

Sygn. akt: KIO 2017/19

Sygn. akt: KIO 2027/19

WYROK

z dnia 8 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 23 października 2019 r. i 7 listopada 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2019 r. przez wykonawców:

A. **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków (KIO 2017/19),

B. **MIRBUD Spółka Akcyjna** ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (KIO 2027/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wybrzeże Gdyńskie 27, 01-531 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A. **Budimex S.A.** ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach KIO 2017/19 i KIO 2027/19,

- B. **Warbud S.A.** ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 2017/19,
- C. **MIRBUD S.A.** ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 2017/19,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2017/19:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych pkt 6 oraz pkt 7 lit. a) w części II odwołania;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie poniżej wskazanych postanowień wzoru umowy i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści załącznika nr 5 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Umowa o generalne wykonawstwo robót budowlanych”, poprzez nadanie nowego brzmienia:
 - § 2 ust. 4 – „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się zgodnie z art. 651 k.c. ze wszystkimi dokumentami niezbędnymi do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności dokumentacją techniczną, w tym dokumentacją projektową oraz że nie wnosi do niej żadnych uwag, w szczególności uznaje ją za kompletną i prawidłowo sporządzoną. Wszystkie niezgłoszone przez wykonawcę, przed zawarciem niniejszej umowy zastrzeżenia do dokumentacji umownej, które mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności nie mogą stanowić podstawy do zmiany określonego w umowie wynagrodzenia lub zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego. Ryzyko niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, których nie mógł wykryć wykonawca przy dochowaniu należytej staranności w całości obciąża Zamawiającego.”
 - § 5 ust. 6 - „Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, a także roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych kosztów lub płatności w odniesieniu do wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 umowy, w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w niniejszym ustępie, jeżeli powinien je wykryć przy zapoznaniu się z dokumentacją przy

dochowaniu należytej staranności. W przypadku wystąpienia pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, których nie mógł wykryć wykonawca przy zachowaniu należytej staranności zastosowanie będzie miała procedura z § 14 umowy a umowa zostanie odpowiednio zmienia w zakresie określonego w umowie wynagrodzenia i/lub w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego.”

- § 2 ust. 5 - „Wykonawca zapoznał się z terenem realizacji robót i nie zgłasza w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Wszelkie niezgłoszone przez Wykonawcę, przed zawarciem niniejszej umowy, uwagi i zastrzeżenia co do terenu robót, które mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności nie mogą stanowić podstawy do zmiany określonego w umowie wynagrodzenia lub zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego.”

- § 9 ust. 8 - „Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeżeli nadają się do usunięcia i są istotne, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad i wyznaczyć termin ich usunięcia. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nadających się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru końcowego a Strony ustalą termin usunięcia wad odbiorowych;

b) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:

1) jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

2) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej części) albo żądać wykonanie przedmiotu odbioru po raz drugi.”

- § 5 ust. 1 lit g) - „Faktura końcowa, wystawiona będzie po zakończeniu i odbiorze całości Przedmiotu Umowy (zdefiniowanego jako zakończenie inwestycji), na podstawie protokołu odbioru końcowego, podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy oraz Zbiorczego zestawienia kosztów (pomocniczo, dopuszcza się skorzystanie z Kosztorysu i Wykazu Cen Jednostkowych sporządzonego zgodnie z § 4 niniejszej Umowy), na kwotę zawartą w Zbiorczym zestawieniu kosztów, pomniejszoną o wartość zapłaconych faktur częściowych;”

- § 12 ust. 3 - „Okres gwarancji jakości wynosi:

a) ... (min 36) miesięcy na roboty budowlane;

- b) ...(min 36) miesięcy na wyposażenie pomieszczeń, wyroby medyczne i inny specjalistyczny sprzęt medyczny

i liczony jest od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.”

- § 12 ust. 4 - „Okres rękojmi za wady wynosi:

- a) ... (min 60) miesięcy na roboty budowlane;
- b) ...(min 60) miesięcy na wyposażenie pomieszczeń, wyroby medyczne i inny specjalistyczny sprzęt medyczny

i liczony jest od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.”

- § 10 ust. 1 lit. a) - „za zwłokę w przedstawieniu harmonogramu rzeczowo-finansowego inwestycji w określonym w § 3 ust. 1 niniejszej Umowy terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. b) - „za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w określonym w § 3 ust. 3 niniejszej Umowy Terminie Końcowym, kara umowna wyniesie 0,02% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. c) - „za zwłokę w dostarczaniu szczegółowych specyfikacji przedmiotu dostawy lub dokumentów, składanych na potwierdzenie posiadanych przez przedmiot dostawy właściwości lub parametrów, ponad termin, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. d) - „za zwłokę w przedłożeniu Zamawiającemu Kosztorysu i Wykazu Cen Jednostkowych o którym mowa w § 4 ust. 8 Umowy we wskazanym terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. e) - „za zwłokę w złożeniu kompletnego raportu, o którym mowa w §6 ust. 7 lit. d) Umowy we wskazanym terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. f) - „za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów objętych przedmiotem Umowy w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,02% wartości netto wynagrodzenia za wykonanie danego etapu (ustalonego w oparciu o Zbiorcze zestawienie kosztów, stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy), za każdy dzień zwłoki.”

- § 10 ust. 1 lit. g) - „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu Umowy, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”
- § 10 ust. 1 lit. h) - „za zwłokę w przeprowadzeniu szkolenia, o którym mowa w § 6 ust. 4 lit. g) umowy, w wymaganym przez Zamawiającego wymiarze czasowym (godzinowym) oraz zakresie, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w § 4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki, ponad wyznaczony przez Zamawiającego termin;”

oraz skreślenie:

- lit. e) w § 1 „zakończenie inwestycji”,
- pkt 3) w § 6 ust. 1 lit. d),
- lit. h) w § 9 ust. 7

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

- 4.1. 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;
- 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczanego przez Odwołującego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 2027/19:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych pkt 1 i 2 w części VII odwołania oraz w zakresie terminu na składanie ofert (lit. D uzasadnienia odwołania);
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
- 3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2017/19

Sygn. akt: KIO 2027/19

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Realizacji Inwestycji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) dalej: „ustawa Pzp” lub „pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja i rozbudowa Szpitala Bielańskiego im. ks. J. Popiełuszki, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej”; Numer referencyjny: BZP.260.7.2019.AM. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art.11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2019 r. pod numerem 2019/S 188-456435.

W dniu 10 października 2019 r. wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący STRABAG”) i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący MIRBUD”) wnieśli odwołania wobec treści SIWZ.

Sprawa sygn. akt KIO 2017/19

W części II odwołania Odwołujący STRABAG przedstawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 pzp, art. 29 ust. 1 pzp, art. 31 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc poprzez obciążenie wykonawcy w § 2 ust. 5 i 6 oraz § 5 ust. 6 wzoru umowy odpowiedzialnością za prawidłowość dokumentacji projektowej, która nie jest sporządzona przez wykonawcę a została sporządzona przez zamawiającego jak również odpowiedzialnością za teren budowy. W przypadku umów w systemie buduj to na inwestorze (zamawiającym) ciąży obowiązek dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowej oraz przekazanie terenu budowy a na wykonawcy spoczywa obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z teren budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości. W obu przypadkach dotyczy to kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności co nie oznacza obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia błędów lub też szczegółowego badania terenu budowy;
- 2) art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 9 ust. 8 wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony

jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego;

- 3) w powiązaniu z powyższym - naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez uzależnienie w § 5 ust. 1 lit g) wzoru umowy zapłaty wynagrodzenia (wystawienie faktury końcowej) od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego (protokół bez zastrzeżeń);
- 4) w powiązany z powyższym - naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc poprzez ustalenie w § 12 ust. 3 i 4 wzoru Umowy, że okres rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy);
- 5) art. 14 pzp i art. 139 ust 2 pzp w związku z art.353 kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 kc ze względu na:
 - a) zastrzeżenie w § 10 ust. 1 lit. k), l), m) wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców.
 - b) Zastrzeżenie w § 10 ust. 1 lit a), b), c), d), e), f), g), h) wzoru umowy kary umownej za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Zapis taki może sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej,
- 6) art. 143a ust. 2 pzp w zw. z art. 139 ust. 2 pzp i art. 7 pzp poprzez:
 - a) możliwość wstrzymania zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku nie przekazania dokumentów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w sytuacji gdy zgodnie z art. 143a pzp możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia następuje tylko w odpowiedniej części to jest w zakresie, w którym nie przedstawiono dowodów zapłaty;
 - b) nieproporcjonalny wymóg składania zgodnie z § 5 ust. 7 lit. b), c), d) dokumentów potwierdzających zapłatę na rzecz podwykonawców w formie oświadczeń z datą pewną. Wprowadzenie szczególnej formy czynności prawnej w postaci „daty pewnej” nie znajduje uzasadnienia, generuje dodatkowe koszty i komplikacje mogące utrudnić wykonawcy oraz podwykonawcom uzyskanie wynagrodzenia.

7) art. 29 ust. 1 pzp w zw. z art. 31 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 pzp w zw. z art. 139 ust. 2 pzp poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz nałożenie na wykonawcę obowiązków, nie związanych z przedmiotem zamówienia:

- a) nałożenie na wykonawcę w definicji „zakończenia inwestycji” w § 1 lit e) wzoru umowy obowiązku uzyskania decyzji organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą a jednocześnie w § 6 ust. 1 lit d) pkt 3) wzoru umowy oraz w § 9 ust. 7 lit h) wzoru umowy uzyskania przez wykonawcę takiej samej decyzji ale na podstawie nie obowiązującego (uchylonego) już rozporządzenia ministra Zdrowia z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą. Niezależnie od rozporządzenia wskazanego w SIWZ to kwestie spełnienia wymagań wynikających z tegoż rozporządzenia powinny być uwzględnione przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej;
- b) Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu w/w wymagań dla podmiotu wykonującego działalność leczniczą w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych (buduj) zaś poza przedmiotem zamówienia jest znaczna część dostaw wyposażenia, które podlega kontroli w Państwową Inspekcję Sanitarną. W związku z tym w przypadku gdy dostawy te będą realizowane w innym terminie niż termin wynikający z umowy lub też wystąpią nieprawidłowości w dostawach niebędących przedmiotem zamówienia może to spowodować brakiem możliwości uzyskania przez wykonawcę decyzji lub uzyskanie decyzji warunkowej a w konsekwencji może skutkować odmową dokonania odbioru końcowego przez Zamawiającego. Nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku zawiadomienia Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (§ 6 ust. 1 lit d) pkt 1) i 2) wzoru umowy).

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 5 do SIWZ, zawierającego wzór umowy w sposób:

Ad. II. 1

(i) Zmiana § 2 ust. 4 i 5 oraz § 5 ust. 6 wzoru umowy w sposób, który nie będzie przerzucał na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji projektowej jak

również za warunki panujące na terenie budowy oraz umożliwi wykonawcy domaganie się zmian umowy w przypadku wystąpienia błędów dokumentacji projektowej lub nieprzewidzianych warunków na terenie budowy, których nie mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy zachowaniu należytej staranności. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

(i) § 2 ust. 4 – „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się zgodnie z art. 651 kc ze wszystkimi dokumentami niezbędnymi do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności dokumentacja techniczną, w tym dokumentacją projektową oraz że nie wnosi do niej żadnych uwag, w szczególności uznaje ją za kompletną i prawidłowo sporządzoną. Wszystkie niezgłoszone przez wykonawcę, przed zawarciem niniejszej umowy zastrzeżenia do dokumentacji umownej, które mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności nie mogą stanowić podstawy do zmiany określonego w umowie wynagrodzenia lub zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego. Ryzyko niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, których nie mógł wykryć wykonawca przy dochowaniu należytej staranności w całości obciąża Zamawiającego.”

(ii) § 5 ust. 6 - „Wykonawcy nie będą przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, a także roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych kosztów lub płatności w odniesieniu do wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy określonego w §2 ust. 1 umowy, w związku z zaistnieniem okoliczności o których mowa w niniejszym ustępie, jeżeli powinien je wykryć przy zapoznaniu się z dokumentacją przy dochowaniu należytej staranności. W przypadku wystąpienia pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej, których nie mógł wykryć wykonawca przy zachowaniu należytej staranności zastosowanie będzie miała procedura z § 14 umowy a umowa zostanie odpowiednio zmieniana w zakresie określonego w umowie wynagrodzenia i/lub w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego ”

(iii) § 2 ust. 5 - „Wykonawca zapoznał się z terenem realizacji robót i nie zgłasza w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Wszelkie niezgłoszone przez Wykonawcę, przed zawarciem niniejszej umowy, uwagi i zastrzeżenia co do terenu robót, które mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności nie mogą stanowić podstawy do zmiany określonego w umowie wynagrodzenia lub zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego.”

Ad. II.2

Zmiana w § 9 ust. 8 wzoru umowy powinna wskazywać, że Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru końcowego jeżeli nie ma wad istotnych. Stwierdzone w toku odbioru wady nieistotne powinny zostać usunięte w terminie ustalonym przez strony. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 9 ust. 8 - „Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- a) jeżeli nadają się do usunięcia i są istotne, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad i dokonać odbioru i wyznaczyć termin ich usunięcia. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nadających się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru końcowego a Strony ustalą termin usunięcia wad odbiorowych;
- b) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:
 - 1) jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,
 - 2) jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej części) albo żądać wykonanie przedmiotu odbioru po raz drugi. ”

Ad. II.3

Zmiana § 5 ust. 9 lit g) wzoru umowy poprzez umożliwienie wykonawcy wystawienia faktury końcowej w przypadku podpisania protokołu odbioru końcowego, nawet jeżeli wystąpiły wady nieistotne - wykreślenie z zapisu sformułowania „bez zastrzeżeń.” Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 5 ust. 9 lit g) *„Faktura końcowa, wystawiona będzie po zakończeniu i odbiorze całości Przedmiotu Umowy (zdefiniowanego jako zakończenie inwestycji), na podstawie protokołu odbioru końcowego, podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy (tj. nie zawierającego terminu na usunięcie wad) oraz Zbiorczego zestawienia kosztów (pomocniczo, dopuszcza się skorzystanie z Kosztorysu i Wykazu Cen Jednostkowych sporządzonego zgodnie z §4 niniejszej Umowy), na kwotę zawartą w Zbiorczym zestawieniu kosztów, pomniejszoną o wartość zapłaconych faktur częściowych;”*

Ad. II.4

Zmiana § 12 ust. 3 i 4 wzoru umowy poprzez ustalenie, że okres gwarancji jakości i rękojmi za wady jest liczony od daty odbioru końcowego. Wykreślenie z zapisu sformułowania, że okres gwarancji jakości i rękojmi za wady jest liczony od daty usunięcia usterek odbiorowych. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca: §12 ust. 3 -

„Okres gwarancji jakości wynosi: a) ... (min 36) miesięcy na roboty budowlane; b) ... (min 36) miesięcy na wyposażenie pomieszczeń, wyroby medyczne i inny specjalistyczny sprzęt medyczny i liczony jest od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.” §12 ust. 4 - „Okres rękojmi za wady wynosi: a) ... (min 60) miesięcy na roboty budowlane; b)... (min 60) miesięcy na wyposażenie pomieszczeń, wyroby medyczne i inny specjalistyczny sprzęt medyczny i liczony jest od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.”

Ad. II.5i

Zmiany w § 10 w zakresie kar umownych poprzez wykluczenie możliwości naliczania kar w każdym przypadku uchybienia obowiązkom umownym nawet jeżeli jest to spowodowane okolicznościami niezależnymi od wykonawcy. W tym zakresie proponuje się zamianę słowa „opóźnienie” na „zwłoka”. Zmiany powinny również dotyczyć wysokości kar umownych w zakresie nieprawidłowości dotyczących podwykonawców. W tym zakresie proponuje się redukcję kar do kwoty 5.000 zł. Dodatkowo proponuje się wprowadzenie limitu kar umownych. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§10 ust. 1 lit. a) - „za zwłokę w przedstawieniu harmonogramu rzeczowo-finansowego inwestycji w określonym w §3 ust. 1 niniejszej Umowy terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit. b) - „za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w określonym w §3 ust. 3 niniejszej Umowy Terminie Końcowym, kara umowna wyniesie 0,02% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit. c) - „za zwłokę w dostarczaniu szczegółowych specyfikacji przedmiotu dostawy lub dokumentów, składanych na potwierdzenie posiadanych przez przedmiot dostawy właściwości lub parametrów, ponad termin, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit d) - „za zwłokę w przedłożeniu Zamawiającemu Kosztorysu i Wykazu Cen Jednostkowych o którym mowa w §4 ust. 8 Umowy we wskazanym terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit. e) - „za zwłokę w złożeniu kompletnego raportu, o którym mowa w §6 ust. 7 lit. d) Umowy we wskazanym terminie, kara umowna wyniesie 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit. f) - „za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów objętych przedmiotem Umowy w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego,

Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,02% wartości netto wynagrodzenia za wykonanie danego etapu (ustalonego w oparciu o Zbiorcze zestawienie kosztów, stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy), za każdy dzień zwłoki.”

