

Sygn. akt: KIO 1895/20

WYROK

z dnia 23 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Katarzyna Brzeska

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 21 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1895/20 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **GRAPH'IT Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1895/20 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) i odpowiadających im postanowień ogłoszenia o zamówieniu w sposób następujący:
 - 1/ pkt 6.2.2 lit, a), b) i c) ppkt V SIWZ) przez nadanie brzmienia zgodnie z żądaniem odwołania sformułowanym w formie alternatywy,
 - 2/ pkt 6.2.2 lit, c) pkt I SIWZ przez nadanie brzmienia zgodnie z żądaniem odwołania,
 - 3/ pkt 6.2.2. lit. c) pkt II tiret trzecie SIWZ przez skreślenie postanowienia,
 - 4/ pkt 6.2.2 lit, c) pkt II tiret czwarte SIWZ przez nadanie brzmienia zgodnie z żądaniem odwołania,
 - 5/ pkt 14.2 ppkt 3 pkt 3f SIWZ przez nadanie brzmienia zgodnie z żądaniem odwołania;
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.1. zasądza od zamawiającego **Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** na rzecz wykonawcy **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero gr) 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) w zakresie Modułów 1, 2a, 2b i 3b w formule „zaprojektuj i wybuduj” (znak sprawy: PN-52/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 29.07.2020r. nr 2020/S 145-356162.

Odwołujący PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości poprzez:

- ustalenie warunku wykazania przez Wykonawcę wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej dla budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala w rozumieniu pkt 6.2.2 lit, c) ppkt V SIWZ (pkt III.1.3) ppkt 1) ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. a) i c) oraz pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ);

- ustalenie warunku wykazania przez Wykonawcę wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala w rozumieniu pkt 6.2.2 lit, c) ppkt V SIWZ (pkt 111.1.3) pkt 2) ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. b) oraz pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ);

- sformułowaniu w pkt 6.2.2 lit, c) ppkt V SIWZ na potrzeby niniejszego postępowania definicji własnej „Szpitala” (pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V tiret pierwszy SIWZ);

- ustalenie warunku wykazania przez Wykonawcę dysponowania osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu, która pełniła funkcję przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu przy realizacji od początku do końca co najmniej dwóch inwestycji prowadzonych w formule zaprojektuj i wybuduj, której przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz wartości co najmniej 100.000.000 PLIM netto (pkt 111.1.3) pkt 3 tiret pierwszy ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. c) pkt I SIWZ),

- ustalenie warunku wykazania przez Wykonawcę dysponowania osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą posiadającą uprawnienia i doświadczenie określone w pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret 2 SIWZ, w tym w zakresie projektowania wentylacji i urządzeń wentylacji oraz warunku wykazania przez Wykonawcę dysponowania osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą uprawnienia i doświadczenie określone w pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret 3 SIWZ obejmujące wykonanie kompletu dokumentacji projektowej obejmującego instalacje gazów medycznych - co najmniej w zakresie tej instalacji (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali) (pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret 2 i 3 SIWZ, przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości łączenia tych funkcji przez jedną osobę i wprowadzeniu odrębnej punktacji tych funkcji w kryterium Doświadczenie Personelu (pkt III.1.3 pkt 3 tiret 3 i 4 ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret 2 i 3 SIWZ;

ustalenie wymogu wykazania przez Wykonawcę dysponowania osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji technologa medycznego, posiadającą uprawnienia i doświadczenie określone w pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret czwarty SIWZ, w tym wykształcenie wyższe medyczne lub techniczne (pkt III.1.3 pkt 3 tiret piąty ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret czwarty SIWZ);

2) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia niejednoznacznie i nieczytelnie za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń w zakresie BIM (pkt 2.16- 2.16i PFU);

3) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez ustalenie sztywnych, kalendarzowych terminów realizacji Umowy, tj. 15.12.2022 r. (Moduł 1) i 31.12.2023r. (zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy);

4) ukształtowanie postanowień projektu umowy z przekroczeniem granic swobody umów oraz dopuszczalnych zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy Stronami, a także w sposób naruszający istotę umowy o roboty budowlane i sprzeczną z prawem modyfikację obowiązków stron poprzez:

- ustalenie sztywnych, terminów realizacji Umowy jw.
- ustalenie zbyt krótkiego terminu opracowania Projektu Wykonawczego, Kosztorysu Inwestorskiego i Zbiorczego Zestawienia Kosztów, tj. 2 tygodnie od dnia uzyskania ostatecznych decyzji o udzieleniu pozwolenia na budowę (§ 6 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy);
- ustalenie szerokiego katalogu kar umownych przy jednoczesnym niewprowadzeniu górnego limitu kar umownych (§ 16 Wzoru Umowy);

- zastrzeżenie kar umownych „za naruszenie obowiązku pełnienia funkcji”, np. Kierownika/Dyrektora Projektu (§ 16 ust. 1 pkt 4 lit. b)-e) Wzoru Umowy);

- zastrzeżenie kar umownych za zwłokę w realizacji poszczególnych etapów robót budowlanych określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym (HRF) (§ 16 ust. 1 pkt 9 Wzoru Umowy);

5) nieprawidłowe ustalenie pozacenowego kryterium oceny ofert - Doświadczenie personelu (DP), polegające na dwukrotnym punktowaniu w kryterium - projektanta sieci, instalacji i urządzeń (pkt 11.2.5 ogłoszenia i pkt 14.2 ppkt 3e i 3f SIWZ);

6) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania w sposób niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1 b pkt 3, art. 22 ust. 1 a, art. 22d ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia w projektowaniu i budowie obiektów szpitalnych sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co utrudniając potencjalnym wykonawcom (w tym Odwołującemu) dostęp do niniejszego zamówienia i ograniczając krąg potencjalnych oferentów poprzez:

- ustalenie wymogu wykazania przez Wykonawcę wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej dla budowy obiektu postaci Szpitala w rozumieniu pkt 6.2.3 c ppkt V SIWZ (pkt 6.2.2 lit. a SIWZ, 6.2.3 lit. c ppkt V SIWZ);

- ustalenie wymogu wykazania wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu Szpitala w rozumieniu pkt 6.2.2 lit. c ppkt V SIWZ, pkt 6.2.2 lit. b) SIWZ w zw. z pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ);

- sformułowaniu w SIWZ na potrzeby postępowania definicji własnej „Szpitala”;

3) art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a w zw. 22 ust. 1 b pkt 3, art. 36 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przez ustalenie warunku wykazania dysponowania osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji:

- przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu, która pełniła funkcję przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu przy realizacji od początku do końca co najmniej dwóch inwestycji prowadzonych w formule zaprojektuj i wybuduj, której przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz wartości co najmniej 100.000.000 PLN netto (pkt 6.2.2 c) pkt I SIWZ),
- projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą uprawnienia i doświadczenie określone w pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret trzeci SIWZ obejmujące w szczególności wykonanie kompletu dokumentacji projektowej w zakresie instalacji gazów medycznych - co najmniej w zakresie tej instalacji (pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret trzeci SIWZ);
- technologa medycznego, posiadającą uprawnienia i doświadczenie określone w pkt 6.2.2 lit. c) pkt II tiret czwarty, w tym wykształcenie wyższe medyczne lub techniczne;
- 4) opis zamówienia w zakresie Wymagań BIM (pkt 2.16-2.16i PFU) – zarzut cofnięty;
- 5) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie w § 3 ust. 1 Wzoru Umowy daty wykonania Modułu 1 i daty zakończenia realizacji zamówienia jako okresu w tygodniach/miesiącach liczonych od dnia podpisania Umowy;
- 6) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. przez ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, poprzez ukształtowanie postanowień projektu Umowy w następujący sposób:
 - ustalenie sztywnych, kalendarzowych terminów tj. 15.12.2022r. (Moduł 1) i 31.12.2023 r. (zakończenie realizacji umowy) (§ 3 ust. 1 lit. a) i b) Wzoru Umowy);
 - ustalenie zbyt krótkiego terminu opracowania Projektu Wykonawczego, Kosztorysu Inwestorskiego i Zbiorczego Zestawienia Kosztów, tj. 2 tygodnie od dnia uzyskania pozwolenia na budowę (§ 6 ust. 1 pkt 4 Wzoru Umowy);
 - ustalenie szerokiego katalogu kar umownych przy jednoczesnym niewprowadzeniu górnego limitu kar umownych (§ 16 Wzoru Umowy);
 - zastrzeżenie kar umownych „za naruszenie obowiązku pełnienia funkcji” np. Kierownika/Dyrektora Projektu (§ 16 ust. 1 pkt 4 lit. b)-e) Wzoru Umowy);
 - zastrzeżenie kar umownych za zwłoką w realizacji poszczególnych etapów robót budowlanych (§ 16 ust 1 pkt 9 Wzoru Umowy);
- 7) art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dwukrotne punktowanie w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie personelu (DP), projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

8) § 15 rozp. Min. Infrastruktury z 2.09.2004 r. w sprawie zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przez zaniechanie sporządzenia PFU w zakresie Wymagań dotyczących BIM w sposób umożliwiający ustalenie kosztów projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty;

3. W oparciu o przedstawione zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SIWZ w następujący sposób:

- pkt III.1.3 ppkt 1 i 2 ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit, a), b) i c) ppkt V SIWZ) poprzez nadanie następującego brzmienia:

„a) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy obiektu użyteczności publicznej w postaci Szpitala, przy czym Zamawiający wymaga; by każdy z takich kompletów dokumentacji projektowej będący przedmiotem takiej usługi dotyczył budowy obiektu o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz o wartości kosztorysowej budowy nie mniejszej niż 100 000 000 zł netto.”

