

Warszawa, dnia 27 stycznia 2022 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Odwołujący: ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1
02 – 797 Warszawa

KRS Nr 0000268667

tel.: 22 548 70 00

fax: 22 548 70 20

e – mail: lukasz.rapcewicz@erbud.pl ;

info@erbud.pl

reprezentowana przez:

radcę prawnego Łukasza Rapcewicz

adres do doręczeń do pełnomocnika:

ERBUD Spółka Akcyjna

ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa

tel.: 22 548 70 00

fax: 22 548 70 20

e – mail: lukasz.rapcewicz@erbud.pl

(adres do korespondencji)

**Zamawiający: Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w
Wadowicach**

ul. Karmelicka 5

34 – 100 Wadowice

tel.: 33 87 21 200, 87 21 300

fax. 823 22 30

e-mail: zp@zzozwadowice.pl

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego „na nadbudowę Pawilonu „E” o 2 kondygnacje w ramach II etapu inwestycji oraz dostawę wyposażenia medycznego” – znak ZP.26.1.1.2022.

**Ogłoszenie o zamówieniu: 2022/S 011-022681; Dz.U./S S11 17/01/2022
22681-2022-PL**

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Wykonawcy – Spółki ERBUD S.A. (zwana dalej również „Odwołujący” lub „ERBUD S.A.” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art.

513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”), wnoszę niniejszym odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

- 1) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do zadań referencyjnych (pkt V, ppkt 1.4.1. SWZ);
 - 2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (pkt V, ppkt 1.4.2. A. SWZ);
 - 3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych (pkt V, ppkt 1.4.2. B. SWZ);
 - 4) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych (pkt V, ppkt 1.4.2. C. SWZ);
 - 5) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych (pkt V, ppkt 1.4.2. D. SWZ);
 - 6) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika budowy (pkt XVII, ppkt 2 lit. a) SWZ);
 - 7) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sanitarnych (pkt XVII, ppkt 2 lit. b) SWZ);
 - 8) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt XVII, ppkt 2 lit. c) SWZ);
 - 9) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Standardów Jakości (pkt XVII, ppkt 4 SWZ);
 - 10) czynności ukształtowania konkretnych postanowień Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ).
- II. Ogłoszenie dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 17 stycznia 2022 r., a dokumenty zamówienia zostały opublikowane na stronie internetowej dnia 17 stycznia 2022 r. Odwołujący uzyskał zatem informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego **w dniu 17 stycznia 2022 r.** W związku z tym niniejsze

odwołanie zostało wniesione w terminie.

III. Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzuca się:

- 1) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do zadań referencyjnych (pkt V, ppkt 1.4.1. SWZ):
 - a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
 - wymagania, aby referencyjne zadania budowlane były „o wartości każdej roboty nie mniejszej niż 22.000.000 zł brutto (dwadzieścia dwa miliony)” i/lub
 - wymagania, aby każde z obu zadań referencyjnych obejmowało wykonanie „min. 2 sal operacyjnych i/lub bloku operacyjnego i/lub SOR-u” i „min. 2 oddziałów łóżkowych /min. po 20 łóżek dla każdego oddziału/” i/lub
 - wymagania, aby każde z obu zadań referencyjnych obejmowało wykonanie „robót elektrycznych i instalacji teletechnicznych tj. sygnalizacji pożaru, strukturalnej, przyzywowej, kontroli dostępu, RTV, telewizji dozorowej CCTV” i/lub
 - wymagania, aby każde z obu zadań referencyjnych obejmowało wykonanie „robót sanitarnych, w tym: wodno - kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji oraz certyfikowanej jako wyrób medyczny instalacji gazów medycznych wraz z panelami przyłóżkowymi”;
- 2) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (pkt V, ppkt 1.4.2. A. SWZ):
 - a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
 - wymagania, aby osoba posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji (pkt V, ppkt 1.4.2. A. SWZ lit. d)) w odniesieniu do roboty „o wartości co najmniej 22 000 000 zł brutto” i/lub która w szczególności „obejmowała realizację min. 2 oddziałów łóżkowych (każdy po min. 20 łóżek)”;
- 3) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych (pkt V, ppkt 1.4.2. B. SWZ):