§10 ust. 1 lit. g) - „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu Umowy, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;”

§10 ust. 1 lit. h) - „za zwłokę w przeprowadzeniu szkolenia, o którym mowa w §6 ust. 4 lit. g) umowy, w wymaganym przez Zamawiającego wymiarze czasowym (godzinowym) oraz zakresie, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,005% wartości wynagrodzenia netto podanego w §4 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki, ponad wyznaczony przez Zamawiającego termin;”

§10 ust. 1 lit. k) - „za powierzenie realizacji części przedmiotu niniejszej Umowy podwykonawcy, z naruszeniem postanowień niniejszej Umowy, w szczególności bez zgody Zamawiającego lub bez uprzedniego przedłożenia umowy z podwykonawcą do akceptacji, w wysokości 5.000 zł za każdy przypadek naruszenia;”

§10 ust. 1 lit l) - „za nieprzedłożenie projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł za każdą nieprzedłożoną kopię projektu umowy lub projektu jej zmiany;”

§10 ust. 1 lit m) - „za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawstwo lub jej zmiany, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł za każdą nieprzedłożoną kopię umowy lub jej zmiany;”

§ 10 ust. 15 Łącznie kary umowne przewidziane w niniejszej umowie, do których zapłaty zobowiązany będzie wykonawca nie przekroczą 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy.

Ad. II.6

Zmiany w § 5 ust. 8 wzoru umowy mają dostosować zapisy umowy do treści art. 143a ust. 2 pzp w taki sposób, aby zamawiający w przypadku nieprzedłożenia dokumentów przez wykonawcę nie wstrzymywał zapłaty całości wynagrodzenia ale miał prawo do wstrzymania jedynie tej części wynagrodzenia w zakresie, której brakuje odpowiednich dokumentów potwierdzających zapłatę. Zmiany § 5 ust. 7 lit b), c), d) wzoru umowy powinny prowadzić do wyeliminowania szczególnej formy czynności prawnej „data pewna’ i pozostawić jako wystarczającą formę pisemną. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 5 ust. 7 lit. b) *Oświadczenie Wykonawcy o uregulowaniu wszystkich wynagrodzeń na rzecz zgłoszonych podwykonawców lub głoszonych dalszych podwykonawców wskazanych na liście, o której stanowi pkt. A) powyżej z tytułu prac objętych danym protokołem zaawansowania prac, lub oświadczenie o wykonywaniu robót budowlanych lub / i dostaw lub / i usług bez udziału podwykonawców.*

§ 5 ust. 7 lit c) *Oświadczenia zgłoszonych podwykonawców lub / i zgłoszonych dalszych podwykonawców, że Wykonawca nie zalega z żadnymi płatnościami związanymi z realizacją przez nich robót budowlanych lub / i dostaw lub / i usług, które są przedmiotem niniejszej Umowy, oraz że otrzymali wynagrodzenie za roboty lub dostawy lub usługi ujęte w danym protokole zaawansowania prac. Oświadczenia muszą zostać podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy (do oświadczać należy załączyć dokumenty wskazujące umocowanie osób upoważnionych do ich złożenia).*

§ 5 ust. 7 lit d) *Oświadczenia podwykonawców lub/i dalszych podwykonawców o wykonywaniu robót budowlanych lub / i dostaw lub / i usług bez udziału dalszych podwykonawców. Wzory oświadczeń stanowią Załącznik nr 6 do Umowy.*

§5 ust. 8 - *„Jeżeli Wykonawca nie przedstawi wraz z protokołami zaawansowania prac i wystawioną fakturą dokumentów dotyczących podwykonawców lub dalszych podwykonawców, o których mowa w ust. 7, Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty odpowiedniej części należnego Wykonawcy wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dokumentów zgodnie z ust. 7 do czasu przedłożenia przez Wykonawcę stosownych dokumentów. Wstrzymanie przez Zamawiającego zapłaty do czasu wypełnienia przez Wykonawcę wymagań, o których mowa w ust. 1, nie skutkuje niedotrzymaniem przez Zamawiającego terminu płatności i nie uprawnia Wykonawcy do żądania odsetek. ”*

Ad. II. 7

Zmiany w § 1 lit. e), § 6 ust. 1 lit d) pkt 3), § 9 ust. 7 lit h) wzoru umowy powinny prowadzić do zwolnienia wykonawcy z obowiązku uzyskania decyzji Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie spełnienia przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych dla podmiotu wykonującego działalność leczniczą. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 1 „zakończenie inwestycji” lit e) skreślony § 6 ust. 1 lit. d) pkt 3) skreślony § 9 ust. 7 lit h) skreślony

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż to obowiązkiem Zamawiającego jest odpowiednie przygotowanie zamówienia i sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, co zgodnie z art. 31 ust. 1 pzp w przypadku robót budowlanych polega na opracowaniu odpowiedniej dokumentacji projektowej. Obowiązek ten koresponduje z treścią art. 647 k.c. który na inwestora (zamawiającego) nakłada obowiązek przekazania wykonawcy projektu. Zamawiający nie może zwolnić się z odpowiedzialności za prawidłowość realizacji tego obowiązku i przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość projektu (brak wad projektowych). Tymczasem Zamawiający chce obciążyć wykonawcę wszelkimi konsekwencjami błędów w dokumentacji projektowej, a umowa jest w formule „buduj”, a nie „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza klasyczną umowę o roboty budowlane. Zatem to zamawiający ponosi konsekwencje błędów projektowych. Potwierdzeniem tego jest treść art. 651 k.c., który nakłada na wykonawcę obowiązek informowania inwestora o błędach w dokumentacji projektowej. Na bazie tego przepisu orzecznictwo wypracowało jednolity pogląd zgodnie, z którym wykonawca robót budowlanych ma obowiązek przeanalizowania dokumentacji pod kątem wykonalności i poinformowania inwestora o błędach dokumentacji projektowej, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych. Obowiązkiem wykonawcy nie jest szczegółowe badanie projektu w celu wykrycia jego wad (błędów projektowych).

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138/16, gdzie wskazano, że: Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 101/08, gdzie podkreślił, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania co oznacza, że wykonawca ma obowiązek analizować projekt pod kątem jego wykonalności i ewentualnego wpływu rozwiązań projektowych na ewentualne wady obiektu ale nie ma w tym zakresie działać jako sprawdzający projekt budowlany. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 k.c. we wzorze umowy wprowadził

możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad. Odbiory bezusterkowe są sprzeczne z art. 647 k.c. Zgodnie z art. 647 k.c. jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 k.c. inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Zgodnie z wyrokiem Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07: 1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. 2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Odwołujący wskazał również wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97 W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia". Z uzasadnienia tego wyroku wynika, iż wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek

dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej. Następnie odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12: 1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwne stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC. 2. W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, że treść § 9 ust. 8 oraz § 5 ust. 1 lit g) wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 k.c. tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

Odwołujący zauważył, iż w § 12 ust. 3 i 4 wzoru umowy Zamawiający powiązał datę rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości oraz rękojmi za wady z odbiorem bezusterkowym i wskazał, iż w sytuacji gdy zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy, gdy nie ma wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego to analogicznie jak w art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady. Zarówno art. 577 § 4 kc w przypadku dotyczącym gwarancji jakości jak i art. 568 § 1 kc w przypadku rękojmi wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z

momentem wydania rzeczy. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw aby przesuwać w tym przypadku ten termin na później i uzależniać go od daty usunięcia wad odbiorowych. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji jakości i rękojmi za wady powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odbiorom końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego.

W § 10 ust. 1 lit k), l), m) wzory umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne, związane z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców, które są rażąco wygórowane. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17,

W ocenie Odwołującego zastrzeżone kary mają charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego, ale charakter represyjny a w razie ich naliczenia prowadziłyby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy dotyczących zgłaszania podwykonawcy nie ponosi szkody - szkodą nie są kwoty zapłacone podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności, gdyż wykonawca jest zobowiązany do zwrotu zamawiającemu takich kwot zgodnie z art. 376 § 2 k.c.

Następnie Odwołujący wskazał, iż kary umowne przewidziane w § 10 ust. 1 lit. a) - h) wzoru umowy zostały zastrzeżone na wypadek opóźnienia, co sugeruje, jego zdaniem, dążenie Zamawiającego do zmiany ogólnych reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 k.c. (odpowiedzialność za okoliczności, za które winę ponosi dłużnik) na odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, czyli za każdy przypadek niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania nawet, jeżeli jest to wynikiem okoliczności niezależnych od wykonawcy. Taka ogólna zmiana reguł odpowiedzialności bez sprecyzowania konkretnych okoliczności jest sprzeczna z art. 473 § 1 k.c. Jak wynika z treści art.473 §1 Kodeksu Cywilnego *Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.* Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013 r. w sprawie o sygn. akt ICSK 748/12 *Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 KC muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.* Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyrokach dnia 16 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 28/17 oraz w wyroku z dnia 6 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 180/10. Oznacza to, że nieprawidłowa jest próba zmiany reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 k.c. poprzez ogólnikowe posłużenie się sformułowaniem „opóźnienie” bez sprecyzowania konkretnych okoliczności skutkujących zmianą zasad odpowiedzialności.

W konsekwencji sformułowanie „opóźnienie” zawarte w zapisach umownych powinno zostać zastąpione sformułowaniem „zwłoka”.

Uzasadniając szósty zarzut, Odwołujący podniósł, że art. 143a ust. 2 pzp jednoznacznie wskazuje, że w przypadku umów o roboty budowlane zamawiający może się wstrzymać za zapłatą części wynagrodzenia należnego wykonawcy, jeżeli wykonawca nie przedstawi dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Przepis ten nie umożliwia wstrzymania w całości zapłaty. Zgodnie z art. 143a ust. 2 w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio: 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, 2) udzielenie kolejnej zaliczki - w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Zamawiający we wzorze umowy niegodnie z powyższym przepisem dał sobie prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w przypadku nieprzedłożenia wskazanych w umowie dokumentów mających świadczyć o zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Zapis został sformułowany w taki sposób, że braki w dokumentach skutkują wstrzymaniem zapłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zamawiający nie wskazał, że wstrzymanie będzie dotyczyć jedynie tej części wynagrodzenia, gdzie występują braki w dokumentach.

W uzasadnieniu siódmego zarzutu Odwołujący podał, iż Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji PIS, która nie ma związku z przedmiotem zamówienia i której uzyskanie jest uzależnione od realizacji dostaw przez inne podmioty w ramach osobnych zamówień. Odwołujący wskazał, że przedmiotem kontroli prowadzonej przez Państwową Inspekcję Sanitarną w przypadku obiektów, w których ma być prowadzona działalność lecznicza jest szereg różnych elementów szczegółowo wskazanych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia. Przedmiot zamówienia dotyczy wykonania robót budowlanych i części sprzętu medycznego. Znaczna część wyposażenia medycznego, która musi zostać dostarczona do szpitala w celu prowadzenia działalności leczniczej nie jest objęta przedmiotem zamówienia. W zakresie przedmiotu zamówienia na bloku operacyjnym są jedynie elementy stałe takie jak - lampy i kolumny na salach operacyjnych, poza zakresem zamówienia są stoły i cały sprzęt ruchomy (kardiomonitor, aparat do znieczulenia itp.). W zakresie przedmiotu zamówienia jest przygotowanie pomieszczeń centralnej sterylizacji (wykończenie, instalacje itp.); poza zakresem przedmiotu zamówienia jest dostawa urządzeń. Poza zakresem zamówienia są: wszystkie elementy z zabudowy meblowej stałe i ruchome; całe wyposażenie dla pracy oddziałów wymagane rozporządzeniem np.: myjnie dezynfekcyjne dla pomieszczeń tzw. brudowników, kosze na odpady medyczne, (wszystkie elementy technologii medycznej wpływające na procesy epidemiologiczne); całe wyposażenie diagnostyczne; łóżka, materace i inne elementy wymagane dla bezpieczeństwa pacjenta. Z

treści zapisów SIWZ nie wynika kiedy elementy te zostaną dostarczone przez Zamawiającego i czy nastąpi to przed terminem wykonania zamówienia. W przypadku, gdy Zamawiający nie zrealizuje tych dostaw może to skutkować odmowną decyzją PIS lub też decyzją warunkową. W takiej sytuacji przy wskazanych powyżej zapisach umowy uniemożliwi to przeprowadzenie odbioru końcowego umowy lub też może skutkować próbą obciążenia wykonawcy przez Zamawiającego konsekwencjami za opóźnienie w uzyskaniu decyzji i tym samym opóźnienie w dotrzymaniu terminu końcowego w postaci umownych. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż nie uchyła się od obowiązku przeprowadzenia procedury wynikającej z prawa budowlanego, związanej z dopuszczeniem budynku do użytkowania, gdyż te czynności mają związek przedmiotem zamówienia realizowanym w ramach umowy.

Pismem z dnia 23 października 2019 r. złożonym na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie odwołania w części zarzutów, tj. zarzutu nr 6 i 7 a) zawartych w części II odwołania, które zostały przez niego uwzględnione oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, stwierdzając, iż zarówno zarzuty jak i towarzyszące im żądania zmiany umowy są bezzasadne.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia mają charakter typowy dla umów o roboty budowlane. Chronią one Zamawiającego przed nieprzewidywalnym wzrostem kosztów zamówienia oraz nieporównywalnością ofert. Z mocy art. 651 k.c. wykonawca jest zobowiązany do oceny dokumentacji projektowej, a termin dany wykonawcom na przeprowadzenie tego procesu wynosi dwa miesiące. Odwołujący, będąc profesjonalnym Wykonawcą stosującym zaawansowane rozwiązania techniczne wspomagające ofertowanie posiada, zatem wystarczający czas na to, aby szczegółowo zapoznać się z dokumentacją oraz terenem budowy. Przedmiotowe Postępowanie oparte jest na konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego rezultatem wykonania umowy jest dzieło-roboata budowlana, z której Zamawiający może korzystać zgodnie z przeznaczeniem, a obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie wszelkich niezbędnych prac, nawet jeśli nie zostały one wskazane wprost w dokumentacji projektowej. W odniesieniu do zapoznania się z terenem budowy, Wykonawca ma możliwość wielokrotnego zapoznania się z terenem realizacji robót, w drodze wizji lokalnej, zatem nie może podnosić okoliczności związanych z niezgłoszonymi przez Wykonawcę zastrzeżeniami. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nałożył na Wykonawcę ryzyko kontraktowe związane ze sprawdzeniem dokumentacji oraz terenu budowy, a ryzyko wynikające z ewentualnych uchybień Wykonawca winien wkalkulować w ofertę. Poziom tych ryzyk zależy od stopnia wnikliwości i staranności, zatem ponosi on odpowiedzialność za konsekwencje własnych działań i zaniechań. Taka regulacja mieści się w konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., o sygn. akt. I ACa 160/14, gdzie zostało wskazane, że: „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. Należy przyjąć, że jest ono dopuszczalne z perspektywy zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), zwłaszcza, że ryzyko przyjmującego zamówienie równoważy sytuacja prawna zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, nawet w wypadku, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści, na przykład wskutek poniesienia niższych od zakładanych kosztów rzeczywistych”.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający wskazał m.in., iż Odwołujący pomija, że postanowienie umowy o roboty budowlane, uzależniające przyjęcie, że doszło do wykonania umowy w razie bezusterkowego wykonania prac lub dopiero po usunięciu usterek (bezusterkowy protokół odbioru końcowego) mieści się w granicach swobody umów określonych przez art. 353¹ k.c., a odrębna interpretacja postanowień o odbiorach bezusterkowych jest jednoznaczna z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. przez pominięcie celu i zamiaru stron przy konstruowaniu treści stosunku prawnego stron (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11 kwietnia 2018 r. VII AGa 847/18). Sąd uznał, że z postanowień umowy wynika, że dopiero po zakończeniu wszystkich prac, ewentualnym usunięciu usterek i przekazaniu przez powoda dokumentacji powykonawczej, możliwe jest przyjęcie, iż doszło do wykonania umowy. Przed odbiorem prac powód powinien usunąć wszystkie usterki (pkt 9.4. o.w.u.) oraz przedstawić dokumentację powykonawczą (pkt 9.6. o.w.u.). Data wykonania umowy - to moment usunięcia usterek stwierdzonych w protokole odbioru (pkt 6.6. o.w.u.). Natomiast, datą końcowego odbioru, jeżeli przy odbiorze zostały stwierdzone usterki, może być dopiero moment po ich usunięciu (pkt 9.4. o.w.u.). To samo dotyczy powiązania wykonania umów z przekazaniem dokumentacji powykonawczej. Powód powinien tak zaplanować prace, aby usunięcie ewentualnych usterek i sporządzenie dokumentacji powykonawczej nastąpiło w terminie określonym w umowie na zakończenie prac. Co więcej, powód powinien zgłosić prace do odbioru końcowego odpowiednio wcześniej, aby sam odbiór mógł odbyć się w terminie realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, strony mogą zatem - w warunkach swobody umów - ukształtować łączący je stosunek prawny w taki sposób, że usunięcie stwierdzonych podczas odbiorów wad i usterek jest częścią umówionych prac i