„b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu użyteczności publicznej w postaci Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 zł netto (wymóg powierzchni użytkowej i wartości musi być spełniony dla jednej budowy - Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji);”;

- „Szpital - obiekt użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2019.1065);”;

- pkt III.1.3 ppkt 1 i 2 ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit, a), lit, b) i lit, c) ppkt V SIWZ):

„a) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy Szpitala, tj. budynku lub budynków określonych symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z PKOB wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (DZ. U. nr 112, poz. 1316 ze zm.), przy czym Zamawiający wymaga, by każdy z takich kompletów dokumentacji projektowej będący przedmiotem takiej usługi dotyczył budowy obiektu o

powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz o wartości kosztorysowej budowy nie mniejszej niż 100 000 000 zł netto,"

„b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie Szpitala, tj. budynku lub budynków określonych symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (DZ. U. nr 112, poz. 1316 ze zm.), o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 zł netto (wymóg powierzchni użytkowej i wartości musi być spełniony dla jednej budowy - Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji);

„Na potrzeby niniejszej SIWZ przez „Szpital” rozumie się pojedynczy budynek (lub zespół budynków), w którym mieści się szpital w rozumieniu art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej, a ten budynek lub te budynki są określone symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z PKOB)".

- pkt 6.2.2 lit, c) pkt I SIWZ - poprzez nadanie następującego brzmienia:

„dysponuje osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu, posiadającą co najmniej wykształcenie wyższe na kierunkach wskazanych w Załączniku nr 2 do Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, jako kierunki odpowiednie dla specjalności wskazanych w pkt 1-6 oraz 11-16 tego Załącznika, która pełniła funkcję przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu przy realizacji (od początku do końca, tj. od zawarcia umowy do pozwolenia na użytkowanie i protokołu odbioru zakończonego wynikiem pozytywnym) co najmniej jednej inwestycji prowadzonej w formule zaprojektuj i wybuduj, przy czym przedmiotem tej inwestycji była budowa budynku użyteczności publicznej (w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz każda z tych inwestycji miała wartość co najmniej 100.000.000 PLN netto,";

- pkt 6.2.2. lit. c) pkt II tiret trzeci SIWZ - skreślenie w całości postanowienia w brzmieniu: „dysponuje osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w tej specjalności bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b oraz ust 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane), która wykonała; po

zdobyciu uprawnień zawodowych (jako projektant ww. specjalności) min. 1 komplet dokumentacji projektowej (składający się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczący budowy lub przebudowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m², obejmujący w szczególności instalację gazów medycznych - co najmniej w zakresie tej instalacji, (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali),";

pkt 6.2.2 lit, c) pkt II tiret czwarty SIWZ poprzez nadanie następującego brzmienia:

„dysponuje osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji technologa medycznego, posiadającą co najmniej wyższe wykształcenie, która brała udział, jako technolog medyczny, w wykonaniu - co najmniej w zakresie technologii medycznej - co najmniej 1 kompletu dokumentacji projektowej, (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczącego budowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali)/

pkt 14.2 ppkt 3 pkt 3f SIWZ - poprzez skreślenie pkt 3f i odpowiedni podział punktów, które wykonawcy mogą uzyskać z tytułu wskazania osoby posiadającej doświadczenie opisane w tym punkcie (max 3 punkty; waga 3 %) pomiędzy pozostałe pozycje tego kryterium;

pkt 2.16-2.16i PFU Wymagania dotyczące BIM - nakazanie Zamawiającemu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Wymagań dotyczących BIM w sposób jednoznaczny i czytelny za pomocą dokładnych i zdefiniowanych określeń w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu;

§ 3 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez nadanie następującego brzmienia:

„1. Strony ustalają następujące terminy realizacji Umowy:

a) wykonanie wszystkich zobowiązań związanych z częścią Modułu 1 obejmującą Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR), opisany w Załączniku nr 5.2. do PFU: 31 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

b) zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy (wykonanie wszystkich zobowiązań umownych): 43 miesiące od dnia zawarcia Umowy, przy czym termin ten jest zastrzeżony na korzyść Zamawiającego (art. 457 kc)".

§ 6 pkt 1 ppkt 4 Wzoru Umowy - poprzez nadanie następującego brzmienia:

„4) Projekt Wykonawczy: w terminie 6 miesięcy od dnia uzyskania ostatecznych decyzji o zatwierdzeniu Projektu Budowlanego i udzielenia prawomocnego pozwolenia na budowę

§ 6 pkt 1 ppkt 5) Wzoru Umowy - poprzez nadanie następującego brzmienia:

„5) Kosztorys Inwestorski, Zbiornicze Zestawienie Kosztów: w terminie 6 miesięcy od dnia uzyskania ostatecznych decyzji o zatwierdzeniu Projektu Budowlanego i udzielenia prawomocnego pozwolenia na budowę"

§ 16 ust. 1 pkt 4) lit. b)-e) Wzoru Umowy - skreślenie zapisów;

§ 16 ust. 1 pkt 9 Wzoru Umowy - skreślenie zapisów;

dodanie w ust. 5 w § 16 ust. 1 Wzoru Umowy w następującym brzmieniu:

„5. Łączna wysokość kar umownych przysługujących Zamawiającemu na podstawie wszystkich tytułów przewidziany w Umowie nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w §12 ust. 1 Umowy.”

Uzasadnienie

Ponadto postanowienia SIWZ (w tym PFU i przyszłej umowy) zostały sformułowane w sposób sprzeczny z prawem, tj. przepisami Pzp oraz kc, a także zasadami przejrzystości i uczciwej konkurencji obowiązującymi w postępowaniu, co utrudnia przygotowanie prawidłowej oferty z uwagi na brak możliwości prawidłowego oszacowania ryzyk oraz ustalenia zakresu robót objętych zamówieniem oraz stwarza realne zagrożenie zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy. Zakres prac objętych przedmiotem zamówienia oraz obowiązki Wykonawcy zostały określone nieprecyzyjnie, z naruszeniem ekwiwalentności świadczeń i istoty umowy o roboty budowlane oraz z przekroczeniem ryzyk mieszczących się w granicach wynagrodzenia ryczałtowego. Zaskarżone zapisy SIWZ przenoszą na Wykonawcę dużą część ryzyk realizacji Inwestycji, pomijając okoliczność, że niniejsze zamówienie będzie realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w pkt III.1.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” oraz pkt 6.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Z uwagi na formułę realizacji inwestycji „projektuj i buduj”, opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Programie funkcjonalno-użytkowym („PFU”).

