również odwzorowanie złożonego podpisu. Za kopię odwołania nie może zatem być uznana ani kopia stanowiąca odtworzenie jedynie co drugiej strony tego dokumentu, jak i niepodpisany plik PDF, zawierający projekt odwołania. Za brakiem możliwości uznania, że w tym przypadku doszło do zadośćuczynienia obowiązkowi wynikającemu z art. 514 ust. 2 w zw. z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp przemawia przede wszystkim wykładnia językowa oraz systemowa tych przepisów. Niemniej jednak taka interpretacja pozostaje również zgodna z ratio legis tych przepisów. Wymaga zauważenia, że przekazana zamawiającemu kopia odwołania stanowi podstawę podjęcia przez zamawiającego oraz innych uczestników postępowania istotnych decyzji proceduralnych, tj. w przypadku zamawiającego – decyzji o uwzględnieniu w całości lub w części zarzutów odwołania, a w przypadku innych wykonawców – decyzji o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. O ile zamawiający ma możliwość uzyskania dostępu do akt postępowania odwoławczego, to taka możliwość nie istnieje w przypadku wykonawców przed podjęciem przez nich decyzji o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawcom tym należy zatem zagwarantować, że przekazana im przez zamawiającego treść odwołania jest tożsama z treścią odwołania wniesionego do Prezesa Izby. Przekazanie przez odwołującego kopii odwołania wnoszonego do Prezesa Izby w formie pisemnej w sposób istotny zwiększa prawdopodobieństwo zaistnienia ww. tożsamości treści. Celu ww. przepisów nie spełnia przesłanie niepodpisanego pliku PDF (przykładowo: odwołujący dysponując kilkoma elektronicznymi wersjami projektu odwołania omyłkowo

przesyła zamawiającemu inną wersję niż ta, która ostatecznie została wydrukowana, własnoręcznie podpisana i złożona do Prezesa Izby.)

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 6 w zw. z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 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:

.....

.....

.....