

Warszawa, dnia 28.03.2024r.

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1
im. prof. Stanisława Szyszko
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach
ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze
tel.: 32/ 370-43-07
faks: 32 370-45-22
e-mail: sekretariat@szpital.zabrze.pl
<https://platformazakupowa.pl/pn/szpital.zabrze/proceedings>

Osoba do kontaktów:

Pracownicy Działu Zamówień Publicznych
tel. 32 370 42 41
e-mail: zampubli@szpital.zabrze.pl

Odwołujący:

PORR S.A. (nr KRS: 0000026184)
ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
tel.: +48 22 266 99 00
e-mail: oferty.kubatura@porr.pl

reprezentowany przez:

r.pr. Iwonę Sawicką
Adres do korespondencji:
ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
tel. + 48 660-115-706

Osoba do kontaktów:

Barbara Widlak
tel.: + 48 500 282 631
e-mail: barbara.widlak@porr.pl

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej wraz z łącznikiem w systemie Zaprojektuj i wybuduj w ramach dotacji celowej na dofinansowanie realizacji inwestycji pn. „Budowa Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej”
(znak sprawy: ZP/12/PN/2024)

ODWOŁANIE

I. Zakres zaskarżenia.

Działając w imieniu PORR S.A. („Odwołujący”), w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 27.03.2024r., na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2023.1605 ze zm.; „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- nieprawidłowe ustalenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (parametrów inwestycji referencyjnych oraz doświadczenia kadry technicznej), tj. w

PORR S.A.

Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
T +48 22 266 99 00. F -020
centrala@porr.pl
porr.pl

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 26184, NIP PL 522 10 54 994, REGON 011134083

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu
27.520.000, 00 PLN

sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego;

- określenie kryterium oceny ofert w postępowaniu w postaci doświadczenia Kierownika budowy w sposób nieefektywny, nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji i jej poszczególnych etapów za pomocą dat kalendarzowych oraz w sposób nieuwzględniających rzeczywistych terminów realizacji prac projektowych i robót budowlanych;
- ukształtowanie postanowień projektu umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane poprzez ustalanie odbiorów bezusterkowych oraz nierealnych terminów realizacji prac projektowych;

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej wraz z łącznikiem w systemie Zaprojektuj i wybuduj w ramach dotacji celowej na dofinansowanie realizacji inwestycji pn. „Budowa Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej” (znak sprawy: ZP/12/PN/2024).

II. Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ, w tym warunków przyszłej umowy w sposób opisany w pkt III poniżej.

III. Zarzuty i żądania Odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

- **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego poprzez:

[Zarzut nr 1]

- ustalenie zawyżonych parametrów referencyjnych zadań budowlanych, tj. (i) ograniczenie katalogu budynków referencyjnych do szpitali zawierających oddziały łóżkowe (min. 40 łóżek), (ii) wymaganie doświadczenia w realizacji inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz (iii) wymaganie, aby co najmniej jeden szpitali zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia,

świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 5.1.9 ogłoszenia oraz pkt 5.1.4.1 SWZ w następujący sposób:

„5.1.4.1 w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwa zadania budowlane polegające na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/ budynki o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m² i obejmujące między innymi szpitalne oddziały łóżkowe (min. 40 łóżek). **i wartości każdej roboty powinna być nie mniejszej niż 40 000 000,00 zł brutto, w tym: a każde zadanie zrealizowano w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na wykonaniu prac budowlanych oraz kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy) wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.**

- jedno zadanie budowlane obejmujące budynek/budynki szpitala lub zakładu opieki medycznej;
- jedno zadanie budowlane polegające na wykonaniu budynku/budynków użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Ponadto co najmniej jedno z wyżej wskazanych zadań referencyjnych (dowolne w zakresie poniższych warunków):

- dotyczyło budynku objętego ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowano na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,
- ~~zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych,~~
- ~~zrealizowana w formule zaprojektuj, wybuduj i wyposaż, a wartość obejmowało dostawę dostarczonego~~ **wyrobów medycznych i/lub specjalistycznych instalacji jak gazy medyczne czy poczta pneumatyczna i/lub innych charakterystycznych dla obiektów szpitalnych dostaw sprzętu medycznego o wartości wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.**“

oraz

w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał kompletną dokumentację projektową (projekt budowlany, projekt wykonawczy) wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę dotyczącą przebudowy, budowy, modernizacji, nadbudowy lub rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m² i wartości zadania budowlanego nie mniejszej niż 40 000 000,00 zł brutto.

[Zarzut nr 2]

- 1) ustalenie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań w stosunku do doświadczenia kadry technicznej: Kierownika Budowy, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych poprzez wymaganie: (i) doświadczenia w pełnieniu funkcji przez cały czas trwania umowy; (ii) doświadczenia nabytego wyłącznie przy realizacji budynków szpitali lub zakładów opieki medycznej;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 5.1.4.2 ppkt 2 SWZ (Zespół wykonawczy) w następujący sposób:

a) Kierownik budowy, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń,
- doświadczenie przy kierowaniu robotami budowlanymi **jako kierownik budowy lub kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych podczas całego trwania umowy przez okres co najmniej 12 miesięcy, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto dla jednego budynku, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.**

b) Kierownik robót sanitarnych, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży sanitarnej **podczas całego trwania umowy, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej lub budynku/budynków użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto dla jednego budynku, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.**

c) Kierownik robót elektrycznych, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży elektrycznej ~~podczas całego trwania umowy~~, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej **lub budynku/budynków użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto dla jednego budynku, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może nie może być mniejsza niż 3.**,

oraz

- nakazanie modyfikacji pozostałych dokumentów postępowania (w tym § 3 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany) w sposób uwzględniający ww. modyfikację warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy, Kierownika robót sanitarnych i Kierownika robót elektrycznych);

[Zarzut nr 3]

- art. 240 ust. 1 i ust. 2, art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez określenie kryterium oceny ofert w postępowaniu w postaci doświadczenia Kierownika Budowy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wskutek wprowadzenia w ramach kryterium oceny ofert elementu nie mającego wpływu na jakość wykonania zamówienia poprzez: (i) punktowanie wyłącznie zadań polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, w których obiekt miał pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika, (ii) punktowanie doświadczenia nabytego wyłącznie jako kierownik budowy oraz (iii) punktowanie wyłącznie zadań realizowanych w okresie ostatnich 10 lat;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 1.10 ogłoszenia oraz pkt 18.1 SWZ w następujący sposób:

Doświadczenie kierownika budowy w ostatnich 10 latach	<p>Liczba punktów:</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika robót lub budowy od 4 do 9 zadań robót budowlanych polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, a obiekt ten miała pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika</p> <p>- 2 pkt - za każdą robotę budowlaną, max: 20 pkt</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika budowy dla 10 i więcej zadań polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, a obiekt ten miała pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika – 20 pkt</p>
---	---

	<p>Liczba punktów badanej oferty</p> $= (G_o / G_{\max}) \times 100 \times \text{waga}$ <p>Gdzie:</p> <p>G_o - ilość punktów oferty badanej</p> <p>G_{max} - najwyższa ilość punktów spośród ważnych ofert</p> <p>UWAGA:</p> <p>Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium na podstawie deklaracji Wykonawcy wprowadzonej do Formularza oferty. i dotyczącej doświadczenia projektanta w branży architektonicznej w zakresie przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej.</p> <p>W sytuacji gdy Wykonawca w formularzu „Oferta” nie zaznaczy X żadnej z dwóch opcji doświadczenia kierownika budowy lub/i nie uzupełni punktu „Kryterium oceny ofert – Doświadczenie kierownika budowy” otrzyma 0 pkt.</p>
--	---

- nakazanie modyfikacji Formularza oferty w zakresie Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy w sposób uwzględniający powyższą zmianę opisu ww. kryterium oceny ofert;

[Zarzut nr 4]

- **art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp** poprzez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji i jej poszczególnych etapów za pomocą dat kalendarzowych oraz ustalenie tych terminów na nierealnym poziomie, tj. z pominięciem rzeczywistych terminów uzyskiwania wymaganych uzgodnień, pozwoleń i decyzji administracyjnych oraz wykonania robót budowlanych składających się na przedmiot zamówienia;

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 3.7 SWZ, pkt 5.1.3 ogłoszenia oraz postanowień umów w następujący sposób:

Pkt 3.7 SWZ. Termin wykonania zamówienia do ~~26.12.2025 r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy.**

Pkt 5.1.3 ogłoszenia Data zakończenia trwania: ~~26.12.2025 r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy**

„§ 2 (umowy na roboty budowlane i projekt budowlany)

Termin realizacji zamówienia: do ~~26.12.2025 r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy**, z uwzględnieniem następujących etapów:

Projekt rozbiórki - do 14 dni od daty zawarcia umowy

Projekt budowlany w zakresie niezbędnym do złożenia w Urzędzie Miasta w Wydziale Budowlanym oraz do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków - do ~~2 miesięcy~~ **5 miesięcy** od daty zawarcia umowy

Roboty rozbiórkowe - do 10 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę

Roboty budowlane do ~~26.12.2025 r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy**

Przełożenie miejskiej sieci do Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej - do 31.12.2024 r.