dopiero wówczas można uznać przedmiot umowy za wykonany i podlegający odbiorowi końcowemu. Taka regulacja ma tym większe znaczenie przy tak skomplikowanych budowlach jak szpital, gdzie katalog wad istotnych i nieistotnych na etapie odbioru jest trudny do określenia. Czym innym są wady nieistotne w szpitalu obejmującym np. sale operacyjne, niż w obiektach użyteczności publicznej innego rodzaju. Zmodyfikowany § 9 ust. 8 wzoru umowy posługuje się pojęciem wad istotnych, które uzasadniają brak odbioru. Odwołujący w żaden sposób nie zdefiniował wad istotnych, co czyni postanowienie niedookreślonym, a ponadto taka definicja czy katalog takich wad - w przypadku ich zaistnienia - zawsze obarczone będzie ryzykiem błędu i będzie stanowić źródło sporu. Zdaniem Zamawiającego, oceniając dopuszczalność określonej treści umowy, w szczególności w kontekście zasady swobody umów, należy mieć na względzie specyfikę danego zamówienia i ochronę interesu publicznego oraz wydatkowanych środków. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w budynku działającego szpitala, których wynikiem ma być oddanie do eksploatacji w pełni funkcjonalnej placówki, sfinansowanej ze środków publicznych. Wykonanie robót budowlanych obarczonych wadami i usterkami, które wymagają usunięcia, może negatywnie wpływać na sposób funkcjonowania szpitala. Można sobie bowiem wyobrazić, że konieczne będzie usunięcie bardzo wielu usterek, które Wykonawca zakwalifikuje jako nieistotne, a które nie pozwolą na pełne wykorzystanie placówki. Ponadto ocena takich usterek jako istotnych lub nieistotnych na etapie odbioru w praktyce może nie być możliwa. Obecne brzmienie § 9 ust. 8 jest jednoznacznie i w czytelny sposób ustala okoliczności uzasadniające odbiór końcowy, uzależniając je od braku usterek. Zakres robót Wykonawcy obejmuje także usunięcie usterek i dopiero wówczas roboty mogą zostać uznane za zakończone. Tak określone przesłanki odbioru końcowego zdejmują ryzyko, że przedmiot umowy nie będzie spełniał swoich funkcji w pełnym zakresie i w prawidłowy sposób zabezpieczają interes Zamawiającego, jako podmiotu wydatkującego środki publiczne. Równocześnie interes Odwołującego nie jest naruszony. To Wykonawca robót budowlanych jest podmiotem kontrolującym sposób i terminy wykonania robót, zatem może je prowadzić w taki sposób, aby po ich wykonaniu dokonanie bezusterkowego odbioru końcowego było możliwe.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu Zamawiający wskazał, iż jest prawnie dopuszczalne uzależnienie odbioru końcowego od usunięcia wad i podpisania protokołu bezusterkowego. Niezależnie jednak od powyższego, w odniesieniu do § 5 ust. 1 lit. g) wzoru umowy to reguluje on nie zasady odbioru końcowego, ale zasady płatności ostatniej, końcowej transzy wynagrodzenia. Bezprzedmiotowe jest zatem odwoływanie się do art. 647 k.c., który w ogóle tej materii nie dotyczy, ani nie sprzeciwia się takiemu ustaleniu terminu dokonania ostatniej płatności jak w umowie. W świetle § 5 ust. 1 lit. g) warunkiem zapłaty faktury końcowej

(10%) jest m.in. podpisanie protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń. Jako że wynagrodzenie należy się za roboty wykonane, usunięcie stwierdzonych podczas odbiorów wad i usterek jest częścią umówionych prac, więc dopiero wówczas należy uznać, że wykonawca wykonał w całości przedmiot umowy zgodnie z jej postanowieniami. Podkreślić należy, że § 5 ust. 1 lit. g) wzoru umowy dotyczy jedynie 10% faktury końcowej, pozostałe 90% wynagrodzenia zostało już wówczas z wykonawcą rozliczone. Wynagrodzenie należy się za roboty wykonane, usunięcie stwierdzonych podczas odbiorów wad i usterek jest częścią umówionych prac, więc dopóki wykonawca nie usunie wszystkich usterek, nie wykona 100% robót przewidzianych umową, więc może nie otrzymać 100% umówionego wynagrodzenia. Zamawiający miał prawo wycenić ową część prac ryczałtowo na 10%, nie jest to wielkość wygórowana. W ocenie Zamawiającego, żaden z przywołanych przez Odwołującego przepisów nie sprzeciwia się wymaganiu, aby zapłata faktury końcowej była uzależniona od bezusterkowego wykonania całości robót potwierdzonych protokołem odbioru końcowego bez zastrzeżeń.

Odnosnie czwartego zarzutu, dotyczącego § 12 ust. 3 i 4 wzoru umowy, gdzie Zamawiający powiązał datę rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości oraz rękojmi za wady z odbiorem bezusterkowym Zamawiający stwierdził m.in., iż skoro strony na mocy art. 558 § 1 i art. 577 i nast. k.c są uprawnione, aby w umowie wydłużyć okresy rękojmi za wady i gwarancji jakości, to tym bardziej mogą ustalić, że okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg od daty bezusterkowego odbioru. Takie ustalenie okresu rękojmi i gwarancji jest jednolite dla wszystkich wykonawców, jawne i w pełni przejrzyste, w związku z czym mogą oni uwzględnić wszelkie ryzyka i koszty, które mogą wiązać się z realizacją obowiązków wynikających z rękojmi za wady i gwarancji jakości (por. KIO z 22 sierpnia 2012 r. KIO 1710/12). Zdaniem Zamawiającego zarzut ten jest przykładem, że celem Odwołującego jest przede wszystkim doprowadzenie do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla Wykonawcy, co nie podlega ochronie w trybie środków ochrony prawnej.

W ocenie Zamawiającego piąty zarzut dotyczący kar umownych jest bezzasadny. Zamawiający podniósł, iż przepis art. 143d ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny i nie daje Zamawiającemu swobody wyboru, czy wprowadzić do umowy kary umowne z tytułów wskazanych w tym przepisie, zaś brak ww. postanowień stanowi naruszenie ustawy Pzp. Wysokość tych kar czy sposób ich ustalenia nie został przez ustawodawcę narzucony i zależy od decyzji Zamawiającego, jednak wysokość kar musi spełniać cel ustalenia kar umownych i nie może być iluzoryczna. Zwrócić należy uwagę, że funkcja prewencyjna i dyscyplinująca jest w tym przypadku tak istotna, że w PZP przewidziane zostały kary umowne za nienależyte wykonanie świadczenia o charakterze pieniężnym (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a) PZP). Jak wynika z orzecznictwa i celu wprowadzonej regulacji taki właśnie charakter mają kary

przewidziane w art. 143d ust. 1 pkt 7 PZP: „Kary umowne przewidziane w katalogu z art. 143d ust. 1 pkt 7 pełnią funkcję prewencyjną w tym znaczeniu, iż są instrumentem przymuszającym wykonawcę do dokonywania terminowej zapłaty wynagrodzenia wykonawcy” (por. KIO 1139/15 wyrok z 15 czerwca 2015 r.). Niska kara umowna nie spełnia funkcji prewencyjnej ani dyscyplinującej. Odwołujący bezpodstawnie zatem bagatelizuje znaczenie okoliczności, za które przepis art. 143d ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje obligatoryjne kary umowne. Prawidłowe zgłaszanie i rozliczenie podwykonawców, którzy mogą realizować znaczącą część przedmiotu umowy jest niezwykle istotne dla powodzenia całej inwestycji. Zamawiający zwrócił uwagę, że w inwestycjach takich jak objęta przedmiotem zamówienia podwykonawcy realizują istotny zakres przedmiotu zamówienia. Dla powodzenia przedsięwzięcia oraz bezpieczeństwa Zamawiającego, którego obciąża zarówno obowiązek zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, jak i solidarna odpowiedzialność inwestora i konieczność bezpośredniej zapłaty podwykonawcom, niezbędne jest, aby posiadał on pełną wiedzę o podmiotach realizujących zamówienie oraz o terminowości dokonywanych z nimi rozliczeń. Odwołujący sam przyznaje, że szkoda, jaka może zaistnieć po stronie Zamawiającego polega na konieczności podwójnej płatności na rzecz podwykonawców, które w warunkach tego zamówienia mogą mieć wartości milionowe. Bez znaczenia w tym kontekście pozostaje późniejszy sposób rozliczenia zapłaty. Podkreślić należy, że ustawodawca wprost przewidział zakres obowiązków wykonawcy, których niedopełnienie ma być powiązane z karą umowną, niezależny od innych regulacji służących zabezpieczeniu interesu Zamawiającego i podwykonawców. W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę wartość inwestycji i szacowaną wysokość wynagrodzenia wykonawcy, określone wysokości kar umownych są adekwatne do wagi naruszeń i zapewniają w sposób realny, że Wykonawca będzie się do nich stosował, nie stanowiąc bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego. Zamawiający zauważa, że podstawą ich naliczenia są okoliczności całkowicie zależne od woli Wykonawcy, zatem prawidłowa realizacja umowy bez wątplenia pozwoli na ich uniknięcie. Wartość 5000 zł (czyli 10 krotnie niższa niż wskazana w projekcie umowy) nie została przez Odwołującego w żaden sposób uzasadniona, a w kontekście wartości zamówienia jest rażąco niska, wręcz iluzoryczna. Tym samym wartość podana przez Odwołującego została ustalona w sposób arbitralny, jest zaniżona i nie zapewnia żadnej ochrony Zamawiającego przed nierzetelnością Wykonawcy w zakresie rozliczeń z podwykonawcami. Ciężar wykazania, że kara jest nadmiernie wygórowana spoczywa na Odwołującym, któremu jednak nie sprostał.

Następnie Zamawiający podniósł, że określenia zwłoka i opóźnienie mają swoje znaczenie normatywne na gruncie kodeksu cywilnego. Chociaż zarówno zwłoka, jak opóźnienie oznacza niewykonanie zobowiązania w terminie wnikającym z czynności prawnej (najczęściej umowy), jednak pojęcie opóźnienia jest szersze od pojęcia zwłoki. Opóźnienie to

każdy przypadek niewykonania zobowiązania w terminie, a zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia, jako działania lub zaniechania zawinione. Działanie zawinione to działanie, za które strona ponosi odpowiedzialność. Odwołujący prawidłowo przyjmuje zatem, że celem zastrzeżenia odpowiedzialności za opóźnienie (kara umowna) jest nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji określonych obowiązków umownych niezależne od jego zawinienia. Ponieważ przepisy o karze umownej mają charakter dyspozytywny, można zatem zastrzec, że kara umowna będzie należna niezależnie od zawinienia. Jak wynika z obowiązujących przepisów nie ma przeszkód, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 k.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Możliwość rozszerzenia (zaostżenia) zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest nieograniczona, ponieważ art. 473 § 1 k.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy zatem uznać możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy. Jeżeli zatem postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego określają rozszerzony zakresu odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegają karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytego wykonania umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy. Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 654/16). Ponadto kara umowna, obok odstąpienia od umowy, jest w praktyce jedynym środkiem dyscyplinującym wykonawców, jaki znajduje się w posiadaniu Zamawiającego realizującego zadania publiczne i dysponujący środkami publicznymi. Zamawiający przywołał tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 69/14, z 6 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 484/18 oraz sądów powszechnych i Sądu Najwyższego oraz wskazał m.in., że w orzecznictwie wyraźnie podkreśla się, że na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady swobody umów, gdyż zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Składając ofertę wykonawca musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę oferty.

Bezzasadny jest zdaniem Zamawiającego także zarzut naruszenia art. 484 § 2 kc dotyczący miarkowania kar umownych. Jak słusznie przyjmuje się w orzecznictwie instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania danej kary następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do nadużycia przez zamawiającego uprawnień, a w konsekwencji może znaleźć zastosowanie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego (miarkowanie wysokości kary umownej). W opinii KIO możliwe jest, na etapie wykonywania umowy, miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego. Zgodnie z wyrokiem z 18 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 779/13), jako najbardziej precyzyjnie oddającego istotę stosowania przez zamawiających instytucji kar umownych. Izba w sposób niebudzący wątpliwości wskazała na zasady o charakterze ogólnym dotyczące kar umownych, niepodlegające kwestionowaniu, a mianowicie podkreśliła, że: „Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania”. Nie ma zatem podstaw dla przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 484 § 2 kc, który dotyczy etapu realizacji umowy oraz uprawnień sądu powszechnego do miarkowania kary, przy czym prawo do miarkowania kary umownej przysługuje Wykonawcy zawsze. Z powyższych orzeczeń jednoznacznie wynika, że określenie kary umownej za opóźnienie jest jednoznaczne i wyraźnie wskazuje na odpowiedzialność za niedochowanie terminu niezależne od zawinienia.

W ocenie Zamawiającego taki model kary umownej jaki wskazał Zamawiający ma znacznie skuteczniejsze działanie prewencyjne i stymulujące prawidłową realizację zamówienia o ogromnej społecznej doniosłości. W realiach umów na roboty budowlane pozwala bowiem uniknąć braku odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę z powołaniem się na brak winy np. w wyborze danego podwykonawcy jako profesjonalisty. Kara za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia uzależniona od zwłoki może okazać się dla Zamawiającego karą wyłącznie „na papierze”, nie stymulując w żaden sposób Wykonawcy do terminowej realizacji umowy. Zamawiający zauważa, że celem Odwołującego jest także bezzasadne obniżenie kar umownych za wprowadzenie podwykonawców bez zgody Zamawiającego, nieprzedkładanie umów z podwykonawcami oraz brak terminowej płatności, co tym bardziej może zwiększać ryzyko po stronie Zamawiającego skutecznego egzekwowania terminowej realizacji prac. W ocenie Zamawiającego wskazanie, że kara umowna jest należna za opóźnienie, a nie zwłokę w najlepszy sposób zabezpiecza uzasadniony interes Zamawiającego terminowej realizacji przedmiotu umowy. Mieści się w granicach swobody umów, jest dopuszczona wprost przez

przepisy k.c., nie jest sprzeczna z naturą stosunku lub zasadami współżycia społecznego, a Odwołujący zawsze może skorzystać z miarkowania kar. Tym samym nie świadczy o naruszeniu któregoś z przepisów przywołanych przez Odwołującego. Jak wielokrotnie podkreślała KIO nie jest uzasadnionym powołanie się na art. 353¹ kc w celu doprowadzenia do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla Wykonawcy. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania, dogodnych warunków, w tym dotyczących warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego z treści odwołania prawna dopuszczalność rozszerzenia odpowiedzialności w oparciu o przepis art. 473 § 1 kc nie budzi wątpliwości Odwołującego. Obawia się, że zakres odpowiedzialności może być nadmierny. Wychodząc naprzeciw tym obawom, Zamawiający wyłączył z zakresu odpowiedzialności siłę wyższą oraz wyłączną winę strony uprawnionej do dochodzenia kary umownej. Obecne brzmienie § 10 ust. 2 i 3 wzoru umowy potwierdza zatem, że kara umowna należna jest za opóźnienie niezależnie od jego przyczyny, z wyłączeniem przypadku, gdy wynika z siły wyższej lub wyłącznej winy strony uprawnionej do dochodzenia kary umownej. Zamawiający zrównał także podstawy odpowiedzialności z tytułu kary umownej należnej Zamawiającemu i Wykonawcy, wprowadzając odpowiedzialność za opóźnienie niezależnie od jego przyczyny, z wyłączeniem przypadku, gdy wynika z siły wyższej lub wyłącznej winy strony uprawnionej do dochodzenia kary umownej.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący podniósł w odwołaniu zasadność wprowadzenia limitu kar umownych na poziomie 10%. Zarzut ten nie został jednak przez niego w żaden sposób uzasadniony, co pozbawia go przymiotu zarzutu podlegającego rozpoznaniu. Z ostrożności Zamawiający podnosi, że wymaganie wprowadzenia limitu kar umownych nie wynika z obowiązujących przepisów, tym bardziej na tak niskim poziomie jak ustalił Odwołujący. W ocenie Zamawiającego praktyką rynkową wykonawców jest ustalanie wynagrodzenia obejmującego ryzyko zapłaty kar umownych na zbliżonym poziomie, toteż naliczenie kar umownych w granicach maksimum 10% nie stanowi żadnej dolegliwości ani nie będzie miało waloru prewencyjnego i stymulującego do właściwej realizacji zamówienia. Ponownie wskazać należy, że ochroną dla Wykonawcy jest ustawowe prawo do żądania miarkowania kar. Ciężar dowodu przesłanek uzasadniających miarkowanie kary spoczywa na dłużniku. W ocenie Zamawiającego Odwołujący poprzez sformułowane żądanie chce zwolnić się z tego ciężaru dowodu. Ponadto Odwołujący poza głośniejszym żądaniem wprowadzenia limitu nie zaprezentował żadnej argumentacji i dowodów, że kary przewidziane przez Zamawiającego są nadmiernie wygórowane i niezbędne jest wprowadzenie limitu kar. Odnosząc się uzupełniająco do wskazanego limitu kar, to jest on znacznie niższy niż w

postępowaniach, do których odwoływał się drugi Odwołujący (Budimex S.A.). Z kolei odwoływanie się do wartości kary umownej za odstąpienie jest w warunkach niniejszego postępowania nieadekwatne lub wręcz stanowić może nadużycie, ponieważ Zamawiający przewidział za ledwie 5% karę z tego tytułu.