III. Uzasadnienie zarzutów dot. warunku wykazania realizacji Szpitala.

1. W pkt III.1.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- 1) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala, przy czym Zamawiający wymaga, by każdy z takich kompletów dokumentacji projektowej będący przedmiotem takiej usługi dotyczył budowy Szpitala o pow. użytkowej co najmniej 12 000 m² i wartości kosztorysowej budowy nie mniejszej niż 100 000 000 PLN netto;
- 2) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12 000 m² o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 PLN netto (wymóg powierzchni użytkowej i wartości musi być spełniony dla jednej

budowy - Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji);

2. Powyższe warunki zostały szczegółowo opisane w punkcie 6.2.2 SIWZ.

3. W SIWZ, Zamawiający zamieścił definicję „Szpitala” wskazując, że przez to pojęcie rozumie „pojedynczy budynek (lub zespół budynków), w którym mieści się szpital w rozumieniu art 2 pkt 9 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, który ma w swojej strukturze co najmniej: (1) oddział anestezjologii i intensywnej terapii, posiadający co najmniej 10 stanowisk intensywnej terapii. (2) blok operacyjny posiadający co najmniej 6 sal operacyjnych, w tym co najmniej dwie hybrydowe, oraz (3) szpitalny oddział ratunkowy (SOR) w rozumieniu art 3 pkt 9 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym, a w przypadku SOR poza granicami RP komórkę organizacyjną szpitala udzielającą świadczeń opieki zdrowotnej w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego, zaś ten budynek lub te budynki są określone symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z PKOB) i zaliczają się do jednej z trzech niżej wymienionych kategorii:

budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi, szpitale więzienne i wojskowe, szpitale kliniczne.

4. Ponadto na potrzeby definicji terminu „Szpital” Zamawiający wyjaśnił, że „we wszystkich miejscach SIWZ, w których Zamawiający odnosi się do doświadczenia dotyczącego Szpitala (w powyższym rozumieniu) - Zamawiający dopuści również doświadczenie odnoszące się do zaprojektowania/budowy jednego (lub kilku) z większej liczby budynków składających się łącznie na zespół budynków, w którym to zespole mieści się szpital w rozumieniu art 2 pkt 9 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej o ile ten zaprojektowany/wybudowany budynek (lub budynki) jest określony wskazanym wyżej symbolem PKOB nr 1264 i należy do jednej ze wskazanych wyżej kategorii budynków dla tego numeru oraz w tym zaprojektowanym/wybudowanym budynku (lub budynkach) wykonywana jest działalność lecznicza polegająca na realizowaniu świadczeń szpitalnych w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy o działalności leczniczej, a nadto w projektowanym/wybudowanym budynku lub projektowanych/wybudowanych budynkach mieści się:

(1) oddział anestezjologii i intensywnej terapii, posiadający co najmniej 10 stanowisk intensywnej terapii,

(2) blok operacyjny posiadający co najmniej 6 sal operacyjnych, w tym co najmniej dwie hybrydowe,

(3) szpitalny oddział ratunkowy (SOR) w rozumieniu art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 8 września 2006r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym, a w przypadku SOR poza granicami RP komórkę organizacyjną szpitala udzielającą świadczeń opieki zdrowotnej osobom w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego oraz jednocześnie ten zaprojektowany/wybudowany

budynek (lub budynki) spełnia inne wymogi wskazane w danym punkcie SIWZ, w szczególności dotyczące powierzchni użytkowej."

5. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że na potrzeby definicji terminu „Szpital” wymaga, aby określona powyżej liczba sal operacyjnych mieściła się na jednym bloku operacyjnym oraz określona powyżej liczba stanowisk intensywnej terapii mieściła się na jednym oddziale intensywnej terapii (nie jest dopuszczalne sumowanie liczby sal operacyjnych z kilku bloków operacyjnych oraz liczby stanowisk intensywnej terapii z kilku oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii)".

6. Warunki udziału w postępowaniu w postaci wymogu wykazania przez Wykonawcę wykonania:

- kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala (pkt III.1.3 ppkt 1) ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. a) SIWZ), oraz

- jednej roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala (pkt 111.1.3 ppkt 2) ogłoszenia i pkt 6.2.2 lit. b) SIWZ),

uzupełnione definicją własną Szpitala zamieszczoną w pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ są nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz Zamawiający nie uwzględnił sytuacji rynkowej jaka ukształtowała się w związku z postawionymi warunkami, przez co ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

7. Ponadto warunki te nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Nie są to również wymagania minimalne oraz adekwatne do przedmiotu zamówienia. Natomiast ograniczają krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Są to zatem warunki ograniczające konkurencję, a w zasadzie uniemożliwiają udział w postępowaniu projektantom i wykonawcom działającym obecnie na polskim rynku budowlanym.

8. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie Szpitala Klinicznego w Poznaniu w zakresie Modułów 1,2a, 2b i 3b w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a przedłożony PFU nie zawiera nietypowych rozwiązań.

9. Podstawowymi elementami inwestycji jest budowa dwóch budynków zawierających oddziały szpitalne, tj. Modułu 1" - Szpitalnego Oddziału Ratunkowego wraz z Centrum Medycyny Ratunkowej i Interwencyjnej, 4 kondygnacje nadziemne i 1 oraz Modułu 2a - budynku z oddziałami łóżkowymi, 5 kondygnacji nadziemnych, trzech łączników (Moduł 2b, Moduł 3b, łącznik podziemny), lądowiska dla śmigłowców wraz z infrastrukturą i instalacjami oraz budynków towarzyszących (np. portiernia, tlenownia).

10. Powierzchnia użytkowa netto zasadniczej części budynku objętej przedmiotem zamówienia, wraz z podpiwniczeniem wynosi ok. 25.055 m², na co składają się wielkości:

Moduł 1: 15.630 m², Moduł 2a: 6.215 m², Moduł 2b: 1.685 m², Moduł 3b: 1.525 m².

11.12 Wymagania dotyczące konstrukcji ww. budynków (np. pkt 2.6 PFU) czy instalacji (np. pkt 2.7, pkt. 2.9 PFU) nie różnią się od stawionych w postępowaniach, których przedmiotem jest projektowanie i budowa obiektów użyteczności publicznej. Roboty są elementami występującymi we wszystkich budynkach użyteczności publicznej i nie są robotami wyjątkowymi dla przedmiotowej inwestycji jako instytucji wykonującej świadczenia medyczne.

13. Odwołujący realizuje na rzecz różnych inwestorów zamówienia, których zakres rzeczowy jest zbieżny z przedmiotem zamówienia, w tym zamówieniach na realizację budynków szpitalnych (np. budowa Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie-Prokocimiu).

14. W ocenie Odwołującego wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego Wykonawców postawione przez Zamawiającego są nadmierne i nieadekwatne do charakteru i stopnia trudności realizacji inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania.

15. Zamawiający w różny sposób formułują warunki udziału w postępowaniu w przetargach dotyczących szpitali, co odwołujący wykazał przykładami: Wielkopolskiego Centrum Onkologii, Szpital Uniwersytecki w Krakowie-Prokocimiu, Szpital w Wejherowie.

16. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie mogą być nadmierne i wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować niektórych przedsiębiorców mimo, że inni także mogą wykonać przedmiot zamówienia.

17. Zamawiający ograniczył krąg potencjalnych oferentów poprzez wprowadzenie definicji własnej „Szpitala” pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ, która zawiera 4-krotne ograniczenie warunków udziału w postępowaniu.

18. Według wiedzy tylko Szpital Uniwersytecki w Krakowie-Prokocimiu posiada parametry wymagane przez Zamawiającego, w zakresie usługi projektowej trzy: ww. oraz dwa jeszcze nie zrealizowane, tj. projekt na potrzeby niniejszego postępowania oraz projekt na potrzeby szpitala w Łodzi (Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego dla zadania: "Drugi etap budowy Centrum Kliniczno Dydaktycznego UM w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym" UM w Łodzi) - przygotowane przez tą samą spółkę projektową.

19. 20. 21. 22. 23.24. Nie jest również możliwe zdobycie na rynku europejskim wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie wykonawstwa robót budowlanych z uwagi na odmienny do polskiego sposób realizacji tego typu inwestycji, tj. podział realizacji na odrębne pakiety zlecane w ramach odrębnych postępowań różnym wykonawcom (projektowanie, budowa stanu surowego, wykończenie, projektowanie i dostawa wyposażenia i sprzętu). Podmioty, które zrealizowały największą inwestycję tego typu w Polsce w okresie ostatnich 10 lat nie spełnią kryterium postawionego przez Zamawiającego na budowę szpitala

o mniejszej powierzchni i wartości w stosunku do Szpitala w Krakowie-Prokocimiu. W myśl art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

25. Zamawiający nie może ustalać nadmiernych i nieadekwatnych w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagań. Zobowiązany jest do określenia warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (w szczególności skali, złożoności i innych istotnych warunków realizacji) oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. „Zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych - gwarantujących jednak osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania.

26.27. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą zatem dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania oraz faworyzować jednych kosztem pozostałych. Zamawiający powinien dopuścić do udziału w postępowaniu każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, a „obowiązkiem Zamawiającego jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej" (KIO 8/17).