„§2 (umowy na dostawę sprzętu medycznego wraz z systemem informatycznym)

Termin wykonania zamówienia ~~do 26.12.2025r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy** z zastrzeżeniem §6 ust. 12 umowy.”.

Formularz oferty: „Termin realizacji zamówienia do ~~26.12.2025r.~~ **25 miesięcy od dnia zawarcia umowy.**”

[Zarzut nr 5]

- art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy na roboty budowlane i projekt budowlany w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron wskutek ustalenia bezusterkowych odbiorów robót częściowych i całego przedmiotu umowy, co spowoduje wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia oraz rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, które nie wyłączają ani nie utrudniają Zamawiającemu korzystania z inwestycji (§ 13 ust. 7, § 14 ust. 1 i ust. 8 oraz § 16 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany) oraz zastrzeżenie możliwości nakazania ponownego wykonania przedmiotu umowy pomimo, że przedmiotem zamówienia jest rzecz oznaczona co do tożsamości;

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany § 13 ust. 10, § 14 ust. 1 i ust. 8 oraz § 16 ust. 1 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany poprzez wykreślenie wyrazu „bezusterkowy”;
- nadania następującego brzmienia 11 ust. 8-11 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany:

8. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego, o którym mowa w ust. 13 zostaną stwierdzone **istotne wady i usterki polegające np. na złej jakości wykonania robót, usterce lub braku kompletności, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia.** Zamawiający wyznaczy termin do usunięcia wad z uwzględnieniem zakresu prac do poprawy. **W przypadku stwierdzenia wystąpienia wad nieistotnych, Zamawiający dokona obioru.**

9. Po usunięciu **istotnych** wad i usterek Wykonawca ponownie zawiadomi Zamawiającego o gotowości do odbioru końcowego. Zamawiający zobowiązany jest przystąpić do odbioru w terminie 7 dni od doręczenia zawiadomienia. Zamawiający wyznacza termin odbioru końcowego.

10. Jeżeli Wykonawca nie usunie **istotnych** wad i usterek lub nie poprawi jakości wykonania prac w wyznaczonym terminie, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zlecenia wykonania niezbędnych prac przez osoby trzecie na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez konieczności uzyskania zezwolenia sądu. Zamawiający jest uprawniony do potrącenia kwoty odpowiadającej wynagrodzeniu osób trzecich z wynagrodzenia Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w razie gdyby to nie było możliwe lub wystarczające Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego

zwrotu tych kosztów Zamawiającemu, a Zamawiający może również dochodzić swoich roszczeń przed sądem.

11. Jeżeli wady istotne nie nadają się do usunięcia, to:

- a) jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy,
- b) jeżeli Wady uniemożliwiają użytkowanie części lub całości przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może ~~żądać wykonania przedmiotu umowy ponownie przez Wykonawcę, albo odstąpić od umowy lub jej części z winy Wykonawcy, jeżeli w wyznaczonym ponownie przez Zamawiającego terminie nie wykona on przedmiotu umowy. Zamawiający może również zlecić wykonanie przedmiotu umowy w części lub w całości przez osobę trzecią z prawem obciążenia Wykonawcy kosztami tego wykonania bez konieczności uzyskania zezwolenia sądu.~~

- art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron wskutek ustalenia nierealnych terminów wykonania dokumentacji projektowej;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 9 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany w następujący sposób:

- „2. Wykonawca w terminie **40 dni** ~~20 dni~~ od dnia podpisania niniejszej umowy przedstawi Zamawiającemu koncepcję.
3. Wykonawca sporządzi Projekt Budowlany w terminie **75 dni** ~~30 dni~~ od dnia zaakceptowania przez Zamawiającego Koncepcji oraz złoży go do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Projekt Budowlany musi spełniać wszystkie wymagania prawa budowlanego oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2022, poz. 1679) - dalej: rozporządzenie MR.

Projekt Budowlany oprócz projektu architektoniczno-budowlanego musi zawierać wszystkie wymagane opracowania i branże, w tym przede wszystkim projekt zagospodarowania terenu, dróg i parkingów oraz sieci, przyłączy i instalacji zewnętrznych i wewnętrznych. Dopuszcza się wydzielenie sieci i przyłączy, jako odrębnych opracowań.
4. Wykonawca do **60 dni** ~~30 dni~~ od podpisania umowy złoży projekt przekładki sieci CO w Zabrzeńskim Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej.”.

IV. **Termin publikacji ogłoszenia.** Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18.03.2024r. pod nr 160885-2024. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zachowany.

- V. Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz kryteriów selekcji w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.
3. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego (wyrok KIO z 7.04.2016 r., sygn.akt: KIO 443/16).
4. Ponadto sposób ukształtowania postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (w dotychczasowym brzmieniu) będzie przyczyną złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert (z uwagi na ustalone przez Zamawiającego warunki przyszłej umowy). W konsekwencji jako najkorzystniejsza może zostać wybrana oferta nie spełniająca wszystkich wymagań SWZ i nierzetelnie skalkulowana.
5. *„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., KIO 2036/10).

II. Stan faktyczny.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej wraz z łącznikiem w systemie Zaprojektuj i wybuduj w ramach dotacji celowej na dofinansowanie realizacji inwestycji pn. „Budowa Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej” (znak sprawy: ZP/12/PN/2024).
2. Zlecenie dotyczy wykonania w trybie zaprojektuj i wybuduj budowy nowego budynku z przeznaczeniem na Centrum Hematologii i Onkologii Dziecięcej wraz z wszystkimi pracami instalacyjnymi, a także z zagospodarowaniem terenu oraz rozbudowy istniejącego budynku o łącznik z dźwigiem szpitalnym. Oba budynki mają być połączone wiszącym łącznikiem i pionem komunikacyjnym (zewnętrzny dźwig szpitalny - cztery przystanki postojowe).

III. Uzasadnienie zarzutów.

[Warunki udziału w postępowaniu; Parametry inwestycji referencyjnej i doświadczenie kadry]

1. Zamawiający w pkt 5.1.4 SWZ oraz w pkt 5.1.9 ogłoszenia, ustalił warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie parametrów inwestycji referencyjnych i doświadczenia kadry w sposób nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie są one również uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.
2. W konsekwencji konfiguracja kryteriów kwalifikacyjnych ustalonych przez Zamawiającego mających na celu weryfikację zdolności technicznej i zawodowej wykonawców oraz zgłoszonej kadry w istotny sposób ogranicza krąg potencjalnych oferentów.
3. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest postawienie minimalnych (z uwzględnieniem sytuacji rynkowej) warunków dotyczących doświadczenia, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy i osób skierowanych do realizacji zamówienia, które jednocześnie umożliwią realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (wyrok KIO z dnia 20.01.2017r., sygn.akt: KIO 8/17).
4. Jednocześnie Zamawiający wymaga wykazania doświadczenia przy realizacji inwestycji dokładnie takich samych jak przedmiot niniejszego zamówienia.
5. Natomiast przepisy ustawy nie wymagają, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. W wyroku z dnia 24 stycznia 2018r. (sygn.akt: KIO 82/18) KIO podkreśliła, że „określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a p.z.p. nakazuje, aby zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu

zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności, zatem przepis ten nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega”.