- a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby osoba posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji (pkt V, ppkt 1.4.2. B. SWZ lit. d)) w odniesieniu do roboty „o wartości co najmniej 22 000 000 zł brutto” i/lub która w szczególności „obejmowała realizację 2 oddziałów łóżkowych (każdy oddział min. 20 łóżek)”;
- 4) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych (pkt V, ppkt 1.4.2. C. SWZ):
- a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby osoba posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji (pkt V, ppkt 1.4.2. C. SWZ lit. d)) w odniesieniu do roboty „o wartości co najmniej 22 000 000 zł brutto” i/lub która w szczególności „obejmowała realizację min. 2 oddziałów łóżkowych (każdy min. 20 łóżek)”;
- 5) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych (pkt V, ppkt 1.4.2. D. SWZ):
- a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby osoba posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji (pkt V, ppkt 1.4.2. D. tiret czwarty SWZ) w odniesieniu do roboty „o wartości robót co najmniej 22 000 000 zł brutto” i/lub która w szczególności „obejmowała realizację min. 2 oddziałów łóżkowych (każdy min. po 20 łóżek)”;
- 6) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika budowy (pkt XVII, ppkt 2 lit. a) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także

- naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SWZ były o „wartości każdej z robót 20.000.000 zł brutto” i/lub;
 - wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. a) tiret drugi SWZ były o „wartości każdej z robót 22.000.000 zł brutto”, a okres pełnienia na takiej inwestycji funkcji wynosił „minimum 8 miesięcy”;
- 7) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sanitarnych (pkt XVII, ppkt 2 lit. b) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. b) tiret pierwszy SWZ były o „wartości każdej z robót 20.000.000 zł brutto” i/lub;
 - wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. b) tiret drugi SWZ były o „wartości każdej z robót 22.000.000 zł brutto”, a okres pełnienia na takiej inwestycji funkcji wynosił „minimum 8 miesięcy”;
- 8) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osoby wskazanej na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt XVII, ppkt 2 lit. c) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. c) tiret pierwszy SWZ były o „wartości każdej z robót 20.000.000 zł brutto”;
 - wymagania, aby inwestycje (roboty) referencyjne wskazane w pkt XVII, ppkt 2 lit. c) tiret drugi SWZ były o „wartości każdej z robót 22.000.000 zł brutto”, a okres pełnienia na takiej inwestycji funkcji wynosił „minimum 8 miesięcy”;
- 9) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Standardów Jakości (pkt XVII, ppkt 4 SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:

- przyznawania przez Zamawiającego punktów w ramach oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca posiada certyfikat dot. „System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt” (pkt XVII, ppkt 4 lit. a/ SWZ) i/lub
 - przyznawania przez Zamawiającego punktów w ramach oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca posiada certyfikat dot. „System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt” (pkt XVII, ppkt 4 lit. b/ SWZ) i/lub
 - przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca posiada certyfikat dot. „System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt” (pkt XVII, ppkt 4 lit. c/ SWZ) i/lub
 - przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca posiada certyfikat dot. „System zarządzania jakością wg AQAP 2110:2016 w procesach operacyjnych obejmujących: wykonawstwo obiektów medycznych – 2 pkt” (pkt XVII, ppkt 4 lit. d/ SWZ) i/lub
 - przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca posiada certyfikat dot. „System zarządzania środowiskowego wg ISO 14001:2015 w zakresie: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego – 2 pkt” (pkt XVII, ppkt 4 lit. e/ SWZ);
- 10) w odniesieniu do czynności polegających na ukształtowaniu konkretnych postanowień Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ):
- a) naruszenie art. 647 KC i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 647 KC i art. 353¹ KC) poprzez wymaganie, w szczególności w § 2 ust. 2, ust. 3, § 12 ust. 10, § 14 ust. 6 wskazanego Projektu umowy, że odbiór końcowy będzie bezusterkowy, a wystawienie faktury końcowej i ostateczne rozliczenie nastąpi po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego i/lub;
 - b) naruszenie art. 484 KC, art. 483 § 1 KC, art. 647 KC i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 484 KC, art. 483 § 1 KC, art. 647 KC i art. 353¹ KC) poprzez:
 - wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 1) Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ), że kara umowna za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 umowy **wynosi 1,5 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub
 - wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 2) Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ), że kara umowna za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych po odbiorze końcowym, w okresie gwarancji lub rękojmi, **wynosi 1 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub
 - wskazanie w § 18 ust. 1 pkt 3) Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ), że kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, **wynosi 20 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 Umowy, i/lub

- wskazanie w 18 ust. 4 Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ), że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **30 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 umowy.