28. Z uwagi na powyższe warunki postawione przez Zamawiającego w zakresie wykazania doświadczenia w projektowaniu/wykonawstwie Szpitala w rozumieniu autorskiej definicji Zamawiającego są nadmierne i nieproporcjonalne. Uniemożliwią złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą realnie zrealizować zamówienie.

29. Budynki przeznaczone na potrzeby opieki zdrowotnej zaliczane są do budynków użyteczności publicznej rozporządzenia MI z 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2019.1065). Wskazany akt nie zawiera odrębnych regulacji dotyczących szpitali.

30. Doświadczenie zdobyte zatem przy projektowaniu i realizacji obiektów użyteczności publicznej o wartości i powierzchni zbliżonej lub większej od obiektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, z uwagi na analogiczny stopień trudności pod względem projektowymi i realizacyjnym, daje gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

31. Wykonawca proponuje dokonanie opisu warunków udziału poprzez ograniczenie definicji Szpitala do budynku lub budynków określonych symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej zgodnie z Polską Klasyfikacją.

32. 33. Brak jest w szczególności uzasadnienia technicznego i prawnego do formułowania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o liczbę sal operacyjnych w bloku operacyjnym (w tym wyprowadzania wymogu dotyczącego 2 sal hybrydowych) oraz warunku zastrzegającego, aby wymagana liczba sal operacyjnych mieściła się na jednym bloku

operacyjnym oraz określona liczba stanowisk intensywnej terapii mieściła się na jednym oddziale intensywnej terapii. Nie ilość sal operacyjnych czy stanowisk intensywnej terapii stanowi o doświadczeniu wykonawcy, a tym bardziej ich lokalizacja „na jednym oddziale czy „w jednym bloku”. Rozwiązania techniczne oraz przepisy prawa budowlanego, normy branżowe i warunki sanitarno-higieniczne dla 6 sal w jednym bloku operacyjnym nie różnią się od rozwiązań dla 6 sal oddalonych od siebie.

34. 35. W pkt IX załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz.U.2019r.595) określono wymagania dotyczące bloku operacyjnego składającego się co najmniej z jednej sali. Nie ma odrębnych wymagań dotyczących bloków operacyjnych składających się z 4, 5 czy 6 sal operacyjnych. Sposób opisu jest nieprawidłowy również z uwagi na posłużenie się pojęciami nie mającymi legalnych definicji, a jedynie używanych w materiałach reklamowych i języku potocznym, przy jednoczesnym braku definicji tych pojęć w postanowieniach SIWZ, tj. są to przede wszystkim pojęcia: „oddziału anestezjologii i intensywnej terapii” „sale hybrydowe”.

36. Zamawiający sformułował warunki w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego odwołując się zamiennie do pojęcia „Szpitala” SIWZ lub „budynku użyteczności publicznej” rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie).

37. Obniżone wymaganie dotyczące doświadczenia przy realizacji „budynku użyteczności publicznej” Zamawiający zastrzegł w odniesieniu do osób kluczowych do prawidłowej realizacji inwestycji, tj. przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu, kierownika budowy, kierownika robót specjalności instalacyjnej i menadżera BIM.

38. Brak jest uzasadnienia do tak istotnego różnicowania wymagań w stosunku do warunku doświadczenia Wykonawcy i doświadczenia kluczowej kadry, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia. Prowadzi to do sytuacji, w której Wykonawcy dysponujący zespołem pracowników o odpowiednim doświadczeniu i kwalifikacjach nie będą mogli uczestniczyć w postępowaniu z uwagi na zaporowe warunki udziału w postępowaniu.

39. 40. Uzasadniona i konieczna dla zapewnienia konkurencyjności postępowania jest modyfikacja warunków udziału w zakresie doświadczenia Wykonawcy (w szczególności definicji Szpitala) w sposób zaproponowany przez Odwołującego. Wymagania nie mają oparcia w warunkach rynkowych, na polskim rynku praktycznie nie ma wykonawców/projektantów, którzy mogliby wylegitymować zasobami spełniającymi tak postawione warunki. Analogicznie trudności z tym miałiby również wykonawcy zagraniczni.

IV. Uzasadnienie zarzutów dot. wymogu wykazania doświadczenia kadry.

1. Warunki dysponowania osobami z doświadczeniem opisanym w pkt 6.2.2 lit. c) pkt I i II SIWZ w części kwestionowanej przez Odwołującego są nieproporcjonalne do przedmiotu

zamówienia oraz umożliwiają eliminację z niniejszego postępowania wykonawców, którzy dają gwarancję prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

a) przedstawiciel wykonawcy - kierownik/dyrektor projektu

2. 3.4.5.6. Wymaganie dysponowania osobą, posiadającą co najmniej wykształcenie wyższe na kierunkach wskazanych w Załączniku nr 2 do Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, jako kierunki odpowiednie dla specjalności wskazanych w pkt 1-6 oraz 11-16 tego Załącznika, która pełniła funkcję przedstawiciela wykonawcy - kierownika/dyrektora projektu przy realizacji (od początku do końca, tj. od zawarcia umowy do pozwolenia na użytkowanie i protokołu odbioru zakończonego wynikiem pozytywnymi co najmniej dwóch inwestycji prowadzonych w formule zaprojektuj i wybuduj, przy czym przedmiotem każdej z tych inwestycji była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² oraz każda z tych inwestycji miała wartość co najmniej 100.000.000 PLN netto, w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w tym postępowaniu. Jest bowiem sytuacją niezwykle rzadką, aby w przypadku wieloletnich inwestycji o tak dużej skali (z uwagi na powierzchnię i wartość) jak wskazana w ww. warunku, trwających często po kilka lat (od rozpoczęcia projektowania do zakończenia realizacji) jedna osoba pełniła wskazaną funkcję przez ten okres czasu. W praktyce budowlanej w przypadku kontraktów „zaprojektuj i wybuduj” inna osoba (zazwyczaj architekt) jest kierownikiem kontraktu na etapie projektowania, a po rozpoczęciu robót budowlanych taką funkcję przejmuje osoba z doświadczeniem realizacyjnym - zazwyczaj z wykształceniem konstrukcyjnym.

b) projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Zamawiający wymaga, aby osoba skierowana do realizacji zamówienia w funkcji projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadała uprawnienia budowlane do projektowania w tej specjalności bez ograniczeń (art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane), która wykonała, po zdobyciu uprawnień zawodowych (jako projektant ww. specjalności) min. 1 komplet dokumentacji projektowej (składający się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczący budowy lub przebudowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m², obejmujący w szczególności instalację i urządzenia wentylacji - co najmniej w zakresie tych instalacji i urządzeń (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali).

Jednocześnie Zamawiający ustanowił kolejny warunek, że Wykonawca wykaże dysponowanie osobą, w funkcji projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą

uprawnienia budowlane do projektowania w tej specjalności bez ograniczeń, która wykonała, po zdobyciu uprawnień zawodowych (jako projektant ww. specjalności) min. 1 komplet dokumentacji projektowej (składający się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczący budowy lub przebudowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m², obejmujący w szczególności instalacje gazów medycznych - co najmniej w zakresie tej instalacji (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali).

Przedstawiony sposób konstruowania warunków udziału w postępowaniu jest niezgodny z przepisami Pzp oraz w sposób niekonkurencyjny może wpłynąć na wyniki postępowania. Pkt 6.2.2. lit. c) pkt II tiret drugi oraz trzeci SIWZ zawierają w identyczne wymagania dotyczące kwalifikacji i doświadczenia projektanta specjalności instalacyjnej. Zapisy się dublują.

W praktyce projektowej zazwyczaj ta sama osoba bowiem projektuje zarówno „instalację i urządzenia wentylacji” oraz „instalację gazów medycznych”, ponieważ projektowanie instalacji technologicznych (tj. instalacji gazów medycznych) nie wymaga dodatkowych/szczególnych uprawnień budowlanych. Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji osób wymienionych w ramach zespołu co najmniej pięciu osób, co oznacza, że przy uwzględnieniu łączenia funkcji zespół osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie może liczyć mniej niż pięć osób.