[Zarzut nr 1; Wymagania dotyczące inwestycji referencyjnych]

1. Warunek wyznaczający poziom doświadczenia wykonawców ogranicza dostęp do niniejszego postępowaniu istotnej części wykonawców zajmujących się realizacją inwestycji kubaturowych.
2. Zamawiający przeniósł bowiem wprost elementy opisu przedmiotu zamówienia do opisu warunków udziału w postępowaniu dotyczącego inwestycji referencyjnej (tj. typ obiektu - szpital zawierający min. 40 łóżek szpitalnych, formuła „zaprojektuj i buduj”, budynek objęty ochroną konserwatorską, realizacja inwestycji etapami w warunkach funkcjonującego szpitala; dostawa sprzętu medycznego o określonej wartości).
3. O udzielenie zamówienia może się ubiegać bowiem Wykonawca, który wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył:
 - a) w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie;
 - b) przynajmniej dwa zadania, polegające na przebudowie, budowie lub rozbudowie budynku/budynków obejmującego m.in. szpitalne oddziały łóżkowe (min. 40 łóżek),
 - d) o powierzchni co najmniej 3.000 (trzy tysiące) m² każdy,
 - e) o wartości każdego z ww. zadań co najmniej 40.000.000 (czterdzieści milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty);
 - f) wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy).
4. Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby co najmniej jedno z wyżej wskazanych zadań referencyjnych (dowolne w zakresie poniższych warunków):
 - a) dotyczyło budynku objętego ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowano na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,
 - b) zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych,
 - c) zrealizowana w formule zaprojektuj, wybuduj i wyposaż, a wartość dostarczonego sprzętu medycznego wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.

5. Zamawiający ograniczył zatem katalog inwestycji referencyjnych do budynków szpitali posiadających przynajmniej 40 łóżek szpitalnych. Jednocześnie konfiguracja pozostałych wymagań eliminuje dużą część inwestycji szpitalnych, w szczególności obowiązek wykazania doświadczenia w realizacji robót pod nadzorem konserwatora zabytków czy etapami w warunkach funkcjonującego szpitala.
6. Z uwagi na powyższe konieczna i uzasadniona jest zmiana kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w sposób zaproponowany przez Odwołującego, który uwzględnia charakter przedmiotu zamówienia oraz sytuację na rynku budownictwa kubaturowego.
7. Podkreślić bowiem należy, że „*opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia*” (wyrok KIO z dnia 21.07.2015 r.; sygn.akt: KIO 1431/15).
8. Przedmiotem zamówienia jest natomiast inwestycja kubaturowa przeznaczona do zbiorowego przebywania i obsługi dużej liczby osób. Z tego względu uzasadnione jest, w celu zwiększenia konkurencyjności niniejszego postępowania, poszerzenie katalogu budynków referencyjnych o tego typu inwestycje, np. budynki biurowe, budynki przeznaczone do prowadzenia działalności kulturalnej, stanowiące siedzibę organów administracji.
9. Należy wskazać, że w wielu przetargach, których przedmiotem zamówienia jest realizacji obiektów pełniących wyłącznie funkcje medyczne (np. szpital, SOR), Zamawiający nie formułują wymagania w postaci posiadania przez wykonawców doświadczenia w realizacji obiektów szpitalnych/medycznych (lub czynią to w ograniczonym zakresie) z uwagi fakt, że realizacja budynków użyteczności publicznej przeznaczonych do zbiorowego przebywania większej liczby osób charakteryzuje się takim samym wolumenem robót oraz analogicznym stopniem trudności technicznej. Przykładowo:

Zamawiający	Nazwa postępowania	Warunek udziału w postępowaniu
Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu	„Budowa Szpitala Onkologicznego we Wrocławiu” (ZP/PN/41/22/RN/A)	w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy), których zakres przedmiotowy każdego obejmował <u>budowę obiektu użyteczności publicznej</u> o powierzchni użytkowej co najmniej 30 tys. m ² ;
Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. A. Grucy CMKP	„Projekt i budowa Centrum Naukowo-Dydaktycznego i Ćwiczeń Kadawerowych oraz projekt i budowa Łącznika pomiędzy budynkiem Kliniki Rehabilitacji oraz budynkiem H-J w SPSK w Otwocku CMKP” (DZP.26.136.2022)	w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał należycie co najmniej: i. dwa odrębne zamówienia polegające na wykonaniu w ramach jednej umowy/kontraktu: <u>budowy**** budynku użyteczności publicznej****</u> o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5 000 m ² (≥5000m ²)* i obejmujące swym zakresem co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne, elektryczne i sanitarne o łącznej wartości zamówienia co najmniej 30 000 000,00 **PLN brutto
Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o.	„Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu”	okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej trzy zamówienia <u>polegające na budowie budynku</u> o wartości min. 60.000.000,00 PLN brutto dodatkowo: - wymaga się aby powyższe realizacje obejmowały co najmniej branże: architektoniczną, konstrukcyjną oraz instalacyjną w zakresie instalacji i

	(DZP.341.28.2021)	<p>urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych.</p> <p>- wymaga się aby <u>co najmniej jeden budynek zrealizowany w odrębnym zamówieniu był o charakterze szpitalnym wg klasyfikacji PKOB Grupa 126 Klasa 1264, Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej</u> z wyłączeniem sanatoriów, żłobków, przychodni, poradni, ośrodków pomocy społecznej dla matki i dziecka, budynków przeznaczonych do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacji krwiodawstwa, laktarii, klinik weterynaryjnych, budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarczą dla ludzi starszych niepełnosprawnych oraz posiadał powierzchnie całkowitą co najmniej 6 000 m² oraz kubaturę co najmniej 21 000 m³;</p> <p>- wymaga się aby co najmniej jeden budynek zrealizowany w odrębnym zamówieniu obejmował budowę układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości powietrza o łącznej wydajności wymiany powietrza wynoszącej minimum 30 000 m³/h i mocy chłodniczej minimum 150 kW</p> <p>- wymaga się aby co najmniej jeden budynek zrealizowany w odrębnym zamówieniu wykonany był w technologii ścianki zabezpieczającej wykop szerokoprzestrzenny - tzw. „berlinka”</p> <p>- wymaga się aby co najmniej elewacja jednego budynku zrealizowanego w odrębnym zamówieniu wykonana była z płyt włóknocementowych</p>
Szpital Pomorskie Sp. z o.o.	<p>„Roboty budowlane w zakresie realizacji projektu „Poprawa jakości i dostępności w diagnostyce i terapii chorób cywilizacyjnych poprzez rozbudowę Szpitala Specjalistycznego im. F. Ceynowy w Wejherowie” (D25C/251/N/25-49rj/19)</p>	<p>w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie to znaczy wykonał zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej 1 zamówienie polegające na robotach budowlanych (<u>budowie lub przebudowie</u>) w <u>obszarze obiektów użyteczności publicznej</u> o powierzchni całkowitej minimum 4.000,00 m² i wartości robót budowlanych minimum 20 000 000,00 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych brutto).</p> <p>Zamawiający informuje, iż na potrzeby nn postępowania pod pojęciem „obiektu użyteczności publicznej” użytym w nn SIWZ - należy rozumieć budynek użyteczności publicznej oraz budynek zamieszkania zbiorowego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. 2015 poz. 1422) tzn.</p> <p>- budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny, lub</p> <p>- budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny</p>

10. Odwołujący proponuje zatem odniesienie do kategorii „budynków użyteczności publicznej” w rozumieniu § 3 ust. 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2022r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj.Dz.U.2022.1225).
11. Proponowana zmiana uwzględnia charakter niniejszego zamówienia oraz nie powoduje obniżenia wymagań stawianych wykonawcom co do ich umiejętności zawodowych. Realizacja inwestycji

kubaturowych cechuje się bowiem dużą powtarzalnością kategorii i zakresów robót, organizacji procesu budowy czy stosowanych rozwiązań technicznych. Co więcej w ostatnich latach to budynki pominięte przez Zamawiającego, w szczególności budynki biurowe oraz przeznaczone na działalność kulturalną, wykonywane są w najnowszych technologiach, które wymagają od ich wykonawców oraz kadry technicznej wykazania się wysoką wiedzą techniczną i zawodową.