IV. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Wykonawcy ERBUD S.A. wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w pkt V, ppkt 1.4.1. SWZ w ten sposób, że zostanie mu nadana treść: *„Warunek zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich siedmiu 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; każde polegające na wykonaniu nadbudowy, przebudowy lub budowy obejmującej zakresem budynki szpitalne (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264 - Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej.), o wartości każdej roboty nie mniejszej niż 15.000.000 zł brutto (piętnaście milionów) i powierzchni całkowitej min. 2 400 m². Każde z obu zadań budowlanych zostało zrealizowane:*
 - 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.

Każde z obu zadań obejmowało wykonanie:

 - a) min. 2 sal operacyjnych i/lub bloku operacyjnego i/lub SOR-u, lub min. 2 oddziałów łóżkowych /min. po 20 łóżek dla każdego oddziału/
 - b) robót konstrukcyjnych,
 - c) robót ogólnobudowlanych,
 - d) robót elektrycznych i instalacji teletechnicznych,
 - e) robót sanitarnych, w tym: wodno - kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji oraz certyfikowanej jako wyrób medyczny instalacji gazów medycznych,
 - f) uzyskanie przez wykonawcę w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.”;
- 2) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy (pkt V, ppkt 1.4.2. A. SWZ), kierownika robót budowlanych (pkt V, ppkt 1.4.2. B. SWZ), kierownika robót sanitarnych (pkt V, ppkt 1.4.2. C. SWZ), kierownika robót elektrycznych (pkt V, ppkt 1.4.2. D. SWZ) w ten sposób, że na potrzeby oceny spełnienia wskazanych warunków będzie wymagane, aby inwestycja referencyjna, na której konkretna wskazana osoba pełniła funkcję, miała wartość robót co najmniej „15 000 000 zł brutto” (zamiast dotychczasowych „22 000 000 zł brutto”) i nie będzie wymagania, że wskazana inwestycja ma obejmować realizację min. 2 oddziałów łóżkowych (każdy oddział min. 20 łóżek);
- 3) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji a) kierownik budowy (pkt XVII, ppkt 2 lit. a) SWZ), b) kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sanitarnych (pkt XVII, ppkt 2 lit. b) SWZ), c) kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt XVII, ppkt 2 lit. c) SWZ) w ten sposób, że wartości inwestycji referencyjnych wskazanych w odniesieniu do wymienionych osób (pkt XVII, ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy i drugi SWZ; pkt XVII, ppkt 2 lit. b) tiret pierwszy i drugi SWZ; pkt XVII, ppkt 2 lit. c) tiret pierwszy i drugi SWZ) oznaczone zostaną jako o „wartości każdej z robót 15.000.000 zł brutto”, a okres pełnienia na takiej inwestycji funkcji