Jednocześnie w myśl pkt 14.2 (Kryteria Wyboru Oferty) ppkt 3e i 3f SIWZ, osoby wskazane w pkt 6.2.2 pkt II lit. c) tiret drugi i trzeci SIWZ są odrębnie punktowane (max. po 3 punkty każda z tych osób). W konsekwencji z tytułu wskazania tej samej osoby w celu wykazania spełniania warunków określonych w pkt 6.2.2. lit. c) pkt II tiret drugi oraz trzeci SIWZ, tj. projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, możliwe jest uzyskanie 6 punktów. Natomiast maksymalnie w ramach tego kryterium Wykonawca może uzyskać 20 pkt. Instalacje technologiczne w zakresie gazów medycznych stanowią ok. 0,5% wartości budowy inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Nałożenie obowiązku wykazania dysponowania projektantem, który wykonał projekt obejmujący instalację gazów medycznych, nie jest uzasadnione z uwagi na wartość instalacji i brak obowiązku posiadania odrębnych/specjalnych uprawnień do projektowania tego typu instalacji. To warunek nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu postępowania.

Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający nie sformułował takiego warunku w odniesieniu do innych branż instalacyjnych (elektrycznej, ochrony pożarowej, wodociągowej i kanalizacyjnej itp., które stanowią ok. 20% wartości inwestycji (każdego szpitala).

Jednocześnie dopuszczenie łączenia ww. funkcji przez jedną osobą i zastrzeżenie ich odrębnej punktacji w pkt 14.2 ppkt 3e i ppkt 3f SIWZ, powoduje sztuczne zdublowanie punktacji wykonawcy, który dysponuje taką osobą. Podkreślić przy tym należy, że w odniesieniu do ww. projektantów Zamawiający wymaga wykazania doświadczenia przy projektowaniu Szpitala w

rozumieniu pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ. Kryterium te, jak wskazano powyżej, spełniają tylko trzy projekty szpitali w Polsce. Z uwagi na powyższe ww. wymagania w połączeniu z zasadami punktacji określonymi w pkt 14 SIWZ w sposób istotny zaburzają konkurencyjność niniejszego postępowania.

c) technolog medyczny

20. Zamawiający ustanowił warunek dysponowania osobą, w funkcji technologa medycznego, posiadająca co najmniej wyższe wykształcenie medyczne lub wykształcenie techniczne.

Brak uzasadnionych i prawnych podstaw do wprowadzenia ww. warunku w zakresie kierunkowego wykształcenia wyższego. V. Uzasadnienie zarzutów dot. Kryterium oceny ofert (pkt 14 SIWZ).

1. Zamawiający w pkt 14.1 SIWZ ustalił następujące kryteria oceny ofert: 1) cena (C) - waga 60%, 2) gwarancja (G) - waga 20%, 3) doświadczenie personelu (DP) - waga 20%.

2. Zamawiający w pkt 6.2.2. pkt II lit. c) tiret drugi i trzeci SIWZ, wymaga, wykazania przez wykonawców dysponowania osobą/osobami - projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającą uprawnienia i kwalifikacje określone w tych postanowieniach, która wykonała komplet dokumentacji projektowej obejmujący w szczególności odpowiednia instalację i urządzenia wentylacji lub instalację gazów medycznych.

3. Przyjęty przez Zamawiającego sposób opisu warunków udziału w postępowaniu dotyczący projektantów instalacji wentylacyjnej i gazów medycznych, możliwość łączenia tych funkcji przez jedną osobę oraz zasady punktacji w ramach kryterium Doświadczenie personelu (DP), w sposób sztuczny wpływają na wynik postępowania.

4. Możliwość uzyskania 6 pkt za wskazanie jednej osoby do pełnienia dwóch funkcji z jednoczesnym postawieniem wymogu realizacji dokumentacji projektowej Szpitala o parametrach ściśle określonych w pkt 6.2.2 lit. c) ppkt V SIWZ, w sposób nieuzasadniony faworyzuje określony krąg wykonawców. Wymogi postawione przez Zamawiającego nie mają oparcia w warunkach rynkowych, ponieważ na rynku krajowym nie ma praktycznie wykonawców mogących się wylegitymować zasobami spełniającymi tak postawiony warunek, a trudności z tym mieliby również wykonawcy zagraniczni.

5. Wykonawca ma świadomość, że Zamawiający opracowując warunki udziału w postępowaniu powinien kierować się minimalnym poziomem zdolności, tj. umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy mogliby je należycie wykonać, ponieważ to warunki stanowią barierę wyznaczającą możliwość złożenia przez wykonawcę oferty, a inny charakter mają kryteria oceny ofert, a szczególnie kryteria pozacenowe.

6. Celem kryteriów pozacenowych jest bowiem przede wszystkim wybór najkorzystniejszej oferty, a więc Zamawiający może ustanowić je w sposób bardziej

zawężający niż warunki udziału w postępowaniu. Jednakże ustalając ww. kryteria Zamawiający musi uwzględniać zasady udzielenia zamówień.

7. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp kryteriami oceny ofert może być cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia w szczególności kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Przedmiotowe kryterium może wiązać się z oceną personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia, jeśli odnosi się do przedmiotu zamówienia i jeśli może mieć znaczący wpływ na jakość jego wykonania.

8. O ile ustalone kryteria odnoszą się do przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem odniesienia do definicji Szpitala), to dublowanie kryterium, które wpływa na punktację w postępowaniu, stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień, w szczególności uczciwej konkurencji i przejrzystości. Natomiast wybór danego kryterium musi zapewnić możliwość efektywnej konkurencji. Natomiast tak skonstruowane kryterium nie spełnia tego wymogu.

9. Wykonawca wnosi o wykreślenie z kryterium Doświadczenie Personelu (DP) - projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadającego doświadczenie przy projektowaniu instalacji gazów medycznych oraz podział punktów, które wykonawcy mogą uzyskać za wskazanie osoby posiadającej ww. doświadczenie (max 3 punkty; waga 3 %) w pomiędzy pozostałe pozycje tego kryterium.

VII. Uzasadnienie zarzutów dot. Wzoru Umowy.

1. Zamawiający sformułował postanowienia przyszłej Umowy w sposób wykraczający poza obiektywne potrzeby Zamawiającego i ochronę interesu publicznego.

„Zgodnie z art 353.1 kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zachowanie interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może zatem polegać na narzucaniu Wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję Zamawiającego oraz ograniczają krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie.

a) termin realizacji inwestycji

1. Wykonawca powinien wykonać wszystkie zobowiązania związane z częścią Modułu 1 obejmującą Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) - do dnia 15.12.2022 r. oraz zakończyć realizację Przedmiotu Umowy do dnia 31.12.2023r. (§ 3 ust. Pkt 1 i 2) Wzoru Umowy). W § 3 ust. 1 Umowy, Zamawiający ustalił terminy zakończenia Modułu 1 i całej inwestycji datami dziennymi. Taka konstrukcja określania terminów nie uwzględnia specyfiki realizacji inwestycji będącej przedmiotem zamówienia, tj. okoliczności i zmiennych mogących mieć wpływ na możliwość zachowania terminów. Ustalając termin Zamawiający musi uwzględnić wymagania wskazane w art. 29 ust. 1 Pzp, a także okoliczności mające wpływ na treść oferty wykonawcy

i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy. W ocenie Odwołującego zakres robót przewidzianych do wykonania w ramach niniejszego zamówienia, nie pozwala na przyjęcie, że jego realizacja będzie możliwa w terminie wymaganym przez Zamawiającego. Inwestycja obejmuje szeroki zakres prac projektowych i budowlanych, w skład których wchodzi elementy całkowicie niezależne od wykonawcy. Zamawiający oczekuje uzyskania kilku decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, ponieważ m.in. wymaga finansowego (w kosztorysie i HRF) oraz dokumentacyjnego wydzielenia SOR w strukturze kompletnej dokumentacji Modułu 1, umożliwiającej jego wybudowanie i właściwe rozliczenie oraz pozwalającej na wystąpienie z wnioskiem o wydanie decyzji o Pozwoleniu na częściowe użytkowanie w terminie do 15.12.2022 r. Przepisy nie zabraniają określania terminu realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą dat, ale jednocześnie nakładają na Zamawiającego konieczność takiego kształtowania postępowania, aby prowadziło ono do zawarcia ważnej i skutecznej umowy. Postępowanie nie może prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. Z uwagi na możliwość wydłużenia się niniejszego postępowania oraz ustalenie przez Zamawiającego nierealnych terminów na opracowanie Projektu Wykonawczego oraz Kosztorysu Inwestorskiego i Zestawienia Kosztów (§ 6 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) Wzoru Umowy), nie będzie możliwe w ocenie Odwołującego, wykonanie inwestycji w założonym przez Zamawiającego okresie, a w konsekwencji powstaje zagrożenie, że umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania będzie umową o świadczenie niemożliwe. W okresie ustalonym trudno będzie przeprowadzić cały proces budowlany (obejmujący fazę projektowania, uzgadniania dokumentacji, uzyskiwania niezbędnych decyzji uprawnionych organów, budowy i oddania do użytkowania) dla zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. W związku powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację § 3 ust. 1 Wzoru Umowy przez określenie terminów, daty wykonania Modułu 1 i daty zakończenia realizacji zamówienia jako okresu w tygodniach/miesiącach liczonych od podpisania Umowy i nadanie mu brzmienia:

„1. Strony ustalają następujące terminy realizacji Umowy:

- a) wykonanie wszystkich zobowiązań związanych z częścią Modułu 1 obejmującą Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR), opisany w Załączniku nr 5.2. do PFU: 31 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,
- b) zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy (wykonanie wszystkich zobowiązań umownych): 43 miesiące od dnia zawarcia Umowy, przy czym termin ten jest zastrzeżony na korzyść Zamawiającego (art. 457 kc)".
- b) termin opracowania dokumentacji wykonawczej

1.-3. Zgodnie § 6 pkt 1 ppkt 4 Wzoru Umowy, wykonawca ma obowiązek dostarczyć Projekt Wykonawczy w terminie 10 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, co wydaje się terminem realnym. Jednak w § 5 pkt 4 Wzoru Umowy określa, że Projekt Wykonawczy należy sporządzić

jako uszczegółowienie Projektu Budowlanego, co jest zgodne z zasadami wykonywania prac projektowych; wykonawcy pozostanie jedynie 0,5 miesiąca na wykonanie Projektu Wykonawczego, ponieważ do momentu uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę nie wiadomo, czy projekt zyska aprobatę administracji publicznej i Zamawiającego.

4. Zamawiający przed wszczęciem niniejszego postępowania przeprowadził postępowanie na wykonanie dokumentacji projektowej niniejszej inwestycji, którego efektem jest dokumentacja projektowa (załącznik nr 3.1 do PFU). Ww. dokumentacja stanowi materiał wyjściowym, na którego bazie Wykonawca wykona dokumentację projektowo-kosztorysową.

6. Termin opracowania dokumentacji wykonawczej § 6 pkt 1 ppkt 4 Wzoru Umowy jest zbyt krótki, tj. są 2 tygodnie od dnia udzielenia pozwolenia na budowę. Zamawiający ustalając ww. termin preferuje wykonawcę, który już wykonał w ramach uprzedniego zamówienia projekt budowlany i wykonawczy, ponieważ zakres prac w obu zamówieniach w 90% pokrywa się. Odwołujący wnosi o zmianę zapisu w §6 pkt 1 ppkt 4 Umowy i nadanie mu treści: „4) Projekt Wykonawczy: w terminie 6 miesięcy od dnia uzyskania ostatecznych decyzji o zatwierdzeniu Projektu Budowlanego i udzielenia prawomocnego pozwolenia na budowę” oraz analogicznie §6 pkt 1 ppkt 5) Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści: „5) Kosztorys Inwestorski, Zbiorcze Zestawienie Kosztów: w terminie w terminie 6 miesięcy od dnia uzyskania ostatecznych decyzji o zatwierdzeniu Projektu Budowlanego i udzielenia prawomocnego pozwolenia na budowę”.

c) kary umowne przewidziane w § 16 ust 1 pkt 4 lit b)-e) Wzoru Umowy

1.-4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia: „b) za naruszenie obowiązku pełnienia przez kierowników robót i Kierownika budowy funkcji opisanych w Załączniku nr C do Umowy lub c) za naruszenie obowiązku pełnienia funkcji Kierownika/Dyrektora Projektu przez osobę wskazaną w Ofercie, lub d) za naruszenie obowiązku pełnienia funkcji Menedżera BIM przez osobę wskazaną w Ofercie lub e) za naruszenie obowiązku pełnienia funkcji technologa medycznego przez osobę wskazaną w Ofercie”.

5.-9. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o skreślenie § 16 ust. 1 pkt 4) lit. b)-e) Umowy.

d) 1. W myśl § 16 ust. 1 pkt 9 Wzoru Umowy, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego brutto określonego w §12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki (kara nakładana będzie na Wykonawcę kwartalnie) w realizacji poszczególnych etapów robót budowlanych, określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym robót budowlanych (HRF). Załącznik nr 5.2 do PFU „wskazuje, że Wykonawca będzie zobowiązany zrealizować zadanie zgodnie terminami w PFU i Umowie, przy czym roboty budowlane zobowiązany jest realizować zgodnie z opracowanym przez siebie harmonogramem, sporządzonym na podstawie wytycznych Zamawiającego zawartych w tym załączniku. Jednak ww. załącznik nie zawiera podziału robót

budowlanych na etapy ani wytycznych, w jaki sposób wykonawca w harmonogramie miałby wprowadzić podział robót budowlanych na etapy. Ponadto w myśl Załącznika nr 5.2 do PFU „Wytyczne podziału środków kosztów. Etapowanie”, Rozliczeniowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (HRF) jest harmonogramem z podziałem miesięcznym i należy go opracować z uwzględnieniem grup i podgrup jak dla harmonogramu podstawowego oraz z podziałem podgrup na elementy o szczegółowości nie mniejszej niż wg Słownika CPV.6.Z uwagi na powyższe nie jest możliwe ustalenie, w jaki sposób oraz w jakim celu miałyby zostać wprowadzone w harmonogramie etapowanie inwestycji, skoro nie jest ono wymagane ani do odbiorów robót ani do ich rozliczenia. Ponadto z uwagi na ww. niekonsekwentne i niejednoznaczne zapisy dokumentacji przetargowej poszczególni wykonawcy mogą założyć różne ilości etapów i w oparciu o to założenie odmiennie skalkulować ryzyko z tytułu kar umownych. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy, które wpływają na szacowanie przez wykonawcę ryzyka związanego z jej wykonaniem. Natomiast wskazane postanowienia Umowy są nieprecyzyjne i mogą spowodować opracowanie przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych ofert. Wykonawca wnosi o skreślenie § 16 ust. 1 pkt 9 projektu Umowy.

e) 1. 2. 3. Zamawiający § 16 Wzoru Umowy ustanowił szeroki katalog kar umownych (ponad 20 kategorii), który nie jest ograniczony żadnym limitem. Powyższe postanowienia umowy w sposób istotny naruszają zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego oraz ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej, a także zasadę proporcjonalności. Brak górnego limitu kar umownych powoduje bowiem, że Wykonawca, który wykona zobowiązanie z naruszeniem obowiązków umownych sankcjonowanych przez Zamawiającego w § 16 Wzoru Umowy, może zostać obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (10% wynagrodzenia brutto; § 16 ust. 1 pkt 1) Wzoru Umowy). 4. 5. Ponadto w takim przypadku ograniczona jest możliwość rzetelnej oceny ryzyk uwzględnianych w trakcie kalkulacji oferty, co ogranicza krąg potencjalnych oferentów. Wykonawcy kalkulując cenę ofert powinni posługiwać się porównywalnymi parametrami wyjściowymi. Natomiast w sytuacji gdy Zamawiający nie ustalił górnego limitu kar umownych, wykonawcy nie otrzymali porównywalnych danych, w oparciu o które mogliby skalkulować porównywalne oferty. Powyższe zapisy naruszają zatem podstawowy cel postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Pzp, tj. wyłonienia wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zobowiązania, na rzecz wykonawców, którzy podejmują ryzyko spekulacyjne przy kalkulacji oferty. „Ponadto rozwiązania niekoniecznie muszą w pełni chronić interes publiczny, który jest pojęciem szerszym niż tylko interes zamawiającego.

Z uwagi na powyższe w celu przywrócenia równowagi kontraktowej, Wykonawca wnosi o wprowadzenie zapisu ustalającego górny limit kar umownych z wszystkich tytułów w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w §12 ust. 1 Umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienia zgłosili: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Graph'IT S.A. z siedzibą w Warszawie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania z wyłączeniem cofniętych w toku posiedzenia. Przypomniał, iż kwestionuje wymienione w odwołaniu warunki udziału w postępowaniu, sposób oceny ofert i postanowienia umowne jako nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Przypomniał sformułowaną przez Zamawiającego definicję szpitala, z której wynikają wymogi w rzeczywistości uniemożliwiające dostęp do zamówienia. Przypomniał, że nie kwestionuje wymogów dotyczących powierzchni i wartości prac referencyjnych. Wskazał na określenia użyte w specyfikacji nieposiadające formalnej definicji, w tym co do sali hybrydowej, nazw oddziałów szpitala i sposobu rozmieszczenia oddziałów/sal w obiekcie. Przypomniał, że wymagane parametry referencyjne spełnia wyłącznie szpital w Krakowie Prokocimiu zrealizowany przez konsorcjum, którego członkiem był Odwołujący, natomiast żaden z członków nie będzie w stanie wykorzystać referencji z tej realizacji z uwagi na udział w części zamówienia, a nie w realizacji całości.