12. Ponadto należy wskazać, że przedmiotem niniejszego przetargu jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Oferentami będą zatem firmy budowlane działające na rynku, których główną działalność stanowi wykonawstwo robót budowlanych. Natomiast usługi projektowe będą nabywane od podmiotów zewnętrznych (biur projektowych specjalizujących się w projektowaniu zakładów opieki medycznej).
13. W związku z tym brak uzasadnienia do stawiania firmom budowlanym wymogu posiadania doświadczenia w realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a więc samodzielnego legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej.
14. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na ograniczoną liczbę inwestycji kubaturowych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. W przypadku tego typu inwestycji realizacja odbywa się z reguły w systemie „wybuduj. Natomiast dokumentacja projektowa pozyskiwana jest przez Zamawiającego w ramach odrębnych postępowań przetargowych skierowanych do firm projektowych.
15. Powyższe wymaganie w istotny sposób ogranicza zatem konkurencyjność niniejszego postępowania, a w konsekwencji spowoduje zwiększenie cen ofertowych. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest umożliwienie wykonawcom rozłącznego przedstawienia doświadczenia w zakresie projektowania i wykonawstwa robót budowlanych.
16. Rozdzielenie wymagania w odniesieniu doświadczenia w projektowaniu i wykonawstwie robót budowlanych nie spowoduje obniżenia wymagań postawionych w postępowaniu. Zamawiający za pomocą zmodyfikowanego kryterium będzie miał nadal gwarancję udziału w postępowaniu podmiotu posiadającego doświadczenie projektowe na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia.
17. Proponowana modyfikacja urealni natomiast warunki udziału poprzez uwzględnienie sposobu kontraktowania usług projektowych obowiązujące na rynku.
18. Jednocześnie wymaganie w postaci doświadczenia polegającego na realizacji zadania „*w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych*”, jest nieproporcjonalne oraz niejednoznaczne.
19. W szczególności wyrażenie „*w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia*” powoduje istotne spory interpretacyjne co do poszczególnych stanów faktycznych, np. wykonywanie roboty budowlanej w budynku wyłączonym z eksploatacji, ale wchodzących w skład zespołu odrębnych użytkowanych budynków szpitalnych.
20. Jednocześnie wymóg ten nie ma żadnego uzasadnienia zarówno w przypadku warunków udziału w postępowaniu, jak i kryterium selekcji w postaci „Doświadczenia Kierownika Budowy”, z uwagi na

ograniczenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Początkowo Zamawiający, na co wskazuje treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zamierzał zlecić również przebudowę czwartego piętra istniejącego budynku. Zakres tych prac wskazany został m.in. na str. 7-8 PFU. Jednak obecnie Zamawiający ograniczył zakres prac w istniejącym budynku do wykonania łącznika z zewnętrznym dźwigiem szpitalnym.

21. O ile zatem zamiar powierzania realizacji pierwotnie zakładanego zakresu robót w odniesieniu do istniejącego budynku, uzasadniał postawienie wymagania w postaci doświadczenia w realizacji inwestycji „w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia” czy *etapowaniu robót*, to po modyfikacji zakresu zamówienia i zleceniu przez Zamawiającego niewielkiego zakresu robót w odniesieniu do istniejącego budynku, których realizacja w bardzo ograniczony sposób może oddziaływać na jego funkcjonowanie, wymagane jest nieuzasadnione oraz w rażąco sposób nieproporcjonalne. W szczególności przyjęcie tego wymagania jako kluczowego parametru inwestycji podlegających punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika budowy”.
22. Ponadto brak uzasadnienia do ograniczania wymagania w zakresie dostaw jedynie do sprzętu medycznego i definiowanie tego wymagania z pominięciem nomenklatury stosowanej w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych oraz ustawie z dnia 7.04.2022r. o wyrobach medycznych.
23. W myśl art. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, „wyrób medyczny” oznacza narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł przewidziany przez producenta do stosowania - pojedynczo lub łącznie - u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych:
 - diagnozowanie, profilaktyka, monitorowanie, przewidywanie, prognozowanie, leczenie lub łagodzenie choroby,
 - diagnozowanie, monitorowanie, leczenie, łagodzenie lub kompensowanie urazu lub niepełnosprawności,
 - badanie, zastępowanie lub modyfikowanie budowy anatomicznej lub procesu lub stanu fizjologicznego lub chorobowego,
 - dostarczanie informacji poprzez badanie *in vitro* próbek pobranych z organizmu ludzkiego, w tym pobranych od dawców narządów, krwi i tkanek,i który nie osiąga swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi w ludzkim ciele lub na nim, ale którego działanie może być wspomagane takimi środkami.
24. Należy przy tym zauważyć, że ww. definicja nie posługuje się wyrażeniem „sprzęt medyczny”. W związku z tym uzasadniony jest postulat zdefiniowania warunku udziału w postępowaniu poprzez odwołanie do wyrażeń powszechnie stosowanej nomenklatury wywodzącej się z ww. aktów prawnych i ich poprzedników.

25. Z uwagi na powyższe uzasadniona i konieczna jest modyfikacja warunków udziału w niniejszym postępowaniu w sposób wnioskowany przez Odwołującego, a przede wszystkim rozszerzenie katalogu inwestycji referencyjnych o inwestycje polegające na realizacji budynków użyteczności publicznej oraz umożliwienie posłużenia się odrębnymi referencjami w celu wykazania doświadczenia w projektowaniu i wykonawstwie robót budowlanych.
26. Proponowane zmiany uwzględniają charakter niniejszego zamówienia oraz nie powodują obniżenia wymagań stawianych wykonawcom co do ich umiejętności zawodowych.

[Zarzut nr 2; Wymagania dotyczące kadry technicznej; rozdział 5 SWZ]

1. Zamawiający wymaga wykazania dysponowania osobami na stanowiska: Kierownika Budowy, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych, które nabyły doświadczenie przy kierowaniu robotami budowlanymi podczas całego trwania umowy, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3).
2. Powyższe wymagania są nadmierne i nieuzasadnione. W szczególności wymaganie w ramach warunku udziału w postępowaniu dysponowania kadrą techniczną posiadającą doświadczenie w realizacji 3 szpitali lub obiektów opieki zdrowotnej o wartości co najmniej 40.000.000,00 zł.
3. W przypadku kadry technicznej Zamawiający wymaga bowiem wykazania doświadczenia na wyższym poziomie niż w odniesieniu do Generalnego Wykonawcy. Generalny Wykonawca powinien bowiem wykazać doświadczenie w realizacji dwóch inwestycji o wartości 40.000.000,00 zł. Analogicznie doświadczenie w realizacji dwóch projektów wymagane jest w stosunku do projektanta branży architektonicznej, a w przypadku pozostałych projektantów wymagane jest doświadczenie w projektowaniu jednej inwestycji referencyjnej.
4. Natomiast kadra techniczna skierowana do realizacji zamówienia powinna posiadać doświadczenie w wykonaniu trzech takich inwestycji.
5. Ponadto w przypadku Kierownika Budowy Zamawiający wymaga legitymowania się doświadczeniem nabytym wyłącznie jako kierownik budowy przy realizacji szpitala lub zakładu opieki zdrowotnej. Zamawiający w przypadku tego stanowiska wyłączył zatem możliwość posłużenia się łącznie doświadczeniem nabytym jako kierownik robót, inżynier budowy i kierownik budowy.
6. Natomiast typową ścieżką kariery w przypadku osób posiadających uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jest kumulatywne nabywanie doświadczenia na stanowiskach kierownika budowy i kierownika robót w trakcie kolejnych realizacji, np. sprawowanie funkcji kierownika budowy nie wyłącza sprawowania funkcji kierownika robót na kolejnej budowie.
7. Jednocześnie z uwagi na okresy realizacji inwestycji i możliwość zamiennego sprawowania funkcji kierownika budowy i robót na poszczególnych realizacjach, doświadczeniem w poniesieniu funkcji

kierownika budowy na 3 realizacjach szpitalnych o wartości określonej przez Zamawiającego (40.000.000,00 zł) mogą legitymować się jedynie osoby z co najmniej kilkunastoletnim stażem zawodowym.