Następnie Zamawiający podał, iż uwzględnił zarzuty 6 i 7 lit.a) odwołania i dokonał stosownej modyfikacji Umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego. W odniesieniu natomiast do zarzutu 7 lit. b) Zamawiający podkreślił, że przedmiot Umowy ma charakter komplementarny, obejmuje roboty budowlane, w ramach których realizowane będą także dostawy przez podmioty inne niż Wykonawca robót. Zamawiający zwrócił uwagę, że z mocy § 6 ust. 2 lit. b) i c) wzoru Umowy Wykonawca zobowiązany jest do współpracy i prowadzenia (podczas wykonywania robót i usuwania ewentualnych wad) koordynacji prac ewentualnych dostawców wskazanych przez Zamawiającego. Koordynacja prac z dostawcami winna obejmować harmonogramy i sposób realizacji dostaw. W § 6 ust. 2 lit. d) Zamawiający wskazał, że po podpisaniu Umowy przekaże Wykonawcy kompletną listę dostaw i urządzeń, które zaplanował zamontować w trakcie trwania robót, Z powyższych postanowień wynika, że celem Zamawiającego jest skoordynowane wykonywanie dostaw.

Zamawiający oświadczył, że nie zakłada i poczyni w tym celu starania, aby organizując odrębne postępowanie na wyposażenie niezbędne do uzyskania wymaganych odbiorów Państwowej Inspekcji Sanitarnej wyeliminować wszelkie ryzyka w tym zakresie.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący, żądając wykreślenia z § 1 „zakończenie inwestycji” lit. e) pominął okoliczność, że powołana w § 1 lit. e), § 6 ust. 1 lit. d) pkt 3) i § 9 ust. 7 lit. h) wzoru umowy decyzja organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się w obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz.U. z 2019 r. poz. 595) oraz w zw. z brzmieniem ustawy z dnia 16 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2190 ze zm.) odnosi się także do robót wykonywanych przez Wykonawcę. Należy zwrócić uwagę, że wskazane przepisy określają wymagania, jakim muszą odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą. I tak w świetle art. 22 ustawy z dnia 16 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej: „1. Pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą odpowiadają wymaganiom odpowiednim do rodzaju wykonywanej działalności leczniczej oraz zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych, 2.Wymagania, o których mowa w ust. 1, dotyczą w szczególności warunków: 1) ogólnoprzestrzennych; 2) sanitarnych; 3) instalacyjnych. 3. Minister właściwy do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Naczelnej Rady Lekarskiej, Naczelnej Rady Pielęgniarek i

Położnych, Krajowej Rady Diagnostów Laboratoryjnych oraz Krajowej Rady Fizjoterapeutów, określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe wymagania, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą, kierując się potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów, a także rodzajem wykonywanej działalności i zakresem udzielanych świadczeń zdrowotnych."

Na podstawie delegacji określonej w art. 22 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej wydane zostało rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą, gdzie szczegółowo uregulowano wymagania, jakie spełniać muszą pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą. Pozytywne stanowisko organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się w obiekcie po wykonanych robotach bezpośrednio jest powiązane z przedmiotem Umowy oraz oceną prawidłowości i jakości wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę jest potwierdzeniem, że przedmiot Umowy (wybudowany obiekt) został wykonany przez Wykonawcę w taki sposób, że może być w nim bezpiecznie prowadzona działalność lecznicza, co jest kluczowe z punktu widzenia celu inwestycji. Dodatkowo w ww. punkcie, którego wykreślenia żąda Odwołujący, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przeprowadził trwający nieprzerwanie 72 godziny rozruch sprawdzający działanie instalacji w obiekcie. Żądając ww. wykreślenia, Odwołujący bezzasadnie ogranicza zakres obciążającego go zobowiązania wynikającego z Umowy. Wadliwe żądanie uniemożliwia uznanie zasadności zarzutu.

Zamawiający podkreślił, że pozyskanie potwierdzenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się w obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w przywołanych przepisach prawa jest istotnym elementem procesu inwestycyjnego modernizacji i przebudowy szpitala, zatem mieści się w zakresie przedmiotu umowy tak samo, jak mieści się uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu (okoliczność przyznana przez Odwołującego w odwołaniu) oraz innych zgód, zezwoleń i opinii.

Pismami z dnia 11 i 14 października 2019 r. wykonawcy: MIRBUD S.A. Budimex S.A., WARBUD S.A. zgłosili do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2027/19

Odwołujący MIRBUD w części VII odwołania sformułował zarzuty odwołania, którym w uzasadnieniu odwołania przyporządkował żądania zmiany SIWZ, zarzucając Zamawiającemu, iż dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do wskazania jedynie minimalnego okresu gwarancji, która ma być przez wykonawców zaoferowana, bez wskazania okresu maksymalnego, co powoduje, że kryterium gwarancji - zarówno w odniesieniu do gwarancji na roboty budowlane jak i w przypadku gwarancji na urządzenia obiektu - jest niejednoznaczne, niezrozumiałe i uniemożliwia sprawdzenie realności przedstawionych przez wykonawców okresów gwarancji;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zawężania okresu czasu, w którym kierownik budowy zdobył doświadczenie wyłącznie do 10 ostatnich lat, chociaż znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia mają wszystkie budowy szpitali, a nie tylko te zrealizowane w okresie ostatnich 10 lat;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zawężania okresu czasu, w którym menager BIM zdobył doświadczenie wyłącznie do 5 ostatnich lat, chociaż znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia mają wszystkie opracowania modelu architektury i konstrukcji i instalacji branż sanitarnych, a nie tylko te zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, tj. określenie warunków dotyczących się kadry w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, a zatem nie jest obiektywnie uzasadniony charakterem zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 2) dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- 3) przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

W uzasadnieniu Odwołujący MIRBUD wskazał m.in., iż w części VI - Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, w ust. 2, dotyczącym gwarancji na roboty budowlane, Zamawiający wskazał kryteria i matematyczny sposób wyliczenia punktów dla KRYTERIUM II - OKRES

GWARANCI NA ROBOTY BUDOWLANE - P(GRB) - waga 10 % oraz KRYTERIUM III - OKRES GWARANCI NA URZĄDZENIA OBIEKTU - P(GU) - waga 10 %, określając minimalny wymagany okres gwarancji, zaś zaniechał wskazania maksymalnego okresu wymaganej gwarancji. Jest to o tyle ważne, że Zamawiający nadał każdemu kryterium gwarancji wagę 10%, co sumują się do 20%. Ważne jest zatem, aby zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, jaki okres gwarancji uznaje za maksymalny. Istotą i podstawową funkcją gwarancji jest bowiem ochrona kupującego (uprawnionego z gwarancji) przed konsekwencjami zepsucia się przedmiotu objętego gwarancją.

Zgodnie z § 12 ust. 5 projektu umowy odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu gwarancji jakości obejmuje wszelkie wady lub usterki stwierdzone w okresie gwarancji, jakie zaistniały po wydaniu Zamawiającemu robót budowlanych lub urządzeń, w tym zaistniałe bez winy Wykonawcy, jak również na skutek działania osób trzecich, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Gwarant ponosi, zatem w zasadzie nieograniczoną odpowiedzialność za wszelkie wady przedmiotu umowy, a uwolnienie się od odpowiedzialności jest skomplikowane i niełatwe, o ile w ogóle możliwe, zakładając normalne użytkowanie urządzeń obiektu przez Zamawiającego.

Skonstruowane przez Zamawiającego kryteria gwarancji zachęcają wykonawców do oferowania jak najdłuższych kryteriów, co może prowadzić do czynów nieuczciwej konkurencji oraz do składania ofert ze świadczeniem nierealnym. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2016 roku, sygn. akt: KIO 369/16 i wskazał, iż obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie kwestionowanych kryteriów gwarancji do zgodności z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez wskazanie maksymalnego, realnego okresu gwarancji. Polegając na doświadczeniu własnym oraz bazując na innych przetargach publicznych, w których okres gwarancji na roboty budowlane stanowi kryterium punktowane, Odwołującego wskazuje, że maksymalny termin gwarancji na roboty budowlane wynosi 60 miesięcy.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o zastąpienie istniejącego brzmienia kwestionowanych postanowień SIWZ zaproponowaną przez niego treścią uwzględniającą również maksymalny okres gwarancji tj. 60 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru robót.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w części VI - Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, w ust. 5, Zamawiający wskazał następujące kryteria uzyskania dodatkowych punktów: KRYTERIUM V - DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA BUDOWY - P(DKB) - waga 15 % W trakcie oceny ofert kolejno ocenianym ofertom, zostaną przyznane punkty według następujących zasad: Zamawiający dokona oceny oferty na podstawie załączonego do oferty Wykazu doświadczenia Kierownika budowy, którego wzór stanowi załącznik nr 12 do SIWZ.

Wymagane jest wykazanie doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy na zadaniu polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) o wartości brutto co najmniej 50 mln PLN w okresie ostatnich 10 lat (2009-2019), 0 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże jedno zadanie, na którym wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 5 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże 2 zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 10 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże 3 zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 15 pkt. jeżeli wykonawca wykaże 4 zadania lub więcej, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję gdzie: P(DKB) - ilość punktów badanej oferty w kryterium. Oferta w kryterium nr V może uzyskać maksymalnie - 15 punktów, 15 % =15 pkt. - waga kryterium. Ponadto w części VI - Opis kryteriów i sposobu oceny ofert, w ust. 4, Zamawiający wskazał następujące kryteria uzyskania dodatkowych punktów: 4 KRYTERIUM IV - DOŚWIADCZENIE MANAGERA BIM - P(DMB) - waga 5 %, W trakcie oceny ofert kolejno ocenianym ofertom, zostaną przyznane punkty według następujących zasad: Zamawiający dokona oceny oferty na podstawie załączonego do oferty Wykazu doświadczenia Managera BIM, którego wzór stanowi załącznik nr 11 do SIWZ. Wymagane jest wykazanie doświadczenia Managera BIM w pełnieniu funkcji BIM Managera lub BIM Koordynatora na projekcie trwającym przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy, na którym opracowano model architektury i konstrukcji i instalacji branż sanitarnych (wentylacji mechanicznej, centralnego ogrzewania i wodno-kanalizacyjnej), w okresie ostatnich pięciu lat przed datą składania ofert. 0 pkt - jeżeli wykonawca wykaże jedno zadanie, na którym wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 1 pkt - jeżeli wykonawca wykaże dwa zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 3 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże trzy zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 5 pkt jeżeli wykonawca wykaże cztery zadania lub więcej, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję.

W odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy, Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę ściśle określone wymagania dotyczące rodzaju doświadczenia, tyżącego się wyłącznie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej, które to doświadczenie zdobywane jest wyłącznie w postępowaniach publicznych, stwierdzić należy, że niezwykle rzadkie, o ile w ogóle realne byłoby spełnienie warunku o realizacji 4 takich zadań. Budowa (rozbudowa / przebudowa) szpitala jest inwestycją czasochłonną, najczęściej wieloletnią. Zatem, aby wykazać się realizacją 4 zadań zrealizowanych w okresie ostatnich 10 lat, kierownik budowy musiałby zajmować się praktycznie wyłącznie budową szpitali. Taka okoliczność jest zaś mało

realna, gdyż cechą dobrego kierownika budowy jest doświadczenie w realizacji różnorodnych inwestycji, i kierownicy budowy dążą do zróżnicowania własnego doświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że oczekiwania Zamawiającego w odniesieniu do ilości wykazywanego i punktowanego doświadczenia jest zasadne, a jedynie niezasadne jest jakiegokolwiek ograniczenie czasowe w zdobywaniu tego doświadczenia. W celu zapewnienia konkurencyjności Postępowania konieczna jest zmiana okresu w jakim Wykonawca może wykazywać się doświadczeniem kierownika budowy, tj. całkowita rezygnacja z ograniczenia czasowego.

Z posiadanego przez Odwołującego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich 10-u latach ilość zakończonych w Polsce robót budowlanych, zgodnych z przedstawionym przez Zamawiającego opisem, jest niewielka. Tymczasem, doświadczenie zdobyte przez kierownika budowy w okresie wcześniejszym również ma znaczący wpływ na jakość wykonania przez niego własnych obowiązków. Budowa szpitala nie polega bowiem na realizacji innowacyjnego zamówienia, które szybko traci swoją aktualność. Przeciwnie, doświadczenie w budowaniu szpitali nie przedawnia się, lecz procentuje przy każdej kolejnej budowie tego typu. Nie istnieje więc uzasadnienie dla wprowadzonego przez Zamawiającego ograniczenia.

Podobnie w odniesieniu do doświadczenia menagera BIM, Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, że opracowywanie modelu architektury w technologii BIM wciąż jest niezwykle rzadkie, mało realne jest spełnienie warunku o realizacji 4 takich zadań w krótkim, 5-cio letnim okresie. BIM to koncepcja, która zrewolucjonizowała podejście do projektowania, realizacji inwestycji i zarządzania budynkiem. Jej najistotniejszą cechą jest umożliwianie w sposób ciągły i natychmiastowy dostępu do informacji o projekcie. Dzięki pracy na jednym modelu, firmy zaangażowane w projektowanie, budowanie i zarządzanie budynkiem mogą znacząco zwiększyć swoją efektywność i zredukować liczbę błędów, powstających w całym procesie tworzenia dokumentacji. Cyfrowe dane projektowe w połączeniu z innowacyjną technologią parametrycznego modelowania informacji dają znaczące korzyści w porównaniu z tradycyjnymi metodami projektowania i budowania. Dlatego też, pomimo niezaprzeczalnych korzyści płynących z technologii BIM, wciąż jest ona mało spopularyzowana w Polsce. Zatem, na rynku w przeciągu ostatnich 5 lat pojawiło się stosunkowo mało inwestycji trwających nie krócej niż 6 miesięcy, przy których BIM był wykorzystywany. W celu zapewnienia konkurencyjności Postępowania konieczna jest zmiana okresu w jakim Wykonawca może wykazywać się doświadczeniem menagera BIM, tj. całkowita rezygnacja z ograniczenia czasowego. Żądanie to jest tym bardziej zasadne, że doświadczenie zdobyte przez menagera BIM w okresie wcześniejszym również ma znaczący wpływ na jakość wykonania przez niego własnych obowiązków. Doświadczenie w koordynowaniu BIM na projekcie nie przedawnia się,

lecz procentuje przy każdej kolejnej budowie. Nie istnieje więc uzasadnienie dla wprowadzonego przez Zamawiającego ograniczenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kwestia zbyt krótkich terminów zdobywania doświadczenia - czy to przez Wykonawcę czy też przez jego zespół - wielokrotnie była przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej. Każdorazowo Izba badała warunki wykonania konkretnego zamówienia i faktyczną możliwość zdobywania doświadczenia w czasookresie żądanym przez Zamawiającego. Jeżeli dany okres był zbyt krótki, tj. nieuzasadniony, a doświadczenie zdobyte w latach wcześniejszych miało znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, wówczas Izba uwzględniała odwołanie. Tak było m.in. w przypadku wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 486/17 Sygn. akt: KIO 492/17, gdzie Izba orzekła: „Izba uznając postawiony warunek udziału za nadmierny nakazała Zamawiającemu obniżenie wartości wymaganych usług z 10 milionów do kwoty 5 (pięciu) milionów złotych, oraz wydłużenie okresu z 3 do 5 lat w którym wykonawca może wykazać się wykonaniem czynności wymaganych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższa zmiana, zdaniem Izby, w świetle przedstawionego materiału dowodowego i argumentacji stron, powoduje zachowanie zasady proporcjonalności postawionych warunków udziału do szacunkowej wartości zamówienia. (...) Również wydłużenie okresu, w którym możliwe jest wykazanie się wykonaniem oczekiwanych usług z 3 do 5 lat jest według Izby zasadne, gdyż tego typu zamówienia na usługi, trwają średnio kilkanaście miesięcy i trudno jest realnie oczekiwać, aby średniej wielkości wykonawca nie realizujący w jednym czasie wielu projektów był w stanie w okresie trzech lat wykonać co najmniej dwa tego typu zamówienia. (...) W kolejnym zarzucie z grupy zarzutu pierwszego Odwołujący wnosił o wydłużenie (z 3 do 5 lat) okresu, w odniesieniu do którego osoby wchodzące w skład zespołu Wykonawcy mogły się wykazywać odpowiednim doświadczeniem. Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut w odpowiedzi -(Ad lb) podał, że uwzględnił argumentację Odwołującego w tym zakresie i dokonał zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniem, a zmiana została ogłoszona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 marca 2017 r. Jednakże z analizy treści zmiany SIWZ dotyczącej analityka biznesowego wynika, że przy tej grupie osób Zamawiający nadal utrzymał wymóg wykazania się wymaganym doświadczeniem w okresie 3 lat, co pozostaje w sprzeczności z treścią odpowiedzi na odwołanie. Dopytywany na rozprawie w tym zakresie Zamawiający początkowo podał, że dokonana zmiana dotyczy wszystkich osób dedykowanych do zespołu, lecz następnie po wykazaniu braku zmiany SIWZ podnosił, iż utrzymanie okresu trzech lat jest zasadne, gdyż udział analityka biznesowego w realizacji projektu jest ograniczony czasowo i w związku z tym nie może być przeszkodą, aby analityk biznesowy nabył w okresie trzech lat wystarczające do wymagań doświadczenie. Zarzut w zakresie analityka biznesowego

dotyczący żądania okresu nabycia doświadczenia w okresie 5 lat jest zasadny. Brak jest podstaw do przyjęcia, iż niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia jest nabycie doświadczenia przez analityka biznesowego w okresie trzech, a nie pięciu lat, jak dla pozostałych członków zespołu w tym nawet jego kierownika."