Wskazał brak limitu kar umownych, a także zastrzeżenie kar powiązanych z etapami realizacji, które to etapy nie występują w tym przedmiocie zamówienia. Wyraził wątpliwości co do nowo określonych treści specyfikacji przedstawionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał, że inwestycja jest planowana do realizacji w latach 2018-2025 co wynika z uchwały Rady Ministrów i w konsekwencji oznacza to, że oczekiwane terminy realizacji są realne.

Przystępujący Graph'it wskazał na ograniczenie konkurencyjności postępowania przez podanie definicji szpitala. Złożył dokumenty dot. różnych realizacji na potwierdzenie tezy.

Wskazał, że Zamawiający niezasadnie popiera jedną firmę w postępowaniu, tj. Industrial Project ograniczając konkurencję. Przystępujący ocenia, że stanowisko przedstawione w piśmie Zamawiającego jest niejednoznaczne i nie wynika z niego rzeczywista modyfikacja treści specyfikacji.

Przystępujący Budimex stwierdził, że żadna z realizowanych przez niego inwestycji szpitalnych nie spełnia wymogów szpitala referencyjnego w niniejszym postępowaniu. Stwierdził, że nie ma istotnej różnicy w budowie szpitala a innego obiektu użyteczności publicznej, jak również usytuowanie poszczególnych sal w obiekcie; nie ma się większego doświadczenia poprzez posadowienie sal w określonym umiejscowieniu. Wskazał też na brak definicji sali hybrydowej. Poparł zarzuty dotyczące kar umownych. Wskazał, że w orzeczeniu

KIO 1834/20 nakazano zmniejszenie limitu kar ze 100% do 20% wartości przedmiotu zamówienia. Zauważył, że termin składania ofert upływa z końcem tygodnia i nie ma pewności jaka treść specyfikacji będzie wiążąca w tym terminie.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest skomplikowana inwestycja nieporównywalna z innymi wskazanymi przez Przystępującego. Ustalona treść definicji szpitala odpowiada oczekiwanej realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał na znaczenie kwalifikacji osób w zakresie instalacji sieci. Stwierdził, że wymagane terminy realizacji są wynikiem wiążących terminów ustalonych z instytucjami finansującymi. Prace projektowe, w tym projekty wykonawcze sporządzane są równolegle, a tym samym nieprawdziwa jest teza o wymogu sporządzenia projektów wykonawczych w ciągu 2 tygodni. Ustalenie żądanego limitu kar umownych uznał za nieposiadające podstaw prawnych. Wskazał przy tym na instytucję miarkowania kar w kodeksie cywilnym oraz przepisy Covid. Stwierdził, że w postępowaniu etapy wynikają z rodzaju przewidywanych prac, w szczególności etapem I są prace projektowe. Podkreślił, że w prowadzonym postępowaniu nie preferuje żadnego wykonawcy. Wniósł o oddalenie odwołania.

Natomiast w złożonej na rozprawie pisemnej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, co następuje:

A. W ODNIESIENIU DO ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH siwz.

1. PORR S.A. zakwestionował definicję szpitala przyjętą w pkt. V SIWZ. Po analizie podniesionych zarzutów, Zamawiający proponuje zmianę definicji w następujący sposób:

Szpital - pojedynczy budynek (lub zespół budynków), w którym mieści się szpital w -30,1/1 rozumieniu art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej który ma w swojej strukturze co najmniej (1) oddział anestezjologii i intensywnej terapii, posiadający co najmniej 10 stanowisk intensywnej terapii, (2) blok operacyjny posiadający co najmniej 6 sal operacyjnych oraz (3) szpitalny oddział ratunkowy (SOR). Zamawiający dopuszcza możliwość zlokalizowania ww. oddziałów w więcej niż jednym podmiocie leczniczym.

2. W zakresie zdolności technicznej, odwołujący PORR S.A. wniósł o wydłużenie okresu z 10 do 12 lat za jaki Zamawiający uzna doświadczenie w zakresie projektowania. Zamawiający uznaje ten zarzut i proponuje zmianę pkt 6.22. lit. a SIWZ w następujący sposób:

Warunki udziału w postępowaniu: zdolność techniczna

PROJEKT: w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego) dla budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala, przy czym Zamawiający wymaga, by każdy z takich kompletów dokumentacji projektowej będący przedmiotem takiej usługi dotyczył budowy Szpitala o powierzchni

użytkowej co najmniej 10.000 m² oraz o wartości kosztorysowej budowy nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto,

3. W zakresie zdolności technicznej, odwołujący PORR S.A. wniósł o wydłużenie okresu z 10 do 12 lat za jaki Zamawiający uzna doświadczenie w zakresie projektowania. Zamawiający uznaje ten zarzut i proponuje zmianę pkt 6.2.2. b SIWZ w następujący sposób:

b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonał co najmniej jedną inwestycję polegającą na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m² oraz o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto (wymóg powierzchni użytkowej oraz dla wartości musi być spełniony dla jednej budowy - Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji);

4. PORR S.A. zgłosił zastrzeżenia co do wymogów stawianych kierownikowi/ dyrektorowi projektu (pkt 6.2.2. I SIWZ).

Zamawiający dokonuje zmiany SIWZ i uzna warunek z pkt. pkt 6.2.2.I SIWZ za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje osobą, którą skieruje do funkcji przedstawiciela kierownika/dyrektora projektu posiadającą doświadczenie w co najmniej jednej inwestycji prowadzonej w formule zaprojektuj i wybuduj, przy czym przedmiotem inwestycji była budowa budynku użyteczności publicznej (w rozumieniu Rozporządzenia MI Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o pow. uż. co najmniej 10.000 m² oraz każda z tych inwestycji miała wartość co najmniej 100.000.000 PLN brutto.

6. PORR S.A. wniósł o modyfikację SIWZ w zakresie pkt. 6.2.2. II tiret czwarte SIWZ w odniesieniu do wymogów stawianych technologowi medycznemu.

Zamawiający modyfikuje w tym zakresie SIWZ i uzna, że Wykonawca dysponuje osobą, którą zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji technologa medycznego, jeżeli posiada ona co najmniej wykształcenie wyższe, brała udział, jako technolog medyczny, w wykonaniu - co najmniej w zakresie technologii medycznej co najmniej 1 kompletu dokumentacji projektowej, (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczącego budowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m² (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali)

B. 1 . Odwołujący PORR S.A. wniósł zastrzeżenia co do pkt 3f kryterium wyboru oferty (pkt 14 SIWZ). Zamawiający usuwa z SIWZ ten wymóg.

C. 1 . PORR S.A. wniósł o zmianę § 3 ust. 1 projektu umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy w tym zakresie. Zamawiający podaje, że zamówienie jest finansowane częściowo ze środków unijnych, częściowo z dotacji celowej oraz innych źródeł finansowania. Określenie w ust. 1 S 3 umowy terminów jej realizacji wynika

z zawartych przez Zamawiającego umów o dofinansowanie. Niewykonanie lub opóźnienie się z wykonaniem realizacji zamówienia może się wiązać z utrudnieniem lub niemożliwością dotrzymania warunków umowy na dofinansowanie, a w konsekwencji z utratą tych środków, zwłaszcza, gdy wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia są ze sobą związane zarówno pod względem technologicznym, funkcjonalnym, jak i organizacyjnym. Wobec powyższego zasadne jest oznaczenie terminu realizacji umowy konkretną datą.

2. Zamawiający dokonuje zmiany ust. 1 § 6 projektu umowy i nadaje mu nowe brzmienie:

„§ 6 ust. 1 Terminy wykonania dokumentacji - „Wykonawca wykona komplet dokumentacji projektowo kosztorysowej, składającej się w szczególności z: 1) Projektu budowlanego, 2) Projektu wykonawczego, 3) Kosztorysu inwestorskiego wraz ze Zbiornym Zestawieniem Kosztów, 4) Zezwoleń i uzgodnionych projektów, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 lit. f Umowy, i uzyska ostateczną Decyzję o zatwierdzeniu Projektu Budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę w terminie do 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.” Ponadto Zamawiający skreśla treść ust. 4 i ust. 5 § 6 projektu umowy.