8. Minimalne wymagania przekracza również wymóg posiadania doświadczenia przy realizacji inwestycji referencyjnej przez cały okres jej trwania. Jednocześnie jest to wymaganie nieostre. Brak obiektywnego miernika w odniesieniu, do którego badane będzie spełnienie tego warunku (np. rozpoczęcie - zawarcie umowy na realizację, wpis do dziennika budowy, zakończenie - wpis do dziennika budowy, protokół odbioru, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie).
9. Co więcej wymaganie to w stosunku do kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych jest sprzeczne z realiami procesu budowlanego. W przypadku inwestycji kubaturowych roboty elektryczne i sanitarne wykonywane są z reguły pod koniec budowy. W związku z tym kierownicy branżowi nie przebywają na budowie przez cały okres realizacji, a jedynie w okresach wykonywania tego typu prac. Wymaganie sformułowane przez Zamawiającego jest zatem nadmierne i nieuzasadnione.
10. Ponadto należy zauważyć, że warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczące doświadczenia kadry technicznej (pkt 5 SWZ) zostały ustalone na znacznie wyższym poziomie niż kryteria oceny ofert dotyczące doświadczenia kadry technicznej (pkt 18 SWZ).
11. W ramach bowiem kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy” Zamawiający przyjął znacznie niższe wymagania dotyczące parametrów inwestycji referencyjnej (tj. brak jakiegokolwiek wartości inwestycji, brak wymagania uczestnictwa w realizacji przez cały okres obowiązywania umowy).
12. Ponadto Zamawiający w odmienny sposób zdefiniował punktowane doświadczenie, tj. poprzez użycie wyrazu „zadanie”. W konsekwencji Zamawiający spowodował, że większą liczbę punktów może uzyskać wykonawca, który dysponuje kadrą posiadającą doświadczenie w realizacji kilku inwestycji o mniejszej wartości i stopniu skomplikowania (np. termomodernizacji budynków szpitalnych o wartości kilku milionów złotych) i krótszym okresem realizacji. Wykonawcy, którzy zrealizowali zatem skomplikowane projekty kubaturowe (z uwagi na okres ich realizacji) z reguły nie uzyskują maksymalnej liczby punktów z tytułu doświadczenia osób uczestniczących w realizacji, np. okres realizacji Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie (Prokocim) wynosił 4,5 roku.
13. Opisany sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp oraz art. 239 i art. 241 Pzp. Stanowi bowiem odwrócenie zasad ustalonych w ww. przepisach Pzp. Zgodnie z dyrektywami wynikającymi z ww. przepisów warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalone na minimalnych poziomach zdolności w celu zapewnienia równego dostępu do zamówienia. Natomiast kryteria oceny ofert mogą określać wyższe warunki i wymagania wobec wykonawców w celu umożliwienia wyboru oferty, która w najwyższym stopniu będzie spełniała oczekiwania Zamawiającego.
14. Natomiast w niniejszym przypadku minimalne poziomy zdolności w odniesieniu do kierownika budowy określają kryteria oceny ofert. Natomiast poziom parametrów i liczba inwestycji referencyjnych

wymaganych od kadry technicznej w ramach warunków udziału w postępowaniu są zaporowe. Powyższe postanowienia SWZ w sposób jednoznaczny naruszają zatem zasady proporcjonalności, konkurencyjności i przejrzystości postępowania.

15. Z uwagi na powyższe w ocenie Odwołującego uzasadniona i konieczna w celu zapewnienia konkurencyjności niniejszego postępowania oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest modyfikacja warunku udziału w zakresie doświadczenia kadry technicznej w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

[Zarzut nr 3; Kryterium oceny ofert; rozdział XIV SWZ]

1. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Natomiast w myśl art. 240 Pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a ponadto kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Kryteria oceny ofert nie mogą naruszać również pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych.
3. Odwołujący ma świadomość, że wybór kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego oraz „kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniam konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miałyby być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe” (wyrok KIO z dnia 25.03.2022r.; sygn.akt: KIO 610/22).
4. Jednak kryteria powinny być obiektywne i umożliwiać wykonawcom konkurowanie (wyrok KIO z 25.03.2022r.; sygn.akt: KIO 610/22). Kryteria powinny bowiem prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie oferty, która uzyska najwyższą liczbę punktów, nie odzwierciedlającej jednak jej siły rynkowej.
5. W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający nieprawidłowo dobrał parametry oceniane w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy”, a w konsekwencji możliwość uzyskania 30 punktów w ramach tego kryterium istotnie zaburza konkurencję i ogranicza możliwość wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.
6. W przypadku kryterium oceny ofert Zamawiający wymagania dotyczące doświadczenia nabytego w okresie ostatnich 10 lat przy realizacji *„zadań polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, a obiekt ten miała pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika”*.
7. Zamawiający nie zamieścił definicji pojęcia „zadanie” oraz nie wskazał żadnych dodatkowych parametrów umożliwiających odkodowanie użytego wyrażenia. Umożliwia to dowolną interpretację

tego pojęcia i klasyfikowanie jako „zadań” drobnych zleceń realizowanych przez krótki okres czasu (np. 2-3 miesiące) oraz o małej wartości (np. kilka milionów).

8. Określając w ten sposób kryterium oceny ofert Zamawiający spowodował, że większą liczbę punktów może uzyskać wykonawca, który dysponuje kadrą posiadającą doświadczenie w realizacji kilku inwestycji o mniejszej wartości i stopniu skomplikowania (np. termomodernizacji budynków szpitalnych o wartości kilku milionów złotych) i krótszym okresem realizacji, albo nawet doświadczeniem zdobytym w trakcie realizacji jednej inwestycji (np. remont czy termomodernizacja kilku budynków szpitala na podstawie jednej umowy). W celu uzyskania maksymalnej liczby punktów (30 punktów) kierownik budowy musi wykazać się bowiem co najmniej dziesięcioma zadaniami w okresie ostatnich 10 lat.
9. W związku z tym kierownik budowy, który nadzorował budowę skomplikowanych projektów kubaturowych (z uwagi na okres ich realizacji) nie ma szans na uzyskanie maksymalnej liczby punktów z tytułu doświadczenia osób uczestniczących w realizacji, np. okres realizacji Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie (Prokocim) wynosił 4,5 roku.
10. Jednocześnie Zamawiający określił wagę tego kryterium na poziomie 20%. Punktacja uzyskana w ramach ww. kryterium może mieć zatem decydujący wpływ na ranking ofert. Natomiast sposób punktacji przyjęty przez Zamawiającego w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy jest nieprzejrzysty, nieefektywny oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
11. Zamawiający dysponuje dużą swobodą w ustalaniu kryteriów oceny ofert. Jednak zobowiązany jest opisać je z uwzględnieniem zasad proporcjonalności, konkurencyjności i przejrzystości. W niniejszym postępowaniu opisując kryteria selekcji w odniesieniu do kierownika budowy, Zamawiający naruszył te reguły przede wszystkim poprzez zastosowanie w opisie kryteriów wymagania w postaci doświadczenia nabytego przy realizacji „zadań”, ograniczenie okresu referencyjnego do 10 lat oraz ustalenie wygórowanej ilości inwestycji referencyjnych.
12. Jednocześnie, analogicznie jak w przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Generalnego Wykonawcy, brak podstaw do formułowania kryterium selekcji w oparciu o wymaganie doświadczenia nabytego w warunkach „czynnej eksploatacji przez użytkownika”. Wskutek rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji praktycznie jakichkolwiek prac w istniejącym budynku, ocena doświadczenia Kierownika budowy w oparciu o to kryterium jest nieuzasadniona, a postawione wymaganie nadmierne i nieproporcjonalne.
13. Powyższe okoliczności powodują, że kryterium zaburza konkurencyjność postępowania i nie stanowi efektywnego narzędzia weryfikacji doświadczenia kadry wykonawców.
14. Pozostawienie zatem ww. kryterium w pierwotnym brzmieniu ogranicza krąg potencjalnych oferentów (rezygnacja z udziału w postępowaniu z uwagi na brak możliwości uzyskania dodatkowych punktów i tym samym złożenia konkurencyjnej oferty) oraz może doprowadzić do sytuacji, w której oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek nieprawidłowo skonstruowanego kryterium oceny ofert, nie zostanie wybrana.