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o zastąpienie istniejącego brzmienia ust. 5 części VI SIWZ następującą treścią: „Kryterium IV - doświadczenie kierownika budowy - P(DKB) - waga 15% W trakcie oceny ofert kolejno ocenianym ofertom, zostaną przyznane punkty według następujących zasad: Zamawiający dokona oceny ofert na podstawie załączonego do oferty Wykazu doświadczenia Kierownika Budowy, którego wzór stanowi załącznik nr 12 do SIWZ. Wymagane jest wykazanie doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy na zadaniu polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) o wartości brutto co najmniej 50 mln PLN bez zastrzeżenia ograniczenia czasowego dla tego doświadczenia, 0 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże jedno zadania, na którym wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 5 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże 2 zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 10 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże 3 zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję, 15 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże 4 zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym kierownik budowy pełnił w/w funkcję". Dalsza część ust. 5 części VI SIWZ - bez zmian.

Odwołujący wniósł ponadto o zastąpienie istniejącego brzmienia ust. 4 części VI SIWZ następującą treścią: „Kryterium IV - doświadczenie menagera BIM - P(DMB) - waga 5% W trakcie oceny ofert kolejno ocenianym ofertom, zostaną przyznane punkty według następujących zasad: Wymagane jest wykazanie doświadczenia Managera BIM w pełnieniu funkcji Managera BIM lub BIM Koordynatora na projekcie trwającym przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy, na którym opracowano model architektury i konstrukcji i instalacji branż sanitarnych (wentylacji mechanicznej, centralnego ogrzewania i wodno-kanalizacyjnej), bez zastrzeżenia ograniczenia czasowego dla tego doświadczenia, 0 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże jedno zadania, na którym wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 1 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże dwa zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 3 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże trzy zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję, 5 pkt. - jeżeli wykonawca wykaże cztery zadania, na których wskazany w potencjale kadrowym Manager BIM pełnił w/w funkcję". Dalsza część ust. 4 części VI SIWZ - bez zmian.

W uzasadnieniu kolejnego zarzutu Odwołujący podał, iż w części II - Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, Zamawiający w ust. 3.2 wskazał, iż w zakresie

zdolności zawodowych żąda, aby wykonawca dysponował zasobami osobowymi, które spełniają następujące warunki: 3.2.1. Kierownik budowy musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik budowy,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) o wartości inwestycji brutto co najmniej 50 mln PLN.

3.2.2. Kierownik robót w branży sanitarnej musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót sanitarnych,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych na co najmniej 2 zadaniach, polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), o wartości inwestycji brutto co najmniej 20 mln PLN.

3.2.3. Kierownik robót elektrycznych musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), o wartości inwestycji brutto co najmniej 20 mln PLN.

Odwołujący oświadczył, że jest wykonawcą legitymującym się doświadczeniem pozwalającym na wykazanie spełnienia niemalże całego cytowanego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie jest jednak w stanie wykazać spełnienia części warunku udziału w postępowaniu w zakresie: „klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej)” oraz żądania wykazania się przez kierownika robót w branży sanitarnej „2 zadaniami”, które w połączeniu z pozostałymi warunkami są nadmierne i nie spełniają wymogu minimalnych poziomów. W ocenie Odwołującego przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności zawodowej pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie został ustalony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym samym, kwestionowany warunek został sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny, w konsekwencji ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Podczas budowy budynku użyteczności publicznej o znacznej wartości (tj. min. 50 mln PLN) kierownik budowy oraz kierownicy robót nabywają doświadczenie wystarczające dla budowy szpitala. Zawężanie warunku doświadczenia wyłącznie do podobnego budynku nie jest uzasadnione stopniem skomplikowania czy charakterem realizowanej przez Zamawiającego inwestycji. Odwołujący podkreśla, że dla wykazania doświadczenia w realizacji budowli kubaturowych nie forsuje budowy drogi czy przebudowy koryta rzeki, lecz doświadczenie podobne, czyli również realizację budowli kubaturowej. Przy czym, Odwołujący wskazuje, że dla realizacji inwestycji należącej do obiektów użyteczności publicznej zawężił budowlę kubaturowe również do obiektów użyteczności publicznej. Tym samym, doświadczenie wskazywane przez Odwołującego jako wystarczające dla realizowanej przez Zamawiającego inwestycji, rzeczywiście jest związane z przedmiotem zamówienia oraz spełnia warunek minimalnych poziomów. W odniesieniu zaś do kierownika robót branży sanitarnej, Odwołujący wskazuje, że nie jest zasadne żądanie od tego kierownika doświadczenia w realizacji 2 inwestycji o podobnym charakterze, skoro wszyscy pozostali specjaliści wykazują się doświadczeniem w realizacji 1 inwestycji o podobnym charakterze. Odwołujący podkreśla, że w odniesieniu do wszystkich inżynierów budownictwa Zamawiający postawił również warunek min. 5 lat doświadczenia, który przez Odwołującego nie jest kwestionowany. Zatem, wykazywany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu kierownik robót sanitarnych nie może posiadać doświadczenia w realizacji tylko 1 podobnej inwestycji, lecz zobowiązany jest do wykazania długiego, 5-cio letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych, a dodatkowo jedynie również doświadczenia w realizacji podobnej inwestycji do realizowanej przez Zamawiającego. Skoro zarówno kierownik budowy i kierownik robót elektrycznych są przez Zamawiającego akceptowani, jeżeli mają 5 lat doświadczenia oraz doświadczenie w realizacji 1 podobnej

inwestycji, to zdaniem Odwołującego nie ma podstaw, by w tym zakresie różnicować kierownika robót sanitarnych, wymagając aby ten specjalista posiadał 5-cio letnie doświadczenie oraz doświadczenie w realizacji 2 podobnych inwestycji. Taki warunek jest bowiem nadmierny i nie spełnia ustawowych wytycznych o minimalnych poziomach.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy winien być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Odwołujący przywołał m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2015 roku, sygn. akt: KIO 2112/16, sygn. akt: KIO 2122/16, wyrok KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15, oraz stwierdził, że co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SIWZ, jakim zespołem specjalistów winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego stawianie natomiast warunku, aby wykazywany przez wykonawcę kierownik budowy, kierownik robót w branży sanitarnej oraz kierownik robót elektrycznych posiadali doświadczenie w realizacji dotyczącej budowy obiektu sklasyfikowanego w klasie 1264 o wartości 50 lub 20 mln PLN oraz dodatkowo 5-cio letnie doświadczenie, stanowi realną barierę dla Odwołującego oraz kilku innych konkurentów wykonawcy, z którymi Odwołujący się skontaktował. Realne jest posiadane przez wymienionych kierowników doświadczenia w budowie, rozbudowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości 50 lub 20 mln PLN oraz dodatkowo 5-cio letniego doświadczenia, lecz skumulowanie w kwestionowanych warunkach również żądania, aby doświadczenie zostało zdobyte na budynkach szpitalnych lub opieki medycznej, określić

należy jako nawet nie jako maksymalne poziomy zdolności, lecz jako nierealne poziomy zdolności, nieuzasadnione charakterystyką rynku, a tym bardziej stopniem skomplikowania przedmiotowych robót budowlanych. Dlatego też, Odwołujący wniósł o wprowadzenie modyfikacji do SIWZ, która dopuszczałaby do realizacji zamówienia wykonawców, którzy faktycznie posiadają doświadczenie, zapewniające należyłą realizację zamówienia. Tym sposobem, Zamawiający zapewni, że omawiane warunki Części II ust. 3.2 SIWZ wypełnią dyspozycję normy, zawartej w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Przytoczony przepis zaś stanowi, że Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Żądanie przez Zamawiającego wykazywania się przez kierowników doświadczeniem o bardzo wysokiej wartości zdobytym na budynkach klasy 1264, stanowi w ocenie Odwołującego, daleko idące przekroczenie progu minimalności, i w sposób nieuzasadniony stanowi barierę dla realizacji zamówienia. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w Postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy dysponują odpowiednio doświadczonymi osobami, które gwarantują wykonanie przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób. Wykonawca wskazuje, że wykładnia zaprezentowana powyżej jest zgodna z orzecznictwem Izby. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że w myśl wyroku KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15 „to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyka do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.”

Ze względu na powyższe, Odwołujący zażądał aby Zamawiający zastąpił cytowane powyżej warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (Część II ust. 3.2 SIWZ) następującą treścią: „3.2.1. Kierownik budowy musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik budowy,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o wartości inwestycji brutto co najmniej 50 mln PLN."

„3.2.2. Kierownik robót branży sanitarnej musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót sanitarnych,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej o wartości inwestycji brutto co najmniej 20 mln PLN."

„3.2.3. Kierownik robót elektrycznych musi posiadać:

- a) Uprawnienia budowlane do samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- b) Aktualny wpis do właściwej Izby Samorządu Zawodowego,
- c) Minimum 5-letnie doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych,
- d) Doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o wartości inwestycji brutto co najmniej 20 mln PLN."

Uzasadniając zarzut dotyczący terminu składania ofert Odwołujący podał, iż Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 27 listopada 2019r. Tak ustalony termin składania ofert jest zdaniem Odwołującego zbyt krótki, nie uwzględnia bowiem specyfiki zamówienia,

złożonego charakteru tego projektu, a nade wszystko okoliczności, iż obowiązująca obecnie SIWZ została sformułowana w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry oraz wadliwie sformułowane kryterium pozacenowe uniemożliwia Odwołującemu podjęcie działań umożliwiających złożenie oferty, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z wyceną oferty do czasu doprecyzowania rzeczowego kryterium oraz do czasu zmodyfikowania opisu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Oznacza to, że dopiero po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz po dokonaniu zmian w treści SIWZ, wykonawcy faktycznie będą mogli przystąpić do sporządzenia oferty. Jest to termin zdecydowanie zbyt krótki. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również Wykonawcy - w celu rzetelnego przygotowania oferty przetargowej - obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych, a także rzetelnej wyceny wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia oraz ryzyk im towarzyszących.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, tj. o wyznaczenie terminu składania ofert najwcześniej na dzień 12 grudnia 2019 r.

Na posiedzeniu w dniu 23 października 2019 r. Zamawiający podał, iż nie otrzymał od Odwołującego kopii odwołania i w związku z tym wnosi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający oświadczył m.in., że wiadomość przesłana przez Odwołującego w dniu 10 października 2019 r. na obydwa adresy email nie weszła na serwer Zamawiającego, ponieważ jego serwer obsługujący obydwa adresy korzysta z zewnętrznej listy spamowej, na której znalazł się adres nadawcy i w związku z tym serwer nie przyjął tej wiadomości. Zamawiający złożył w poczet dowodów: print screen logów serwera dotyczący odrzucenia konkretnych wiadomości z konkretnego komputera, z konkretnego adresu IP, z którego korzysta osoba wysyłająca wiadomość, a także korespondencję e-mailową pomiędzy firmą informatyczną obsługującą Zamawiającego, a Zamawiającym, dotyczącą kwestii otrzymania na serwer Zamawiającego korespondencji Odwołującego, zawierającej jego odwołanie z 10 października 2019 r. i podał, że ze złożonych dowodów wynika, iż było kilka prób ze strony Odwołującego i każda z nich zakończyła się niepowodzeniem, co potwierdza zdaniem Zamawiającego, że Odwołujący miał pewną świadomość, iż korespondencja nie została doręczona na serwer odbiorcy.

Zdaniem Zamawiającego o braku doręczenia odwołania Zamawiającemu decydują okoliczności leżące po stronie nadawcy, Zamawiający nie ma wpływu z jakich serwerów korzystają nadawcy. Odwołujący powinien dochować należytej staranności aby nie pozostawać na liście spamowej. Przekazanie odwołania Zamawiającemu ma umożliwić zapoznanie się przez niego z jego treścią, co w praktyce oznacza wprowadzenie wiadomości na jego serwer, a Zamawiający takiej możliwości nie miał.

Odwołujący w tym zakresie oświadczył m.in., iż w dniu 10 października 2019 r. drogą elektroniczną przekazał Zamawiającemu kopię odwołania. Mimo wystąpienia o potwierdzenie otrzymania odwołania, nie otrzymał takiego potwierdzenia, ale nie wzbudziło to jego niepokoju, ponieważ, jak stwierdził, zamawiający zwykle nie potwierdzają otrzymania odwołania. Zdaniem Odwołującego dochował on należytej staranności, bowiem wprowadził odwołanie do komunikatora, a podnoszona przez Zamawiającego aktywność wysyłania leżała nie po jego stronie, lecz po stronie serwera. To serwer ponawiał wysyłkę, a Odwołujący dowiedział się o tym dopiero w niedzielę, czyli po 3 dobach od jej wysłania. Następnie otwierając skrzynkę w poniedziałek, pozyskał informację, że odwołanie nie zostało zapisane na serwerze Zamawiającego. Zwrócił się z zapytaniem do informatyków, sprawujących pieczę nad jego infrastrukturą, dotyczące kwestii ewentualnej przeszkody bądź nieprawidłowości po jego stronie i uzyskał informację, że adresy IP, tj. adresy Google, z jakich korzysta Odwołujący, które nie są to stałe adresy przypisane wyłącznie do Odwołującego, lecz o tych adresach decyduje google, zostały wpisane na tzw. czarnej liście. Przesyłkę z 10 października 2019 r. serwer próbował doręczyć, jednak czynił to nieskutecznie. Odwołujący podał, że nie miał żadnego wpływu na to, żeby znaleźć się na tej czarnej liście, jak też nie miał możliwości odblokowania i usunięcia tych adresów, z których korzysta, z tej listy, ponieważ nie jest ich właścicielem. Wprowadzając do komunikatora odwołanie, wypełnił zobowiązanie do jego przekazania Zamawiającemu. Nie miał wpływu na istnienie zapór po stronie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, musi on zadbać o własną infrastrukturę, która jest sprawna, natomiast Zamawiający musi zadbać o to, aby wykonawcy mogli przekazywać mu informacje. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący złożył korespondencję e-mailową z 13.10.2019 r. oraz swoje zapytanie z 18.10.2019 r do WASKO S.A. i pismo WASKO z 22.10.2019 r.

W ocenie Izby okoliczności sprawy, w tym przedłożone przez strony dowody, wskazują, iż Odwołujący zdecydował o przekazaniu Zamawiającemu kopii odwołania w jeden z przyjętych w SIWZ sposobów tj. w formie elektronicznie przesłanego skanu odwołania, lecz wystąpiły przeszkody w jego doręczeniu na serwer Zamawiającego z uwagi na to, iż program antyspamowy używany przez Zamawiającego wiadomość tę potraktował jako spam. Nie jest to sporne pomiędzy stronami.

Jak wynika z pisma WASKO S.A. tj. podmiotu świadczącego stałe usługi wsparcia IT dla pełnomocnika Odwołującego, który dokonywał wysłania kopii odwołania, skuteczne dostarczenie przesyłki elektronicznej możliwe jest w przypadku sprawnie działających i poprawnie oraz świadomie skonfigurowanych obu systemów pocztowych u nadawcy i odbiorcy korespondencji. W przypadku czasowych błędów (takich jak filtrowanie „greylisting”, „blacklist”, itp.) przesyłka dociera do skrzynki adresata, lecz z opóźnieniem lub może nie być w ogóle dostarczona. Jeżeli administrator serwera, na który docierają e-maile'e dla domeny mpri.pl zdecydował się używać danej „blacklist'y”, na której w momencie próby dostarczenia wiadomości e-mail z serwera pocztowego Google znajdował się dany serwer pocztowy Google, a z którego wysyłane są wiadomości z domeny kzp.net.pl na podstawie umowy wiążącej Kancelarię z Google na świadczenie usług pocztowych, to dodając dana „blacklist” do konfiguracji serwera pocztowego mpri.pl, uniemożliwił dotarcie na ten serwer korespondencji wysyłanej z adresów IP znajdujących się na tej liście, przy czym to systemy Google dobierają adres IT serwera pocztowego dla użytkownika, na co ten nie ma wpływu.

W związku z powyższym z uwagi na to, iż Odwołujący pomimo zastosowania się do wymogów SIWZ i przesłania odwołania drogą elektroniczną doznał niezależnych od siebie przeszkód, związanych z ustanowieniem dla serwera Zamawiającego zapory antyspamowej, skutkiem czego nie nastąpiło dostarczenie jego odwołania na serwer Zamawiającego, Izba uznała, iż w okolicznościach analizowanej sprawy, odrzucenie odwołania, jest nieuzasadnione.

Z uwagi na brak po stronie Zamawiającego możliwości zapoznania się z jego treścią oraz zawiadomienia o wniesionym odwołaniu wykonawców i wezwania do przystąpienia, Izba postanowiła m.in. zobowiązać Odwołującego do ponownego przesłania odwołania i przekazania Izbie dowodu jego doręczenia Zamawiającemu. Odwołujący zastosował się do ww. zobowiązania, Zamawiający przekazał kopię odwołania i wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 28 października 2019 r. wykonawca Budimex S.A. zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Na posiedzeniu w dniu 7 listopada 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując na uwzględnienie odwołania w odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2 odwołania oraz sformułowanego w uzasadnieniu odwołania żądania zmiany terminu składania ofert. Zamawiający wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów sformułowanych w pkt 3 i 4 odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż zarzuty zawarte w odwołaniu

mają wyłącznie na celu stworzenie bardziej dogodnych warunków realizacji zamówienia, co uniemożliwia ich uwzględnienie.