3. Zamawiający dokonuje zmiany § 16 ust. 1 pkt 4) projektu umowy i nadaje mu nowe brzmienie: „4) za naruszenie obowiązku:

a) wykonywania dokumentacji projektowo-kosztorysowej przez osobę wskazaną w Ofercie lub
b) pełnienia funkcji Kierownika/Dyrektora Projektu przez osobę wskazaną w Ofercie, lub
c) pełnienia funkcji technologa medycznego przez osobę wskazaną w Ofercie,
karę umowną w wysokości 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) za każdy stwierdzony przypadek naruszenia,”

Zamawiający wskazuje, że przedstawiona zmiana jest z jednej strony wynikiem zmian SIWZ, a z drugiej strony częściowym uwzględnieniem odwołania. Pozostawienie ww. przepisu w zaproponowanym kształcie zabezpiecza interesy Zamawiającego i ogranicza się zastrzeżenie kar umownych do osób pełniących najważniejsze funkcje w ramach realizacji inwestycji ze strony Wykonawcy.

Zamawiający nie wyraża zgody na żądanie skreślenia § 16 ust. 1 pkt. 9) projektu umowy. Zamawiający raz jeszcze podaje, że zamówienie jest finansowane częściowo ze środków unijnych, częściowo z dotacji celowej oraz innych źródeł finansowania. A zawarte przez niego umowy nakładają na Zamawiającego obowiązek ich terminowego rozliczenia. Istotne jest zatem przestrzeganie przez Wykonawcę harmonogramu rzeczowo finansowego i możliwość obciążenia go karami umownymi za jego nieprzestrzeganie.

Zamawiający nie wyraża zgody na ustalenie limitu kar umownych - uzupełnienie umowy o maksymalną wartość kar umownych, które może naliczyć Zamawiający.. Obowiązujące przepisy prawa nie przewidują takiego obowiązku. Ponadto przepisy kodeksu cywilnego regulujące kwestie kar umownych zapewniają potencjalnemu Wykonawcy wystarczającą ochronę.

Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie, w którym uznał odwołania. Ponadto na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp, Zamawiający wnosi o wzajemne zniesienie kosztów postępowania w ww. zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestników, przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący niewątpliwie ma legitymację do wniesienia odwołania na treść postanowień ogłoszenia i siwz wpływających na możliwość realnego ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do zakwestionowanych w odwołaniu warunków udziału w postępowaniu skład orzekający uznaje szeroko motywowane zarzuty za zasadne w zakresie przedstawionym w sentencji wyroku stwierdzając, że dotychczasowe zapisy siwz określające warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia w projektowaniu i budowie obiektów szpitalnych są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne przy ocenie służącej zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogąc utrudniać potencjalnym wykonawcom, w tym odwołującemu dostęp do zamówienia. Powyższe dotyczy wymogu wykazania wykonania co najmniej jednej usługi opracowania dokumentacji projektowej dla budowy obiektu Szpitala, ustalenia wymogu wykazania wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu Szpitala oraz autorskiego zdefiniowania przez zamawiającego pojęcia „Szpital”;

Kolejne rozstrzygnięcie odnosi się do postanowień dotyczących projektanta specjalności instalacyjnej w zakresie wymienionych sieci, instalacji i urządzeń z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem oraz nadmiernym żądaniem w zakresie wykształcenia technologa medycznego, także w powiązaniu z kryterium oceny ofert w pkt 14 siwz pkt 3f.

Zarzuty podniesione wobec postanowień projektu umowy w ocenie składu orzekającego nie potwierdziły się. Zgodnie z art 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą

ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z przepisu

wynika, że strony dysponują co do zasady swobodą kształtowania treści umowy, niemniej jednak swoboda ta nie jest nieograniczona. Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu na wyrażoną wyżej swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego. Ponadto zgodnie z art. 58 § 1 i 2 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy co do zasady jest nieważna, jak też nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Co do zasady zachowanie interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu wykonawcy warunków umownych, które uprzywilejowują pozycję zamawiającego oraz ograniczają krąg podmiotów ubiegających się o dane zamówienie. Nie bez znaczenia jest jednak okoliczności, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający ustala warunki projektu umowy i jest zainteresowany zapewnieniem sobie pozycji dającej gwarancje uzyskania zamówienia zgodnie z założeniem. W tym kontekście wykonawca zgłasza się do postępowania, w którym zamawiający ustalił warunki, w tym warunki umowy. Postanowienia te mogą być kwestionowane, a skuteczność takich działań zależy od ustalenia ich zgodności z prawem.

W sprawie rozpatrywanej odnosząc się do kwestionowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy skład orzekający stwierdził, że ustalenie terminów realizacji poszczególnych elementów umowy, jak i terminu realizacji przez wskazanie dat kalendarzowych zamiast ustalenia jednostek czasu, nie narusza wynikających z przepisów prawa zasad formułowania postanowień umownych. Zamawiający ma prawo oczekiwać wykonania w określonej dacie, zwłaszcza, gdy ma to dla niego znaczenie ze względu na inne zobowiązania lub możliwość ubiegania się o finansowanie związane z realizacją w terminie przedmiotowej umowy. Nie bez znaczenia jest także oświadczenie zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie o rezygnacji z terminów częściowych dla wykonania poszczególnych elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Tym samym bezprzedmiotowy jest zarzut o zbyt krótkim terminie przewidzianym na opracowania Projektu Wykonawczego, Kosztorysu Inwestorskiego i Zbiorczego Zestawienia Kosztów.

W świetle postanowień kodeksu cywilnego nie występuje ograniczenie katalogu kar umownych przez wskazanie dopuszczalnych przesłanek ich zastosowania. Nie istnieje również prawny obowiązek wprowadzania do postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego górnego limitu kar umownych. W oparciu o powyższe skład orzekający nie uznaje zasadności

zarzutu odwołującego przypominając jedynie o instytucji miarkowania kar umownych przewidzianej w art. 484 § 2 kodeksu cywilnego. Warto także zauważyć, że kara umowna jako surogat odszkodowania służyć ma z założenia naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i z reguły ma charakter dyscyplinujący motywując wykonawcę do należytego wykonania zobowiązania.

Za niewykraczające poza uprawnienia zamawiającego, w szczególności z uwzględnieniem zmian w § 16 ust. 1 pkt 4 lit. b) - e) Wzoru Umowy wprowadzonych przez zamawiającego, uznać należy zastrzeżenie kar mających zapewnić udział w realizacji umowy osób zadeklarowanych i pełniących najważniejsze funkcje.

Powyższe uwagi mają także zastosowanie do zastrzeżenia kar umownych za zwłokę w realizacji poszczególnych etapów robót budowlanych wynikających z deklarowanego przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo finansowego.

Izba stwierdza ponadto, że w rozpatrzonej sprawie nie zachodziły okoliczności mające podstawę prawną we wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przepisach art. 186 ust. 2 ustawy pzp ze skutkiem dotyczącym rozstrzygnięcia o kosztach postępowania wg art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp wobec faktu, iż stanowisko zamawiającego odnoszące się do zarzutów i żądań przedstawione po otwarciu rozprawy nie jest unormowane powołanym przepisem ustawy. Gdyby nawet przyjąć, że stanowisko w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie zawiera w części uwzględnienie zarzutów odwołania, to podstawą prawną rozstrzygnięcia o kosztach postępowania stanowiłby art. 186 ust. 6 pkt 4 a lub b ustawy pzp. Powyższe stanowi jedynie rozważanie hipotetyczne mające na celu wskazanie niezasadności wniosku zamawiającego o zniesienie kosztów niniejszego postępowania. Należy bowiem wskazać, że w piśmie zamawiający w żadnym miejscu nie złożył stanowczego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu, jakkolwiek w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 6.2.2 II tiret drugie i trzecie oraz zarzutu dotyczącego pkt 3f kryterium wyboru ofert pkt 14 siwz zadeklarował skreślenie kwestionowanych wymogów. Natomiast odnośnie pozostałych zarzutów zadeklarował w formie stwierdzenia, że proponuje zmianę określonych treści lub modyfikuje siwz. Kończąc wątek rozważań odnoszących się do kosztów postępowania przypomnieć należy per analogiam, że przepis § 5 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 grudnia 2016 r. (DzU. z 2018 r. poz. 972) stanowi jednoznacznie o zasądzeniu kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego, jeżeli uwzględnienie zarzutów odwołania w części nastąpiło po otwarciu rozprawy.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....