[Zarzut nr 4]

1. Zgodnie z pkt 3.7 SWZ, § 2 ust. 1 wzoru umowy na roboty budowlane oraz projekt budowlany, termin zakończenia realizacji inwestycji oraz § 2 wzoru umowy na dostawę sprzętu medycznego wraz z systemem informatycznym, a także treścią formularza ofertowego, termin wykonania zamówienia ustalono na dzień 26.12.2025r.
2. Dodatkowo w § 2 ust. 1 wzoru umowy na roboty budowlane oraz projekt budowlany za pomocą dat kalendarzowych określono terminy realizacji części etapów, tj.:
 - Projekt rozbiórki - do 14 dni od daty zawarcia umowy;
 - Projekt budowlany w zakresie niezbędnym do złożenia w Urzędzie Miasta w Wydziale Budowlanym oraz do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków - do 2 miesięcy od daty zawarcia umowy;
 - Roboty rozbiórkowe - do 10 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę;
 - Roboty budowlane do 26.12.2025r.;
 - Przełożenie miejskiej sieci do Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej - do 31.08.2024r.
3. Natomiast zgodnie z art. 436 Pzp, planowany termin zakończenia robót budowlanych powinien zostać ustalony w umowie w sprawie zamówienia publicznego w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. *„Taki sposób oznaczenia terminu wykonania przedmiotu umowy powoduje, iż wykonawcy nie obciążają negatywne skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak ma to miejsce w przypadku oznaczenia terminu datą dzienną, gdyż termin rozpoczyna swój bieg dopiero od zdarzenia następującego po rozstrzygnięciu postępowania”* (W.Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2021).
4. Powyższy przepis wyjątkowo dopuszcza wskazanie konkretnej daty wykonania umowy, jeżeli jest to uzasadnione obiektywną przyczyną. *„Wprowadzona w art. 436 Ustawy regulacja dotycząca określania planowanego terminu zakończenia inwestycji objętej zamówieniem ma na celu ustalenie jasnych dla wykonawców ram czasowych, co stanowi istotny element opisu przedmiotu zamówienia, pozwalający na oszacowanie kosztów inwestycji, jak również oszacowanie odpowiednich sił i środków, jakie będą musiały być zaangażowane w celu dotrzymania nałożonych terminów. Możliwość odstąpienia od zasady ustalania terminu ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat, przez wskazanie daty wykonania umowy musi być obiektywnie uzasadnione. Nie chodzi o samo formalne nazwanie przyczyny, która może obiektywnie uzasadniać takie odstąpienie, konieczne jest rzeczywiste istnienie uzasadnienia, co pozwala odnieść daną okoliczność do sytuacji faktycznie mającej znaczenie dla realizacji inwestycji”* (wyrok KIO z dnia 17.04.2023r.; sygn.akt: KIO 836/23).
5. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił terminy wykonania zadania inwestycyjnego i części etapów za pomocą konkretnych dat kalendarzowych, ale nie wskazał przyczyny takiego ustalenia terminów realizacyjnych.

6. Jedynie nazwa przetargu oraz § 24 ust.1 wzoru umowy na roboty budowlane oraz projekt budowlany, wskazują, że przedmiot niniejszej umowy zostanie sfinansowany z otrzymanej przez Zamawiającego dotacji celowej na dofinansowanie realizacji inwestycji pn. „Budowa Śląskiego Centrum Onkologii i Hematologii Dziecięcej”, otrzymanej na podstawie umowy nr DOI/SK/85112/6220/129/1326 zawartej ze Skarbem Państwa - Ministrem Zdrowia. Jednakże Zamawiający nie wskazał, że sposób finansowania inwestycji jest przyczyną ustalenia dat kalendarzowych.
7. Jednocześnie Zamawiający w § 20 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy na roboty budowlane oraz projekt budowlany oraz § 10 ust. 3 wzoru umowy na dostawę sprzętu medycznego wraz z systemem informatycznym, zamieścił szeroki katalog okoliczności umożliwiających zmianę terminów realizacji tych umów.
8. Z tych względów należy przyjąć, że ustalone przez Zamawiającego terminy pośrednie oraz termin wykonania całej inwestycji stanowią pewien prognozowany cel Zamawiającego oraz prawdopodobnie nie mają umocowania w dokumentach, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek rozliczenia tej inwestycji w nieprzekraczalnym terminie pod rygorem utraty dofinansowania czy zapłaty kar. Natomiast obiektywna przyczyna terminów realizacji zamówienia publicznego musi istnieć już w momencie ogłoszenia o zamówieniu (por. wyrok KIO z dnia 17.04.2023r.; sygn.akt: KIO 836/23).
9. Jednocześnie analiza terminów ustalonych przez Zamawiającego wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie inwestycji w datach założonych przez Zamawiającego nawet w sytuacji, gdy nie nastąpi wydłużenie procedury udzielenia zamówienia (np. wskutek wnoszenia środków ochrony prawnej).
10. Termin związania ofertą został bowiem ustalony na dzień 17.04.2024 r. W związku z tym przy założeniu, że umowa w sprawie realizacji niniejszego zamówienia zostanie zawarta w ostatnim dniu terminu związania ofertą (dnia 15.07.2024 r.), termin realizacji inwestycji (projektowanie + roboty budowlane) wyniosłby 17,5 miesiąca.
11. Natomiast sam termin na wydanie pozwolenia na budowę wynosi do 65 dni od dnia złożenia wniosku (art. 35 ust. 6 Prawa budowlanego), przy czym z uwagi na stopień skomplikowania inwestycji należy założyć w niniejszym przypadku termin maksymalny. Proces pozyskiwania ostatecznej decyzji przedstawia się następująco:

Czas oczekiwania	do 65 dni kalendarzowych od daty złożenia wniosku
Czas oczekiwania (rzeczywisty)	ok. 2 miesiące dla skomplikowanych projektach
Uzyskanie przymiotu ostateczności przez decyzję	14-dniowy termin po wydaniu decyzji; okres na złożenie odwołania

12. Jednocześnie okres realizacji inwestycji obejmuje miesiące zimowe, w których z reguły występują ograniczenia wykonywania robót budowlanych z uwagi na warunki atmosferyczne i ograniczenia technologiczne.
13. W konsekwencji realny okres realizacji robót budowlanych po odliczeniu czasu na projektowanie i uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, który w przypadku niniejszego zamówienia realnie należy szacować na poziomie 5 miesięcy, wyniesie 1 rok.

14. Jest to okres niewystarczający do wykonania 5-piętrowego budynku o pow. 6400,25 m² wraz łącznikiem o pow. 220 m² posiadającego pomieszczenia o podwyższonej klasie czystości oraz wyposażonego w specjalistyczne instalacje i wyroby medyczne, w tym wykonanie robót polegających na:
- rozbiórce budynku gazów medycznych;
 - przełożeniu ciepłociągu i innych instalacji zewnętrznych (sieci) wchodzących w kolizję z budową nowego budynku;
 - budowie nowego budynku wraz instalacjami;
 - budowie łącznika pomiędzy nowym budynkiem a budynkiem istniejącym;
 - dostawie i montażu wyposażenia wbudowanego i wskazanego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1.1.;
 - zagospodarowaniu terenu - miejsca parkingowe, chodniki, oświetlenie zewnętrzne, zieleni, mała architektura.
15. Jednocześnie wydłużenie procedury przetargowej skraca ten okres o kolejne tygodnie lub miesiące.
16. Natomiast przekroczenie tych terminów naraża Wykonawcę na kary umowne (§ 21 lub § 7 ww. wzorów umów) oraz poważne konsekwencje wynikające m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.
17. Z uwagi na powyższe terminy realizacji zamówienia powinny zostać wydłużone, zgodnie z propozycją Odwołującego. Modyfikacja polegałaby na określeniu ww. terminów za pomocą miesięcy kalendarzowych oraz ich urealnieniu.
18. Wykonawcy nie mają bowiem wpływu na termin zakończenia postępowania przetargowego. Natomiast zgodnie z pkt II.2.2 ppkt 2 „Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.”, średni czas trwania procedury udzielenia zamówienia w przypadku robót budowlanych wynosił w 2022r. - 125 dni (w 2021 - 136 dni).
19. Proponowana zmiana spowoduje, że wykonawcy nie będą obciążali negatywnych skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak ma to miejsce w przypadku oznaczenia terminu datą dzienną, ponieważ termin na realizację inwestycji rozpoczynałby bieg od zdarzenia następującego po rozstrzygnięciu postępowania.