Zamawiający zaznaczył, iż oczekuje, aby menager BIM wykazał się najbardziej aktualną wiedzą praktyczną odnośnie najlepszych praktyk pracy z wykorzystaniem technologii BIM. Narzędzia BIM na przestrzeni ostatnich 5 lat znacząco się rozwinęły, a Zamawiający w kryterium jakościowym ma prawo do dodatkowego punktowania jak najbardziej aktualnej wiedzy, która następnie będzie wykorzystana etapie realizacji projektu. Z każdą nową wersją oprogramowania, dystrybutor rozwiązań BIM udoskonala swoje programy, poprzez dodawanie nowych funkcji oraz ulepsza i rozwija już istniejące. Na rynku pojawiają się z każdym rokiem nowe rozwiązania, m.in. rozwiązania chmurowe, które znacznie usprawniają procesy BIM. Świadomość wśród inwestorów odnośnie wymagań dotyczących modeli BIM od około 3 lat znacznie wzrasta, czego dowodem są coraz bardziej szczegółowe wymagania w zakresie BIM pojawiające się w zamówieniach publicznych. We wcześniejszym okresie pojawiała się jedynie informacja, że projekt ma powstać w technologii BIM bez podania jakichkolwiek dodatkowych wymagań czy parametrów dotyczących modeli BIM. Tym samym doświadczenia nabyte sprzed ponad niż 5 lat nie będą adekwatne do obecnego stanu rozwiązań technologicznych.

Zamawiający nie jest zobowiązany zapewnić każdemu potencjalnemu wykonawcy możliwości uzyskania jak największej liczby punktów w kryteriach pozacenowych. Zamawiający może zatem promować wykonawców, którzy do realizacji zamówienia posługiwać się będą kadrą posiadającą znajomość najbardziej nowoczesnych, aktualnych rozwiązań. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca będzie zobligowany do modelowania BIM wykorzystywanego podczas realizacji zamówienia oraz na późniejszym etapie zarządzania obiektem. Z kolei zadaniem managera BIM będzie koordynacja i nadzór, aby model BIM powstawał zgodnie z wymaganymi standardami. Oczywistym jest zatem, że im bardziej aktualna wiedza i doświadczenie w zaawansowanych i obecnie wykorzystywanych rozwiązaniach BIM, tym większa gwarancja wysokiej jakości otrzymanego rozwiązania.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że zakres możliwego do wykorzystania doświadczenia został określony szeroko przedmiotowo, bez ograniczenia dla określonych kategorii budynków. Wystarczające jest, aby osoba wskazana na stanowisko managera BIM posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji managera BIM lub BIM koordynatora na projekcie trwającym przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy, na którym opracowano model architektury i konstrukcji i instalacji branż sanitarnych (wentylacji mechanicznej, centralnego ogrzewania i wodno-kanalizacyjnej). Zamawiający nie ogranicza także możliwości dysponowania managerem BIM do obszaru Polski.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że pozyskanie managera BIM posiadającego doświadczenie w projektach z ostatnich 5 lat jest niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, podobnie jak nie wykazał, że doświadczenie osoby uzyskane np. w całości w okresie przekraczającym 5 lat pozostaje adekwatne do obowiązujących standardów technologicznych i zapewnia Zamawiającemu dostępność do kadry o wiedzy i doświadczeniu dostosowanych do aktualnego poziomu zaawansowania rozwiązań informatycznych. Celem Zamawiającego jest pozyskanie kadry posiadającej doświadczenie w praktycznym wykorzystaniu aktualnych rozwiązań. BIM opiera się na rozwiązaniach informatycznych, których dynamika rozwoju, a zarazem i tempo starzenia nabywanego doświadczenia, jest ogromne, stąd ograniczenie do 5 lat jest zasadne.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego wymagań dotyczących kierownika budowy, kierownika robót w branży sanitarnej oraz kierownika robót elektrycznych, Zamawiający podał m.in., że zgodnie z ustawą Pzp jest uprawniony do wskazania jako warunku udziału w postępowaniu wymagań dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w tym odnoszących się do kwalifikacji zawodowych kadry. W postępowaniach dotyczących robót budowlanych wymagania dotyczące dysponowania kierownikiem budowy oraz kierownikami branżowymi robót o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia jest standardem. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, którego naruszenie zarzuca Zamawiającemu Odwołujący, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z orzecznictwem KIO: „Pojęcie proporcjonalności nie posiada definicji ustawowej, jednak jego rozumienie zostało szeroko wyjaśnione w orzecznictwie. W orzecznictwie TSUE określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu pojęcie proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Na takie rozumienie zasady proporcjonalności zwracał uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) Trybunał orzekł, że naruszeniem Traktatu

jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zamawiający jest zatem zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Przeniesienie tych dyrektyw na zasady rządzące postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzi do przekonania, że obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie związku dokonanego opisu warunku udziału w postępowaniu z wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Natomiast od odwołującego należy oczekiwać nie tylko dowodów na nadmierność wymagań zamawiającego, ale przede wszystkim wykazania, że jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. W przypadku sporu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu onus probandi nie zostaje w całości przeniesiony na zamawiającego, lecz zgodnie z podstawową regułą wynikającą z art. 190ust. 1 Pzp w związku z art. 6 k.c. w przeważającej części spoczywa na odwołującym się wykonawcy." (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2019 r. KIO 916/19). Odwołujący nie dowiódł, aby w niniejszej sprawie wymagane dysponowanie kierownikiem budowy mającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej 1 zadaniu, polegającym na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu wg PKOB należącym do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) o wartości inwestycji brutto co najmniej 50 000 000 PLN naruszało zasady proporcjonalności lub miało charakter dyskryminacyjny.

Zamawiający podkreślił, że zakwestionowany w odwołaniu warunek dotyczący kierownika budowy jest skorelowany z warunkiem kwalifikacji zawodowych Wykonawcy (doświadczenia) zarówno pod względem przedmiotu, jak i wartości robót. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, za oczywiście uzasadnione należy uznać stawianie wymogu, aby osoba, która ma pełnić funkcję kierownika budowy posiadała doświadczenie w pełnieniu takiej funkcji przy podobnych do objętych przedmiotem zamówienia robotach budowlanych. Odwołujący nie kwestionuje zasadności wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert dwóch takich zadań budowlanych, bezzasadnie kontestuje natomiast wymagane dysponowanie kierownikiem budowy, który kierował jednymi robotami budowlanymi tego typu. Zamawiający nie ograniczył możliwości wykazania doświadczenia kierownika budowy do 5 lat, jak w warunku dotyczącym doświadczenia wykonawcy. Odwołujący może zatem wykazać się dysponowaniem kierownikiem budowy kierującym

robotami na którymkolwiek z tych dwóch zadań, jak i dowolnym innym zgodnym pod względem przedmiotu i wartości. Bezzasadny jest zatem zarzut, że tak określony warunek jest nieadekwatny i nieproporcjonalny. Nie sposób bowiem znaleźć racjonalnego uzasadnienia, dlaczego doświadczenie z Części II pkt 3.1. SIWZ Odwołujący uznaje za proporcjonalne i adekwatne, natomiast za nieproporcjonalne i nadmierne Odwołujący uznaje wymaganie dotyczące pełnienia funkcji kierownika budowy na jednym analogicznym do wymaganego w pkt 3.1. przedmiotowo zadaniu, i to bez czasowego ograniczenia. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący przyznaje zasadność punktowania tego samego rodzaju doświadczenia w pozacenowym kryterium oceny ofert w zakresie przekraczającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu (str. 12 odwołania), kwestionując wyłącznie ograniczenie czasowe do 10 lat (obecnie nieobowiązujące). Tym samym przyznaje, że potwierdza ono we właściwy sposób kompetencję kierownika budowy.

W ocenie Zamawiającego celem Odwołującego jest wyłącznie doprowadzenie do tego, aby treść warunku udziału w Postępowaniu została dopasowana do doświadczenia posiadanego przez Odwołującego potencjału kadrowego tak, aby nie musiał poszukiwać i pozyskiwać innej kadry niż ta, którą obecnie dysponuje. Powyższe nie świadczy jednak o zarzucanych naruszeniach ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że zadania polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów wg PKOB należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) o wartości inwestycji brutto co najmniej 50 000 000 PLN nie są ewenementami na rynku polskim. Dotyczy to zarówno zamówień publicznych jak i prywatnych, które nie zostały wyłączone przez Zamawiającego. Wedle wiedzy Zamawiającego w okresie ostatnich 10 lat zamówień dotyczących robót budowlanych zgodnych z wymaganiem Zamawiającego było kilkadziesiąt, a osoba kierownika budowy jest obligatoryjna na każdym z takich zadań. Dotyczy to tylko rynku polskiego, a zamówienie nie jest do tego rynku ograniczone. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest niezwykle złożone zadanie modernizacji i rozbudowy funkcjonującego szpitala, podzielone na kilka etapów, nie można więc uznać za nieproporcjonalne czy nadmiernie wygórowane wymagania, aby kierownik budowy posiadał doświadczenie przy budowie, przebudowie lub rozbudowie o podobnym charakterze tj. dotyczące budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej. Efektem wykonanych robót budowlanych prowadzonych dodatkowo w warunkach funkcjonującego szpitala będą m.in. nowe oddziały szpitala w tym Blok Operacyjny. Kierownik budowy odpowiada za całą budowę i jej koordynację. Należy pamiętać, iż do podstawowych obowiązków kierownika budowy należą m.in. kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy, koordynowanie realizacji zadań zapobiegających

zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia: a) przy opracowywaniu technicznych lub organizacyjnych założeń planowanych robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów, które mają być prowadzone jednocześnie lub kolejno, b) przy planowaniu czasu wymaganego do zakończenia robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów; c) koordynowanie działań zapewniających przestrzeganie podczas wykonywania robót budowlanych zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zawartych w przepisach, o których mowa w art. 21a plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ust. 3, oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia co jest szczególnie ważne przy prowadzeniu budowy, gdzie mamy do czynienia z funkcjonującym szpitalem. Zamawiający przywołał wyrok KIO z 30 kwietnia 2018 r. KIO 724/18 KIO 737/18 i podał, iż kierownik budowy szkoły, biblioteki, centrum handlowego lub hali targowej (a wszystko są to budynki użyteczności publicznej) nie posiada żadnego doświadczenia w prowadzeniu, organizacji i koordynacji tak skomplikowanej budowy jak szpital i nie daje analogicznego poziomu rękojmi należytego wykonania zamówienia. Z uwagi na wyjątkową złożoność takiego obiektu i konieczność zgrania wielu zagadnień i frontów robót w obrębie jednej budowy, co nie ma miejsca w obrębie innych obiektów, wymaganie Zamawiającego jest adekwatne i proporcjonalne. Powyżej przedstawiona argumentacja dotyczy na równi zarzutów i żądań dotyczących kierowników branżowych: kierownika robót z branży sanitarnej oraz kierownika robót elektrycznych, ponieważ w ich przypadku Odwołujący także domaga się dopuszczenia doświadczenia w realizacji zadania dotyczącego budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej.

Następnie Zamawiający odnosząc się do kierownika robót z branży sanitarnej podał, iż dla profesjonalisty nie powinno budzić wątpliwości, że obiekt typu szpital lub zakład opieki zdrowotnej charakteryzuje się szczególną specyfiką w zakresie instalacji sanitarnych obejmujących instalacje niespotykane w innych budynkach m.in. instalacje gazów medycznych, systemy wentylacji, klimatyzacji. Z uwagi na konieczność starannego i precyzyjnego wykonania instalacji mających kluczowe znaczenie w funkcjonowaniu równoczesnym 10 sal operacyjnych, takie instalacje jak wentylacja i klimatyzacja, dostosowane projektowo do najnowszych wytycznych obowiązujących dla tego typu jednostek wymagają minimalnego adekwatnego doświadczenia zawodowego. Instalacja wentylacji i klimatyzacji w budynkach szpitalnych znacząco różni się w tej w budynkach użyteczności publicznej. Osoba kierująca pracami musi wykazać się znajomością takiego systemu i automatyki z tym związanej, gdyż najmniejsze odstępstwo lub niestaranne wykonanie spowoduje duże utrudnienia eksploatacyjne wywołujące błędne wskazania pracy urządzeń. W zaprojektowanym układzie jest kilkadziesiąt potężnych central wentylacyjnych i agregatów chłodniczych. Równie ważne jest doświadczenie osoby kierującej pracami instalacyjnymi w branży sanitarnej odnośnie instalacji gazów medycznych. Jest to instalacja o dużej

różnorodności czynnika i od staranności jej wykonania zależy bezpieczeństwo obiektu oraz przede wszystkim życie i zdrowie pacjentów.

W odniesieniu do kierownika robót elektrycznych, Zamawiający podał, iż instalacje w budynkach takich jak szpital znacznie odbiegają od specyfiki instalacji właściwych ogólnie budynkom użyteczności publicznej. Żądanie Odwołującego jest tym bardziej niezasadne, że dla kierownika robót elektrycznych Zamawiający pozwala wykazać się jednym zadaniem oraz jego wartość także została ustalona na poziomie 20 min zł brutto. Tak jak w przypadku pozostałej kadry przedmiotowy opis wymagania referuje do wymagań postawionych Wykonawcy, których Odwołujący nie kwestionuje. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby posłużył się tym samym doświadczeniem w odniesieniu do kierownika robót elektrycznych.

Zamawiający przywołał stanowisko przystępującego Budimex S.A., który w swoim wycofanym odwołaniu KIO 2022/19, podał, iż cechą charakterystyczną inwestycji szpitalnych jest konieczność wykonania wielu prac instalacyjnych, których złożoność, specyfika i stopień skomplikowania jest nieporównywalny do tych w typowym budynku kubaturowym, jakimi są budynki użyteczności publicznej. Inwestycje szpitalne wymagają bowiem rozwiązań instalacyjnych o ściśle określonych charakterystykach i rygorze wykonania, a które stanowią znaczny udział rzeczowy i finansowy przedsięwzięcia (Budimex S.A. wskazywał na instalacje w zakresie gazów medycznych, wentylacji, klimatyzacji gwarantujących dostęp do powietrza określonej klasy czystości oraz przywoływał przykład inwestycji szpitalnej, gdzie roboty instalacyjne stanowiły średnio 50% udział w ofertach). Budimex S.A. podkreślał, że budynki szpitalne charakteryzują się większym stopniem skomplikowania prac z zakresu instalacji sanitarnych i elektrycznych. Wskazywał przy tym na konieczność posiadania odpowiednich umiejętności i doświadczenia przez kierowników branżowych odpowiedzialnych za instalacje, ponieważ stopień skomplikowania tych prac jest charakterystyczny dla inwestycji szpitalnych i są one tym, co zdecydowanie odróżnia budynki użyteczności publicznej od budynków z klasy PKOB 2164.

Zamawiający zauważył, że inny profesjonalny wykonawca, który realizował inwestycje szpitalne przyznał, że nie można mówić o adekwatnym doświadczeniu kierownika robót sanitarnych oraz elektrycznych nabytym przy realizacji zadań dotyczących budowy, rozbudowy lub przebudowy budynków z ogólnej kategorii budynków użyteczności publicznej. Co więcej, przystępujący Budimex S.A. podkreślał, że rola kierowników branżowych, w tym szczególnie kierownika w branży instalacji sanitarnych odpowiedzialnego za ten zakres robót jest szczególnie istotna. Tym bardziej uzasadnienie znajduje także wymaganie, aby kierownik robót instalacyjnych w branży sanitarnej posiadał doświadczenie nabyte na dwóch zadaniach. Choć powyższa argumentacja Budimex S.A. była podnoszona w celu bezzasadnego deprecjonowania roli kierownika budowy, to nie zmienia to faktu, że wyraża merytoryczną

ocenę podmiotu trudniącego się profesjonalnie robotami budowlanymi w obszarze inwestycji szpitalnych o dużej roli kierowników robót w branży instalacji sanitarnych i robót elektrycznych dla powodzenia inwestycji. Odwołujący pomija w swoim wywodzie także to, że w treści warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierowników robót branżowych wartość zadania jest niższa niż w przypadku warunku dotyczącego doświadczenia samego wykonawcy oraz kierownika budowy, co poszerza zakres zamówień, jakie mogą być wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Nie ma także ograniczenia czasowego dla wykazanego doświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego całkowicie nieuzasadnione jest żądanie Odwołującego, aby w odniesieniu do kierowników branżowych wykazywali się doświadczeniem jako kierownik budowy. Jest to żądanie nieadekwatne, ponieważ ich rola podczas realizacji zamówienia dotyczy nadzorowania określonego zakresu robót instalacyjnych, stąd adekwatnym jest doświadczenie pozyskane na takim stanowisku. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swojego żądania.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie twierdzi, że nie jest w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy oraz kierownikami robót, jak również, że inne podmioty funkcjonujące na rynku nie są w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego, celem Odwołującego jest wyłącznie dopasowanie wymagań Zamawiającego do własnych oczekiwań. Nawet jeżeli Odwołujący wcześniej nie realizował podobnych przedmiotowo zamówień, to nie nakłada to na Zamawiającego obowiązku dostosowania się do aktualnych możliwości Odwołującego, ani nie zdejmuje z Odwołującego, który chciałby złożyć ofertę, obowiązku poszukiwania osób, które spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust.1a ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru samodzielnego, lecz zawsze musi być powiązane z innymi przepisami ustawy Pzp, na co wskazuje także treść zarzutu odwołania. Skoro bowiem bezzasadne są twierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Zamawiającego i Odwołujących, do których ustosunkowanie następuje poniżej.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania oraz dowodami złożonymi przez strony, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący STRABAG i Odwołujący MIRBUD wykazali swoje uprawnienie do wniesienia odwołania, wykazali, że są zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia, zaś kwestionowane przez nich postanowienia SIWZ to uniemożliwiają lub utrudniają, co pozbawia ich możliwości uzyskania zamówienia i korzyści z tym związanych.