[Zarzut nr 5; Treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego]

1. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

2. „Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać” (wyrok KIO z 28 stycznia 2019r.; sygn.akt: KIO 26/19).
3. W konsekwencji postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiający) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawca). „Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)” (wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r., sygn.akt: KIO 2163/17).
4. Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego). „Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego” (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2021 r.; KIO 3512/20).
5. Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
6. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
7. „To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 30.10.2017r.; sygn.akt: KIO 2163/17).

[Bezusterkowy odbiór robót budowlanych; § 13 ust. 10, § 14 ust. 1 i ust. 8, § 16 ust. 1 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany]

1. W myśl § 13 ust. 10 wzoru umowy, fakturowanie robót budowlanych odbywać się będzie na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego bezusterkowe protokoły częściowych odbiorów robót oraz odbioru końcowego.

2. Natomiast zgodnie z § 14 ust. 1 wzoru umowy, fakturowanie odbywać się będzie według zaawansowania prac na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego bezusterkowe protokoły odbioru częściowego sporządzane nie częściej raz na kwartał i odbioru końcowego.
3. Jednocześnie w myśl § 14 ust. 8 wzoru umowy, Wykonawca wystawi faktury w ciągu 7 dni od dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru części lub całości przedmiotu umowy wraz z pisemnych oświadczeniem o braku zobowiązań wymagalnych do Wykonawcy w odniesieniu do nich z tytułu realizacji przedmiotowej inwestycji.
4. Ponadto zgodnie z § 16 ust. 1 wzoru umowy, Wykonawca udziela gwarancji jakości na prawidłowe wykonane przedmiotu umowy. Okres ten wynosi:
 - a) 36 miesięcy na wyposażenie,
 - b) 60 miesięcy na roboty budowlanei będzie liczony od daty podpisania bezusterkowego protokołu odbioru robót częściowych zgodnie z dokumentacją i końcowego bezusterkowego protokołu odbioru robót.
5. Zamawiający zatem w jednakowy sposób traktuje wady istotne i nieistotne. W konsekwencji nawet stwierdzenie wystąpienia nieistotnych, drobnych uchybień może spowodować odmowę odbioru robót i wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy.
6. Brak uzasadnienia dla przyznawania Zamawiającemu powyższych uprawnień. Odbiór robót budowlanych nie powinien być bowiem uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. W przypadku ujawnienia nieistotnych i drobnych wad lub usterek, brak podstaw do odmowy odbioru lub ponawiania czynności odbioru oraz wstrzymania zapłaty wynagrodzenia, a także odmowy zwolnienia udzielonych zabezpieczeń oraz wstrzymywania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji.
7. Zaskarżone klauzule umowne są w zakresie, w jakim przyznają Zamawiającemu arbitralne prawo do bezusterkowego odbioru końcowego i ostatecznego są sprzeczne z przepisami prawa (w szczególności [art. 647](#) k.c. oraz art. 351[1] k.c.).
8. Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie z uwagi na sposób ukształtowania treści art. 647 k.c. przez ustawodawcę „*odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie więc na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy 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.*” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27.10.2017r., sygn.akt: I ACa 321/17).

9. W związku z tym jedynie stwierdzenie istotnych wad robót budowlanych powinno stanowić podstawę odmowy odbioru, wstrzymania zapłaty czy odstąpienia od umowy, a więc stwierdzenie wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu zamówienia.
10. Uzależnienie rozliczenia wynagrodzenia czy rozpoczęcia biegu okresu gwarancji w sytuacji ujawnienia nieistotnych czy drobnych wad należy również traktować jako uchybienie obowiązowi wierzyciela współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania (art. 354 k.c. i art. 431 Pzp). *„W zależności od okoliczności konkretnego przypadku wierzyciel w różnej postaci powinien współdziałać z dłużnikiem, aby dłużnik mógł wywiązać się z ciążącego na nim zobowiązania. Naruszenie tego obowiązku natomiast może w konkretnych okolicznościach zostać ocenione nie tylko jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, lecz również sprzeczne z prawem.”* (wyrok SN z dnia 19.04.2018r.; sygn.akt: I CSK 765/17).
11. Natomiast w wyroku z dnia 28.02.2022r. (I AGa 287/21) Sąd Apelacyjny w Krakowie zauważył, że *„po myśli art. 354 par 2 k.c. obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika obciąża wierzyciela. W ramach jego realizacji, zważywszy na usprawiedliwiony interes kontrahenta nie powinien czynić nic takiego, co by wykonanie zobowiązania przez niego utrudniało lub udaremniało. Natomiast, co do zasady, wierzyciel nie jest zobowiązany podejmować współdziałania w formie czynnej, chyba, że wynika to z właściwości zobowiązania, strony przewidziały go w umowie lub też ma ustawową podstawę. Nie podjęcie pozytywnych czynności współdziałania z dłużnikiem nigdy nie rodzi umownej odpowiedzialności samego wierzyciela wobec kontrahenta ale może wpłynąć na ograniczenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika za niewłaściwe wykonanie zobowiązania albo też prowadzić, w skrajnych przypadkach do jej zniesienia. Zwykle decyduje - o ile przepis szczególny tak stanowi - o zmianie - pogorszeniu lub poprawie pozycji stron w ramach istniejącego stosunku zobowiązaniowego”*.
12. W przypadku umowy o roboty budowlane obowiązek aktywnego współdziałania wierzyciela (Zamawiającego) przy wykonywaniu zobowiązania wynika wprost z art. 647 k.c., który zobowiązuje inwestora do odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia, nie warunkując odbioru brakiem jakichkolwiek wad w przedmiocie zamówienia.
13. Dodatkowo taki obowiązek w stosunku do umów w sprawie zamówienia publicznego statuuje art. 431 Pzp. Jak bowiem podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, *„zawarcie umowy nie jest celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Urzeczywistnieniu tego celu ma służyć wyraźne wyartykułowanie zasady współdziałania”*.
14. *„Obowiązek wyrażony w art. 431 Pzp dotyczy zarówno zamawiającego, jak i wybranego w określonej procedurze wykonawcy. Powyższe oznaczają, że obie strony kontraktu publicznego powinny działać zgodnie w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Współdziałanie to, w szczególności po stronie zamawiającego, może dotyczyć (w zależności od rodzaju umowy) np. obowiązku przyjęcia świadczenia czy odbioru rzeczy przy dostawach, udzielania wskazówek, wyjaśnień, wydania dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach lub robotach budowlanych. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać także na powstrzymaniu się od działań, które*

mogłyby utrudnić wykonanie świadczenia w sposób przewidziany w umowie” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H.Nowaka i M.Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021).

15. Natomiast *„odbiór robót jest elementem przelomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady. Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.02.2000r., sygn.akt: I ACa 1027/99).*
16. Ponadto należy podkreślić, że *„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 przejęcie budynku, zawiera się w ograniczeniach swobody umów” (wyrok KIO z dnia 8.11.2019r., sygn.akt: KIO 2017/19, KIO 2027/19).*
17. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest żądanie modyfikacji wskazanych powyżej postanowień umowy, poprzez eliminację bezusterkowego odbioru częściowego i końcowego jako warunków rozliczenia wynagrodzenia i rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji.
18. Ponadto należy zauważyć, że ustalone w § 11 ust. 11 wzoru umowy, uprawnienie do żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy jest uprawnieniem nieuzasadnionym z uwagi na fakt, że przedmiot niniejszego zamówienia stanowi rzecz indywidualnie oznaczoną.
19. Zgodnie z art. 561 § 1 k.c., jeżeli rzecz sprzedana ma wadę, kupujący może żądać wymiany rzeczy na wolną od wad albo usunięcia wady. Jednak sprzedawca może odmówić zadośćuczynienia żądaniu kupującego, jeżeli doprowadzenie do zgodności z umową rzeczy wadliwej w sposób wybrany przez kupującego jest niemożliwe albo w porównaniu z drugim możliwym sposobem doprowadzenia do zgodności z umową wymagałoby nadmiernych kosztów. Jeżeli kupującym jest przedsiębiorca, sprzedawca może odmówić wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady także wtedy, gdy koszty zadośćuczynienia temu obowiązkowi przewyższają cenę rzeczy sprzedanej (art. 561 § 3 k.c.).
20. *„W odróżnieniu od uprzednio obowiązujących regulacji, [art. 561](#) k.c. nie zastrzega, że uprawnienie to jest aktualne tylko wtedy, gdy przedmiotem są rzeczy zamienne (por. [art. 325 § 2](#) k.z.) albo rzeczy oznaczone tylko co do gatunku ([art. 561 § 1](#) k.c. w pierwotnym brzmieniu). Z natury rzeczy wynika jednak, że żądanie wymiany rzeczy na wolną od wad może dotyczyć tylko rzeczy zamiennych (por.*

wyrok SN z dnia 16 listopada 2012 r., [III CSK 24/12](#), OSNC 2012, nr 7-8, poz. 91, z omówieniem M. Bączyka, Przegląd orzecznictwa, M. Pr. Bank. 2013, nr 2, s. 87, i M. Kućki, Przegląd orzecznictwa, Forum Prawnicze 2012, nr 6, s. 98). Kupujący bowiem może żądać tylko świadczenia takiej samej rzeczy wolnej od wad (takiej samej ilości rzeczy tego samego gatunku - [art. 325 § 2](#) k.z.), a nie rzeczy innej, choćby o bardzo zbliżonych albo takich samych właściwościach użytkowych, technicznych itp. (strony mogą uzgodnić takie rozwiązanie w ramach modyfikacji reżimu rękojmi albo ex post; w tym drugim przypadku będziemy mieć jednak do czynienia z nowym zobowiązaniem - zob. C. Żuławska (w:) Kodeks..., t. III, cz. 2, red. J. Gudowski, 2013, s. 89-90). Dotyczy to także przypadku, w którym zaniechano już produkcji rzeczy z gatunku uzgodnionego w umowie (odmienne stanowisko wyrażone w tej kwestii w [uchwale](#) pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej SN z dnia 30 grudnia 1988 r., [III CZP 48/88](#), w sprawie wytycznych w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach rękojmi i gwarancji, M.P. z 1989 r. Nr 1, poz. 6, utraciło aktualność; zob. C. Żuławska (w:) Kodeks..., t. III, cz. 2, red. J. Gudowski, 2013, s. 90; w orzecznictwie zob. np. wyrok SN z dnia 17 września 2003 r., [II CK 31/02](#), IC 2004, nr 7-8, s. 41). W rezultacie omawiane uprawnienie nie przysługuje wtedy, gdy przedmiotem sprzedaży jest rzecz używana, nieruchomości (por. C. Żuławska (w:) Kodeks..., t. III, cz. 2, red. J. Gudowski, 2013, s. 88; tak też co do rzeczy używanych J. Pisuliński (w:) System..., t. 7, red. J. Rajski, 2011, s. 214; odmienne co do rzeczy używanych E. Habryń-Chojnacka (w:) Kodeks..., t. II, red. M. Gutowski, 2016, komentarz do art. 561, nb 3) albo inna rzeczy niezastępowalna; przypadki graniczne są nieuchronne (por. np. E. Habryń-Chojnacka (w:) Kodeks..., t. II, red. M. Gutowski, 2016, komentarz do art. 560, nb 2; autorka za zamienne uznaje również rzeczy będące efektem rękodzielnictwa, choćby nie były one identyczne)." (Gudowski J., Kodeks cywilny. Komentarz., Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa. Wyd. II., Lex).

(Termin realizacji prac projektowych)

1. Przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie prac projektowych (tj. pełnej dokumentacji projektowej - koncepcja, projekt budowlany i wykonawczy) oraz uzyskanie wszelkich decyzji administracyjnych, uzgodnień i pozwoleń.
2. Ponadto etap prac projektowych poprzedza wykonanie wszelkich niezbędnych opracowań przygotowawczych, w szczególności (§ 9 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany):
 - a) wykonanie map do celów projektowych,
 - b) uzyskanie niezbędnych dokumentów do opracowania dokumentacji projektowej,
 - c) wykonanie badań geotechnicznych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia lub innych wymaganych prawem opracowań geologicznych - jeżeli będą wymagane,
 - d) dokonanie uzgodnień z gestorami uzbrojenia podziemnego, zarządcami dróg publicznych i innych związanych z realizacją Przedmiotu umowy, w tym opracowania dokumentów wynikających z tych uzgodnień po wykonaniu projektu budowlanego - jeżeli będą wymagane,

- e) uzyskanie decyzji środowiskowych i wszelkich innych wymaganych decyzji i uzgodnień niezbędnych dla realizacji Przedmiotu umowy,
 - f) sporządzenie projektu rozbiórki, podjęcie wszelkich innych czynności niezbędnych do uzyskania pozwolenia na rozbiórkę.
3. Ponadto do obowiązków Wykonawcy należy również uzyskanie warunków lokalizacji celu publicznego, ekspertyzy ornitologicznej oraz chiropteologicznej, a także uzyskanie niezbędnych uzgodnień w tym z konserwatorem zabytków.
 4. Dopiero po przeprowadzeniu ww. badań i uzgodnień będzie możliwe wykonanie prac projektowych, przy czym, np. samo wykonanie map do celów projektowych w przypadku takiej inwestycji wynosi ok. 2 miesiące.
 5. Z uwagi na zakres prac projektowych i związanych z tym obowiązków konieczne jest uwzględnienie czynności składających się na ten proces w terminach realizacji inwestycji (§ 5 i § 9 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany).
 6. Natomiast terminy pośrednie na wykonanie poszczególnych etapów prac projektowych (tj. przedłożenie koncepcji - 20 dni od dnia zawarcia umowy, 30 dni na przygotowanie projektu budowlanego w oparciu o koncepcję czy 30 dni na założenie projektu przekładki sieci CO w Zabrzeńskim Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej) ustalone w § 9 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany, są nierealne.
 7. Ponadto zakończenie prac związanych z opracowaniem dokumentacji nastąpi z chwilą uzyskania prawomocnej lub ostatecznej decyzji pozwolenie na budowę i pozwolenia na rozbiórkę (§ 9 ust. 10 wzoru umowy na roboty budowlane i projekt budowlany).
 8. Termin na wydanie pozwolenia na budowę to 65 dni od dnia złożenia wniosku (art. 35 ust. 6 Prawa budowlanego), przy czym z uwagi na stopień skomplikowania inwestycji należy założyć ww. termin maksymalny. W związku z tym proces pozyskiwania ostatecznej decyzji przedstawia się następująco:
- | | |
|--|--|
| Czas oczekiwania | do 65 dni kalendarzowych od daty złożenia wniosku |
| Czas oczekiwania (rzeczywisty) | ok. 2 miesiące dla skomplikowanych projektach |
| Uzyskanie przymiotu ostateczności przez decyzję | 14-dniowy termin po wydaniu decyzji; okres na złożenie odwołania |
9. W związku z tym w pełni uzasadniony jest wniosek o wydłużenie terminów pośrednich, w tym ustalenie 5-miesięcznego okresu projektowania, który obejmowałby prace przygotowawcze, przygotowanie projektu budowlanego oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

Z uwagi na powyższe odwołanie jest w pełni uzasadnione, a uwzględnienie zgłoszonych wniosków umożliwi ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia podmiotom, które posiadają odpowiednie doświadczenia

oraz dysponują kadrą umożliwiającą zrealizowanie zamówienia w terminie i na odpowiednim poziomie jakości.

Za PORR S.A.

.....

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- aktualny odpis z KRS PORR S.A.;
- pełnomocnictwo z dnia 27.04.2022r. wraz z dowodem wniesienia opłaty skarbowej.