Izba stwierdziła, że Wykonawcy Budimex S.A., Warbud S.A. i Mirbud S.A. zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2017/19 oraz wykonawca Budimex S.A., zgłaszający do postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2027/19, wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stali się uczestnikami postępowania.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z realizacją inwestycji pn.: „Modernizacja i rozbudowa Szpitala Bielańskiego im. ks. J. Popiełuszki, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej”. Realizacja przedmiotu umowy zostanie podzielona na następujące etapy:

etap 1 - budowa nowego skrzydła szpitala wraz z infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu

- etap ten dotyczył będzie rozbudowy istniejącego budynku, tak by nie ingerować w funkcjonowanie istniejącej części szpitala. W ten sposób w pierwszej kolejności powstaną 4 kondygnacje, w których znajdować się będą nowo projektowane oddziały szpitalne: Psychiatria, Oddział Łóżkowy i Zakład Rehabilitacji, Sterylizacja, Laboratoria, Serologia, O.I.T., POOP i Blok Operacyjny, oraz łącznik z dwoma dźwigami łóżkowo-logistycznymi, dwoma dźwigami dla osób odwiedzających i pacjentów ambulatoryjnych, które rozwiążą komunikację pionową nowego budynku. Powstanie również kondygnacja pomieszczeń technicznych. W trakcie końcowej fazy tego etapu (wykończenia wewnętrzne) wykonane zostaną również wszystkie prace związane z zagospodarowaniem terenu wokół obiektu, z wyjątkiem tych powierzchni, które będą niezbędne do dalszych etapów prac (dostęp do przebudowy budynku D) lub mogłyby doznać degradacji podczas ich trwania (droga pożarowa);

etap 2 - wykonanie prac budowlanych związanych z połączeniem nowego skrzydła szpitala z budynkiem istniejącym - prace mające na celu połączenie nowego skrzydła budynku z budynkami istniejącymi, pozwolą na funkcjonalne połączenie z resztą szpitala. Polegać

będą na wybiciu otworów w elewacji budynku D w miejscach ciągów komunikacyjnych i zabezpieczeniu przedłużenia tych ciągów w budynku istniejącym. Uruchomione w nowym skrzydle szpitala oddziały, pozwolą na dokonanie przebudowy budynku D w etapie 3. Powierzchnie i drogi wyłączone z realizacji w etapie 1;

etap 3 - przebudowa budynków istniejących - po zwolnieniu powierzchni po oddziałach (m.in.: Psychiatrii, Bloku Operacyjnego, Laboratorium, Zakładu Rehabilitacji i Sterylizacji itp.), przeniesionych do rozbudowanej części szpitala, możliwe będzie rozpoczęcie trzeciego etapu — przebudowy budynków istniejących. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do stworzenia modelu BIM na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji 2D, wygenerowania dokumentacji 2D na podstawie opracowanych modeli BIM, sprawdzenia poprawności dokumentacji 2D dostarczonej przez Zamawiającego względem dokumentacji 2D wygenerowanej na podstawie modeli BIM, przeprowadzenia koordynacji międzybranżowej na wielobranżowym modelu BIM, komunikacji Wykonawcy z Zamawiającym na podstawie modeli BIM, przekazanie praw własności do modeli BIM opracowanych w trakcie realizacji inwestycji, dostarczenia Zamawiającemu platformy FM, która umożliwi zarządzanie obiektem budowlanym przy pomocy opracowanych przez Wykonawcę modeli BIM.

Odnośne postanowienia SIWZ, które są kwestionowane przez Odwołujących zostały przywołane powyżej, przy przedstawianiu zarzutów i żądań zaprezentowanych w odwołaniach, jak również obszernie zostały powyżej przedstawione stanowiska Zamawiającego w każdej ze spraw. W związku z tym nie istnieje potrzeba ich przedstawiania w tym miejscu.

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 2017/19

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Na wstępie, zauważenia wymaga, iż odwołanie dotyczy postanowień wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp, a także z przepisami Kodeksu cywilnego, które to przepisy znajdują zastosowanie, stosownie do art. 139 ustawy Pzp, który stanowi, iż *do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepis Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, w okolicznościach sprawy.*

Ad. Zarzut 1

Należy przyznać rację Odwołującemu, który zarzuca Zamawiającemu, iż we wskazanych w odwołaniu postanowieniach wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ znajdują się postanowienia wskazujące na naruszenie przepisów ustawy, w tym art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty* oraz art. 7 ust. 1, który stanowi, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości* oraz wskazanych w odwołaniu przepisów Kodeksu cywilnego. Rolą Zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W tym zakresie istotne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane w formule „buduj” szczególne znaczenie ma w tym zakresie dokumentacja projektowa przekazywana przez zamawiającego wykonawcy. Zgodnie, bowiem z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych*. Skoro to nie wykonawca jest autorem tej dokumentacji, to należy zgodzić się, ze stanowiskiem Odwołującego, że spoczywa na nim obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z teren budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości, jednakże chodzi w takim przypadku o takie kwestie, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności. Nie oznacza to obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia wszelkich błędów lub też badania terenu budowy w sposób wykraczający poza obowiązek wykonawcy robót. W związku z tym wykonawca robót budowlanych nie powinien być obciążany odpowiedzialnością za wszelkie ryzyka związane z ewentualnymi błędami, brakami dokumentacji technicznej lub terenu, lecz jedynie za takie, jakie które jako profesjonalista jest w stanie wykryć przy zachowaniu należytej staranności.

W ocenie Izby próba obciążenia wykonawcy ryzykiem za wszelkie ww. okoliczności wskazuje na to, że Zamawiający liczy się z tym, że przekazywana przez niego dokumentacja projektowa jest dotknięta wadami, jakich stosownie do art. 651 k.c. wykonawca nie ma obowiązku się doszukiwać i pod ich kątem analizować tej dokumentacji i dlatego wyraźnie wprowadził do umowy zapisy wskazujące na rozszerzoną, w stosunku do tej jaka wynika z przepisów k.c., odpowiedzialność wykonawcy, chcąc tym samym uchylić się od odpowiedzialności. Takie działanie nie może być akceptowane.

Zgodnie z art. 651 k.c. *jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli*

*zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, iż wykonawca jest zobowiązany do oceny dokumentacji projektowej, jednakże czym innym jest sprawdzenie dokumentacji pod kątem wad, które mogą skutkować niemożliwością wykonania robót budowlanych na jej podstawie, bądź wykonania, ale wadliwie, np. budynek nie będzie spełniał norm budowlanych, czy wykonanie robót budowlanych zgodnie z projektem wymagałoby postępowania sprzecznego z zasadami sztuki budowlanej (podobnie w odniesieniu do zbadania terenu) i w razie stwierdzenia takich okoliczności, wywiązanie się z obowiązku powiadomienia o tym inwestora, a czym innym jest, jak oczekuje Zamawiający, przejęcie na siebie w całości *ryzyka wszelkich niedokładności, błędów lub innych wad dokumentacji technicznej, w tym projektowej* (§ 2 ust. 4 wzoru umowy), także takich, których jako profesjonalista nie mógł wykryć.*

Wbrew sugestiom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie z ww. przepisu nie wynika, że wykonawca, który ma wykonywać roboty w formule „buduj” ma obowiązek zatrudniać architektów i weryfikować przed złożeniem oferty każdy element projektu, lecz wskazuje, że wykonawca takich robót musi umieć odczytać projekt i go przeanalizować, pod kątem czy roboty budowlane można przeprowadzić zgodnie z nm. Wbrew temu, co wynika, ze stanowiska Zamawiającego przepis ten nie stanowi podstawy do formułowania nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy za projekt budowlany. Zamawiający w swoim stanowisku łączy kwestionowane postanowienia umowy z ceną ryczałtową zastosowaną we wzorze umowy. Jednakże zauważenia wymaga, iż zastosowanie w postępowaniu ceny ryczałtowej nie polega na tym, iż zwalnia to Zamawiającego z opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy na równych zasadach, mogli wycenić te same ryzyka i właściwie skalkulować cenę oferty, a w konsekwencji złożyć oferty, które będą porównywalne. Zamawiający przyznaje, że nałożył na Wykonawcę ryzyka kontraktowe związane ze sprawdzeniem dokumentacji oraz terenu budowy, a ryzyko wynikające ze stwierdzonych ewentualnych uchybień Wykonawca winien wkalkulować w ofertę, zaś poziom tych ryzyk zależy od stopnia wnikliwości i staranności, zatem wykonawca ponosi odpowiedzialność za konsekwencje własnych działań i zaniechań. Taka regulacja mieści się, zdaniem Zamawiającego, w konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego.

Tymczasem, w ocenie Izby, obciążenie ryzykiem wykonawców wynikającym z wszelkich niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, także takich, jakie nie są możliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przed złożeniem oferty, wskazuje na ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących nie tylko niezbędnymi siłami do wykonania robót budowlanych, ale także personelem (pracownią architektoniczną), który wykonuje usługi projektowe i jest w stanie przed złożeniem

oferty wykryć wszelkie ww. ewentualne wady dokumentacji budowlanej i wszelkie ryzyka z tym związane uwzględnić w cenie oferty. Może się to przekładać na pozyskanie ograniczonej liczby ofert i podwyższeniem cen, jak również z otrzymaniem nieporównywalnych ofert.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, który w odniesieniu do tego zarzutu stwierdza, iż skarżone postanowienia mają charakter typowy dla umów o roboty budowlane oraz, że chronią one Zamawiającego przed nieprzewidywalnym wzrostem kosztów zamówienia oraz nieporównywalnością ofert. W ocenie Izby wbrew stanowisku Zamawiającego, jakkolwiek mogą one chronić Zamawiającego przed wzrostem kosztów na etapie już po wyborze najkorzystniejszej oferty, to jednak wiąże się to z ryzykiem złożenia nieporównywalnych i droższych ofert. Jak wyżej zaznaczono przepisy ustawy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane m.in. za pomocą dokumentacji projektowej. Zamawiający winien zadbać o to, aby przekazywana przez niego wykonawcy dokumentacja była prawidłowa, a obiekt wybudowany z jej wykorzystaniem odpowiadał jego potrzebom, a nie przekładać w tym zakresie obowiązków na wykonawcę robót.

Z tych względów w ocenie Izby dokonanie zgodnie z żądaniem Odwołującego zmian § 2 ust 4 i 5 oraz § 5 ust. 6 wzoru umowy należy uznać za uzasadnione.

Ad. Zarzuty 2,3 i 4

Stosownie do 647 k.c. *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.* Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej

ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego.

Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów, w tym przypadku do prowadzenia działalności leczniczej. W sytuacji, gdy obiekt taki zostanie wybudowany, winien być odebrany od wykonawcy przez zamawiającego. Należy mieć na uwadze okoliczności związane z odbiorem i to, że o kwalifikacji poszczególnych wad do istotnych bądź nieistotnych decyduje zamawiający, zatem, jeżeli uzna, że chodzi o istotne wady nadające się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że *w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.*

Jak zauważył Zamawiający, celem umowy jest wybudowanie obiektu, w którym ma być prowadzona działalność lecznicza, zatem zamiarem stron jest doprowadzenie do wybudowania takiego obiektu. Przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym sporządzając projekt umowy, jaka będzie obowiązywała przy jego realizacji, Zamawiający winien mieć na uwadze m.in. takie ustalenie reguł postępowania, które zapewni zachowanie uczciwej konkurencji i pozwoli mu na pozyskanie korzystnych ekonomicznie ofert, złożonych przez wykonawców działających w zaufaniu, iż zaoferowana

przez nich cena pozwoli na zrealizowanie zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego z zabezpieczeniem dla nich zysku.

W ocenie Izby ponoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż ostatnia część zapłaty stanowi kwota odpowiadająca tylko 10% wynagrodzenia, w sytuacji, gdy chodzi o dużej wartości zamówienie, które miałyby być wykonane w całości, a ewentualne nieistotne wady mogłyby być znikomej wartości i być bez znaczenia dla celu przedsięwzięcia, nie stanowi przekonującej argumentacji, przemawiającej za wstrzymaniem wystawienia przez wykonawcę faktury końcowej do czasu ich usunięcia. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż może to być uznawane, za nieznaną ustawie Pzp dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Ponadto, zauważenia wymaga, iż takie przesunięcie w czasie wystawienia faktury końcowej, a w efekcie, jej zapłaty, mogłoby być wkalkulowywane przez wykonawców w cenę oferty z uwzględnieniem np. wartości pieniądza w czasie, co mogłoby się przełożyć na pozyskanie ofert mniej korzystnych ekonomicznie dla Zamawiającego.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że oceniając dopuszczalność określonej treści umowy, w szczególności w kontekście zasady swobody umów, należy mieć na względzie specyfikę danego zamówienia i ochronę interesu publicznego oraz wydatkowanych środków. Jednakże nie może w tym zakresie ująć uwagę treść przepisu art. 353¹ określającego zasadę swobody umów i jej ograniczenia, zgodnie z którym *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*.

Skoro celem zawarcia umowy o roboty budowlane jest wybudowanie określonego w projekcie technicznym budynku, co wiąże się z obowiązkiem Wykonawcy do jego należytego wykonania, z którym związany jest obowiązek Zamawiającego jego odbioru i zapłaty wynagrodzenia, to uznanie, iż taki formalny odbiór będzie mógł mieć miejsce po usunięciu nawet najdrobniejszych usterek, w żaden sposób niewpływających na możliwość z niego korzystania i przesuwania w czasie spisania protokołu końcowego, także np. w sytuacji gdy nastąpiło przejście budynku, zawiera się w ograniczeniach swobody umów, o których mowa w ww. przepisie. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż strony mogą mieć różne stanowisko co do istotności ewentualnych wad nie zmienia ww. oceny.

W ocenie Izby proponowana przez Odwołującego zmiana umowy nie powoduje ryzyka, że przedmiot umowy nie będzie spełniał swoich funkcji w pełnym zakresie. Tym samym nie narusza interesu Zamawiającego, jako podmiotu wydatkującego środki publiczne, jak również nie narusza interesu wykonawcy, lecz jest wyrazem dostosowania postanowień umowy do przepisów kodeksu cywilnego, w tym art. 647 k.c., wskazującego na istotę umowy o roboty budowlane.

Konsekwencją ww. ustaleń jest ocena, iż wykonawca z datą odbioru końcowego dokonanego po wykonaniu przedmiotu umowy, winien być uprawniony do wystawienia faktury końcowej i powinien rozpocząć swój bieg termin okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości.

Ad. Zarzut 5

Izba podziela również stanowisko Odwoływającego, iż przewidziane w § 10 ust. 1 lit a), b), c), d), e), f), g), h) wzoru umowy kary umowne za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych pozostają w sprzeczności z art. 473 § 1 kc, zgodnie z którym odstępstwo od ogólnych reguł odpowiedzialności wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej. Takich okoliczności wzór umowy nie zawiera. Wprowadzona przez Zamawiającego w dniu 6 listopada 2019 r. jego zmiana, nie stanowi uwzględnienia zarzutu i związanego z nim żądania i nie wprowadza zmiany ww. postanowień umowy, nie precyzuje tych okoliczności. W ślad za Odwoływającym wskazania w tym zakresie wymaga wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 listopada 2017 r, V CSK 28/17, zgodnie z którym: *W ujęciu art. 483 i 484 KC kara umowna stanowi ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC), tj. gdy - jeżeli strony co innego nie zastrzegły ani co innego nie przewiduje szczególny przepis ustawy - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 KC), czyli z jego winy w postaci, co najmniej, niedbalstwa; a jeżeli strony w umowie rozszerzyły odpowiedzialność dłużnika, obejmując nią ponadto niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu innych oznaczonych okoliczności (art. 473 KC), albo jeżeli rozszerzenie takie przewiduje szczególny przepis ustawy - gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika również z tych szerzej ujętych okoliczności - w czym przejawia się, w takich przypadkach, odpowiedzialność dłużnika na zasadzie ryzyka, a nie można wykluczyć, iż wyjątkowo nawet absolutna. Strony zastrzegając na podstawie art. 473 § 1 KC odpowiedzialność dłużnika przez oderwanie jej od zasady winy muszą jednak w umowie ściśle określić mające uzasadniać odpowiedzialność dłużnika okoliczności, niemieszczące się w granicach wyznaczonych przez art. 472 KC.*

Zgodzić się również należy z Odwoływającym, że Zamawiający nie wykazał, z jakich przyczyn w niniejszym postępowaniu konieczne jest obciążenie wykonawcy ryzykiem wystąpienia niezależnych od niego okoliczności, które mają skutkować obciążeniem go karami umownymi,

np. gdy do niewykonania zobowiązania dojdzie z przyczyn dotyczących osób trzecich, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący rażącego wygórowania wysokości kar umownych zastrzeżonych w § 10 ust. 1 lit. k), l), m) wzoru umowy związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców.

Stosownie do przepisu art. 143d ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp umowa o roboty budowlane zawiera postanowienia dotyczące m.in.: *obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian; obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian; wysokości kar umownych, z tytułu: a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.*

Z powyższego wynika obowiązek określenia w umowie o roboty budowlane kar umownych z określonych w tym przepisie tytułów. Ustalenie wysokości tych kar należy do zamawiającego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż wysokość kar musi spełniać cel ich ustanawiania. W tym przypadku przede wszystkim ma pełnić funkcje dyscyplinujące. Tym samym ich wysokość musi być ustalona na takim poziomie, aby skutecznie motywowała wykonawcę do wykonywania obowiązków, o których w nich mowa, a zatem nie może być zbyt niska, ponieważ nie będzie stanowiła wystarczającej motywacji do wypełniania obowiązków dotyczących zgłaszania i rozliczania podwykonawców. Wykonywanie tych obowiązków w ramach inwestycji, w których podwykonawcy realizują znaczny zakres prac, co może mieć miejsce w analizowanym postępowaniu, ma szczególne znaczenie.

Odwołujący nie wykazał, że zważywszy np. na wartość inwestycji i wysokość wynagrodzenia wykonawcy, jak również zakres przedmiotu zamówienia, jaki może być powierzony podwykonawcom, określenie wysokości kar umownych na żądanym przez niego poziomie 5 tys. zł będzie adekwatne do wagi naruszeń i spełni funkcję prewencyjną i dyscyplinującą, tj. że zapewni, że wykonawca będzie się wywiązywał z obowiązków nie chcąc dopuścić do ich naliczenia. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby ww. kary umowne w wysokości 50 tys. zł były rażąco wygórowane. To, iż, jak wynika z dowodów przedłożonych

przez Odwołującego, inni zamawiający w innych postępowaniach, zastrzegają kary z ww. tytułów na niższym poziomie, nie jest wystarczające, do stwierdzenia wystąpienia rażąco wygórowanej kary w analizowanym postępowaniu.

Tym samym nie zostało wykazane, aby poprzez ich zastrzeżenie zostały naruszone wskazane przepisy prawa. Wykonywanie obowiązków w zakresie zgłaszania podwykonawców zależy od staranności w działaniu wykonawcy i wywiązując się z nich, w prosty sposób może on spowodować (i taki jest ich cel), że kary te nie zostaną w ogóle naliczone. W ślad za Zamawiającym wymaga wskazania, *iż kary umowne pełnią nie tylko funkcję kompensacyjną, ponieważ mogą być naliczane niezależnie od powstania i wysokości szkody, ale także funkcję prewencyjną i dyscyplinującą, mają skutecznie skłaniać wykonawcę do prawidłowego wykonywania przedmiotu umowy. W warunkach kontraktu kara umowna pozostaje czasami jedynym środkiem dyscyplinującym i motywującym wykonawcę dłużnika do wykonywania zobowiązania zgodnie z treścią umowy* (tak KIO w wyrokach z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 113/13, 117/13).

W ocenie Izby nie zostało wykazane, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył ich cel, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego.

Niezależnie od zarzutów dotyczących kar umownych i żądań z nimi związanych, Odwołujący zażądał wprowadzenia w § 10 ust. 15 limitu kar umownych w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto. Jednakże nie zawarł w odwołaniu takiego zarzutu, jak również nie zawarł w tym zakresie żadnego uzasadnienia. Z tych względów powyższe żądanie nie podlegało rozpoznaniu Izby.

Ad. Zarzut 7 lit. b)

W ocenie Izby potwierdził się zarzut związany z nałożeniem na wykonawcę obowiązku uzyskania decyzji organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą.

W sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w formule „buduj”, a poza przedmiotem zamówienia jest znaczna część dostaw wyposażenia, które podlega kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej, nie mając decydującego wpływu na to w jakim terminie dostawy te będą realizowane, np. gdy nastąpi to w innym terminie niż termin wynikający z umowy lub też wystąpią nieprawidłowości w dostawach niebędących przedmiotem zamówienia, Wykonawca może nie mieć możliwości uzyskania pozytywnego

stanowiska, co w konsekwencji może skutkować odmową dokonania odbioru końcowego przez Zamawiającego.

Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż stosownie do § 6 ust. 2 lit. b) i c) wzoru Umowy Wykonawca zobowiązany jest do współpracy i prowadzenia (podczas wykonywania robót i usuwania ewentualnych wad) koordynacji prac ewentualnych dostawców wskazanych przez Zamawiającego, nie zmienia ww. oceny. Zgodnie z § 6 ust. 2 lit. c) *Koordynacja prac z dostawcami winna obejmować: uzgodnienie harmonogramu prac do wykonania ze wskazanymi dostawcami oraz udostępnienie popieszczeń w odpowiednim momencie (możliwe wykonanie prac w ramach dostawy), w których mają być wykonywane dostawy; udostępnienie dostawcom na zasadach ogólnych, odpłatnie, źródła energii oraz wody; uzgodnienie szczegółów dotyczących składowania przez dostawców materiałów i urządzeń w wyznaczonych przez Wykonawcę pomieszczeniach; uzgodnienie z dostawcami personelu, który będzie wykonywał dostawy, tras komunikacji oraz wszelkich innych szczegółów do wykonania dostawy. Stosownie do § 6 ust. 2 lit. c) wzoru umowy Zamawiający po podpisaniu Umowy przekaże Wykonawcy kompletną listę dostaw i urządzeń, które zaplanował zamontować w trakcie trwania robót.*

Powyższe wskazuje, że wykonawca nie ma wpływu na zakres i terminy dostaw realizowanych przez inne podmioty. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że zależy mu na koordynacji dostaw i nie zakłada ryzyka oraz poczyni w tym celu starania, aby organizując odrębne postępowanie na wyposażenie niezbędne do uzyskania wymaganych odbiorów Państwowej Inspekcji Sanitarnej wyeliminować wszelkie ryzyka w tym zakresie. Nie wpływa to na ocenę, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowne przenoszą na niego ryzyko związane z ewentualnym brakiem pozytywnej decyzji, o której mowa w SIWZ, podczas gdy może nie mieć wpływu na dostawy realizowane przez inne podmioty, a w konsekwencji na ewentualne stanowisko organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej.

Ponadto zauważenia wymaga, iż we wzorze umowy nałożony został na Wykonawcę obowiązek dostarczenia Zamawiającemu decyzji organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej o spełnieniu przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się w obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą oraz w zw. z ustawą z dnia 16 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, co wskazuje na potrzebę pozyskania decyzji administracyjnej, która miałaby być wydana przez ten organ. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie posługiwał się terminem decyzji. Na rozprawie Odwołujący podał, że decyzja taka nie jest wydawana, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, podając np. podstawę prawną takiej decyzji. Używana w

SIWZ terminologia wskazuje natomiast, że chodzi o pozyskanie przez wykonawcę decyzji administracyjnej. Skoro w rzeczywistości nie chodzi o taką decyzję, to na wykonawcę nie może być nałożony obowiązek jej pozyskania. Nadto, jak wyżej zaznaczono, wykonawca nie powinien być obciążany odpowiedzialnością za dostawy urządzeń na które nie ma wpływu, a które pozostają w związku z potwierdzeniem Państwowej Inspekcji Sanitarnej spełniania przez pomieszczenia i urządzenia znajdujące się w obiekcie wymagań fachowych i sanitarnych określonych w przywołanych przepisach prawa.

Wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy zgodnie z wymogami SIWZ, w tym przekazaną mu przez Zamawiającego dokumentacją projektową, z której powinien wynikać wymóg wybudowania obiektu w taki sposób, jak tego oczekuje Zamawiający, tj. w którym będzie mogła być bezpiecznie prowadzona działalność lecznicza. Kwestia celowości uzyskania pozytywnej oceny w tym zakresie ze strony organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej, wyrażonej w stosowanej przez ten organ formie, nie jest przedmiotem sporu. Przedmiotem sporu jest to, że skoro wykonawca nie jest jedynym podmiotem, który ma wpływ na to, jakie stanowisko zostanie zajęte przez ten organ, nie powinien być obciążany ryzykiem braku pozyskania takiego stanowiska i negatywnymi konsekwencjami, gdy np. na skutek opóźnień w dostawach realizowanych przez inne podmioty, nie będzie możliwe rozpoczęcie odbioru końcowego wykonanego przez niego zakresu robót.

Zauważenia przy tym wymaga, iż wymóg, aby Wykonawca przeprowadził trwający nieprzerwanie 72 godziny rozruch sprawdzający działanie instalacji w obiekcie, który to argument Zamawiający podnosi w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, nie jest objęty zarzutem odwołania i nie podlegał rozpoznaniu Izby. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby obowiązek ten został utrzymany w SIWZ przy odpowiedniej jej zmianie, wynikającej z uwzględnienia zarzutów odwołania i żądań do nich się odnoszących.

Sygn. akt KIO 2027/19

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania mające wpływ na wynik postępowania.

Ad. Zarzut 3 odwołania

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby w postępowaniu doszło do naruszenia wskazanych przepisów Pzp, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, aby poprzez wprowadzenie ograniczenia czasowego w postaci 5 ostatnich lat, z którego ma pochodzić doświadczenie menagera BIM, Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w tym organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.*

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że nie jest obiektywnie możliwe zdobycie doświadczenia na 4 zadaniach w okresie 5 lat. Ponadto nie zostało wykazane, że nie ma osób, które legitymują się takim doświadczeniem, nawet, jeśli technologia ta jest stosunkowo rzadko wykorzystywana. Według twierdzeń Odwołującego na rozprawie, w warunkach polskich znalazła ona zastosowanie w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA, w którym premiowana jest ta technologia oraz w postępowaniu MPO w Warszawie. Natomiast zdaniem Zamawiającego w Polsce jest więcej takich postępowań, technologia ta jest standardem przy inwestycjach realizowanych przez deweloperów, a ponadto od 2016 r. w Wielkiej Brytanii jest ona obowiązkowa, a tam wielu specjalistów zdobywa swoje doświadczenie. Według Odwołującego natomiast okoliczność, iż Zamawiający nie ogranicza doświadczenia do terenu Polski nie zmienia oceny w tym zakresie, bowiem ta technologia jest wykorzystywana w długotrwałych inwestycjach. Stanowiska żadnej ze stron nie zostało poparte dowodami. W związku z tym należy uznać za nieudowodnione, aby nie było osób, które dysponują wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Tym samym nie zostało wykazane, że postawiony wymóg jest nierealny. Nie zostało również wykazane przez Odwołującego, że wymóg ten jest, jak stwierdził na rozprawie, dyskryminacyjny. Odwołujący nie uzasadnił na czym jego zdaniem miałyby polegać podnoszona przez niego dyskryminacja. Zauważenia jednak wymaga, że jeśli jest tak jak twierdzi Odwołujący, chociaż tego nie udowadnia, że wymóg jest nierealny, to żaden z wykonawców nie otrzyma maksymalnej ilości punktów, a zatem nie występuje nierówne traktowanie wykonawców.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że skoro według Odwołującego rozwój technologii BIM to okres od 2004-2005, to w przypadku uwzględnienia żądania zlikwidowania ograniczenia okresu, z jakiego ma pochodzić doświadczenie menagera BIM, to doświadczenie miałyby być np. sprzed 10 lat. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby technologia z takiego okresu była porównywalna z obecnie stosowaną, a zatem, że chodzi o takie samo doświadczenie, a w konsekwencji o ten sam poziom kompetencji. Zauważenia przy tym wymaga, iż nie jest kwestionowane przez Odwołującego punktowanie doświadczenia tego specjalisty, lecz jedynie punktacja przyznawana za 4 zadania w okresie ostatnich 5 lat.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że nie ma uzasadnienia, aby dodatkowo punktować doświadczenie nieprzydatne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, w ramach którego wykonawca będzie zobowiązany do modelowania BIM wykorzystywanego podczas realizacji zamówienia, bowiem nie potwierdza ono zwiększonego poziomu kompetencji, które jest premiowane. Należy także zgodzić się z Zamawiającym, że nie musi on zapewnić maksymalnej liczby punktów dla każdego z wykonawców.

Powyższe wskazuje, iż zarzut nie potwierdził się.

Ad. Zarzut 4 odwołania

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

Art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej, a art. 22d ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający mógł postawić warunek dotyczący doświadczenia ww. kierowników. Spór dotyczy zawężenia ich doświadczenia do obiektów klasy 1264 oraz rozróżnienia wymogu, co do ilości zadań, tj. przyjęcia w przypadku kierownika robót sanitarnych 2 zadań, podczas gdy w odniesieniu do pozostałych kierowników - 1 zadania.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał uzasadnienie dla postawionych warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący natomiast nie wykazał zasadności stawianych zarzutów, nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego naruszenie kryterium proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz nie wykazał nadmierności wymagań w stosunku do potrzeb weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na adekwatnym poziomie zgodnym z przedmiotem, specyfiką oraz stopniem skomplikowania zamówienia. Nie zostało wykazane, aby warunek w tym zakresie nie był odpowiedni z uwagi na cel, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, pozostaje on w związku ze specyfiką zamówienia.

Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, aktualne zamówienie jest skomplikowane, dotyczy budowy skrzydła i łącznika z funkcjonującym

szpitalem. W wyniku wykonanych robót budowlanych, prowadzonych w warunkach funkcjonującego szpitala, powstaną m.in. nowe oddziały szpitala w tym Blok Operacyjny. W związku z tym za uzasadnione należy uznać oczekiwanie, aby wykonawca miał odpowiednie doświadczenie w budowie szpitala. Nie wystarczy bowiem doświadczenie zdobyte w budowie innych obiektów np. centrum handlowego czy przedszkola. Chodzi bowiem o porównywalną wiedzę. Zauważenia wymaga, iż Zamawiający nie wymaga doświadczenia w wykonaniu dokładnie takiej samej budowy, o tym samym stopniu złożoności, lecz wymóg w zakresie doświadczenia odnosi do budowy, rozbudowy lub przebudowy obiektów należących do klasy 1264 tj. budynków szpitali i zakładów opieki medycznej.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał związek pomiędzy postawionymi warunkami udziału w postępowaniu a charakterystyką, stopniem złożoności czy warunkami realizacji zamówienia, natomiast Odwołujący nie wykazał, nadmierności postawionych wymagań. Nie zostało wykazane, że ograniczenie wymaganego doświadczenia do obiektów ww. klasy wskazuje na naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp. Nie jest naruszeniem ww. przepisów wymaganie, aby kluczowa kadra posiadała doświadczenie adekwatne do specyfiki i przedmiotu zamówienia, a za takie należy uznać wymagane w SIWZ doświadczenie dla ww. kierowników odnoszące się do budynków wskazanej klasy. Wymagane doświadczenie odnoszące się do wskazanej klasy budynków, w ocenie Izby, jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że obiekty szpitalne czy zakłady opieki zdrowotnej mają swoją specyfikę np. w zakresie instalacji, w tym sanitarnych, elektrycznych, a także niewystępujących w innych budynkach instalacji gazów medycznych, czy, różniących się od występujących w innych budynkach, systemów wentylacji, klimatyzacji.

Przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających, gdzie warunek w zakresie doświadczenia jest odnoszony do budynków użyteczności publicznej, bez wykazania np., iż chodzi o analogiczny przedmiot zamówienia, o takim samym stopniu złożoności, związany z takimi samymi warunkami realizacji zamówienia, nie są wystarczające do uznania zasadności zarzutów odwołania.

Nie dowodzą one nadmierności wymagań Zamawiającego, nie stanowią one dowodu na ograniczenia konkurencji w stopniu większym niż minimalny, niezbędny do oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, wskazana w ww. specyfikacjach kwota wadium sugeruje, że wartość tych zamówień jest zdecydowanie niższa, niż wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wadium jest określone na 2 000 000 zł, co może pozostawać w związku z mniejszym zakresem i mniejszym stopniem skomplikowania tych zadań.

W ocenie Izby nie zostało również wykazane, aby zróżnicowanie ilości zadań w odniesieniu do poszczególnych kierowników, naruszało wskazane przepisy ustawy Pzp. Ze stanowiska zaprezentowanego w wyżej przedstawionej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie wynika, że z uwagi na specyfikę zamówienia, związaną m.in. z koniecznymi w obiekcie instalacjami, istnieje uzasadnienie dla zróżnicowania wymogów w zakresie ilości wykonanych zadań przez poszczególnych kierowników.

W sytuacji, gdy projekt obejmuje np. instalacje gazów medycznych, osoba kierująca tymi pracami winna się wykazać odpowiednim doświadczeniem. W ocenie Izby doświadczenie na dwóch zadaniach nie jest nadmierne. Nadto z dowodu złożonego przez Zamawiającego w postaci sporządzonego przez siebie wykazu umów na budowę/rozbudowę szpitali w latach 2011-2019, wynika, że podobnych inwestycji w tym okresie było 54. Znacząca część tych inwestycji dotyczy obiektów powyżej 20 000 000 zł. Oznacza to, że funkcjonują na rynku osoby, które mają wymagane w SIWZ doświadczenie.

Z tych względów zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* W sprawie sygn. akt KIO 2017/19 zostało wykazane, że doszło do takiego naruszenia przepisów, natomiast w sprawie sygn. akt KIO 2027/19 nie zostało wykazane, aby zaistniała taka sytuacja.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 2017/19 i KIO 2027/19 orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W sprawie sygn. akt KIO 2017/19 Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie rachunku złożonego przez Odwołującego. W sprawie sygn. akt KIO 2027/19, z uwagi na brak złożenia przez niego rachunku w tej sprawie Izba, nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....