- (wskazany w pkt XVII, ppkt 2 lit. a) tiret drugi SWZ; pkt XVII, ppkt 2 lit. b) tiret drugi SWZ; pkt XVII, ppkt 2 lit. c) tiret drugi SWZ) wynosił będzie „*minimum 6 miesięcy*”;
- 4) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Standardów Jakości (pkt XVII, ppkt 4 SWZ) w ten sposób, że nie będą w ramach kryteriów oceny ofert przyznawane punkty za posiadanie przez wykonawcę certyfikatu dot. „System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” (pkt XVII, ppkt 4 lit. a/ SWZ), „System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” (pkt XVII, ppkt 4 lit. b/ SWZ), „System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” (pkt XVII, ppkt 4 lit. c/ SWZ), „System zarządzania jakością wg AQAP 2110:2016 w procesach operacyjnych obejmujących: wykonawstwo obiektów medycznych” (pkt XVII, ppkt 4 lit. d/ SWZ), „System zarządzania środowiskowego wg ISO 14001:2015 w zakresie: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” (pkt XVII, ppkt 4 lit. e/ SWZ);
 - 5) zmiany Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ) w ten sposób, że odbiór końcowy dokonywany będzie bez wad istotnych, wady nieistotne będą usuwane w terminie uzgodnionym przez Strony, a wystawienie faktury końcowej i ostateczne rozliczenie nastąpią po podpisaniu protokołu odbioru końcowego bez wad istotnych;
 - 6) zmiany Projektu umowy dotyczącego Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ) w ten sposób, że:
 - a) wskazana w § 18 ust. 1 pkt 1) Projektu umowy kara umowna za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 umowy **wynosić będzie 0,1 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki;
 - b) wskazana w § 18 ust. 1 pkt 2) Projektu umowy kara umowna za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych po odbiorze końcowym, w okresie gwarancji lub rękojmi, **wynosić będzie 0,1 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;
 - c) wskazana w § 18 ust. 1 pkt 3) Projektu umowy kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy lub rozwiązania Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, **wynosić będzie 10 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 Umowy;
 - d) wskazana w § 18 ust. 4 Projektu umowy łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **15 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 14 ust. 1 umowy.
- V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a także zasady punktowania i oceny ofert w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia. To utrudnia przygotowanie i złożenie w przedmiotowej sprawie oferty, a także utrudnia uzyskanie dobrej punktacji oferty w ramach oceny ofert. Nadto takie ukształtowanie wskazanych zapisów prowadzi to sytuacji, w której wykonawcy potencjalnie mający zdolność techniczną i zawodową pozwalającą prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia i dający rękojmię prawidłowej realizacji wskazanego zadania inwestycyjnego nie będą mogli złożyć ofert z uwagi na wskazanie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego i nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto wykonawcy

nie byłoby narażeni na negatywne konsekwencje wynikające z nieuprawnionego ukształtowania przez Zamawiającego zasad oceny ofert i przyznawania punktów. W przypadku uwzględnienia odwołania usunięte zostałyby ww. nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego. W konsekwencji także Odwołujący nie byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków bezpodstawnego ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu, czy skutków niezgodnego z przepisami ustalenia zasad oceny i punktowania ofert, albowiem w perspektywie potencjalnie skutkować to może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu potencjalnie złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do inwestycji referencyjnych, a także osób przewidzianych do pełnienia konkretnych funkcji (pkt V. ppkt 1.4.1. i 1.4.2. SWZ) m.in. w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w zakresie wskazanym w zarzutach sformułowanych na wstępie niniejszego odwołania. Takie sformułowanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w praktyce oznacza, że udziału w postępowaniu zostaną pozbawieni także wykonawcy dający Zamawiającemu realną rękojmię prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Nadto Zamawiający w sposób m.in. nadmierny i nieuzasadniony ukształtował zasady oceny i punktowania ofert (kryteria oceny ofert) w postępowaniu przetargowym. Prowadzi to potencjalnie do możliwości pozyskania zamówienia przez podmiot, który spełnia wyszukane oczekiwania Zamawiającego, a nie taki, który dając rękojmię należytego wykonania zamówienia, spełnia obiektywne i dopuszczalne kryteria oceny i punktowania.

Dodatkowo sporządzony przez Zamawiającego projekt umowy jest w konkretnych postanowieniach niezgodny z obowiązującymi przepisami.

I.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu powinny zostać określone w sposób minimalny zapewniający Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a przy tym proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to m.in. art. 112 ust. 1 PZP, zgodnie z którym, „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”. Wskazane warunki powinny zatem zostać określone przez Zamawiającego w sposób, które zabezpieczy go przed dostępem do postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym sformułowane warunki udziału w postępowaniu nie

powinny jednak prowadzić do ograniczenia dostępu do postępowania podmiotom obiektywnie dającym Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO (konkluzje wynikające z wyroków KIO dotyczących analizowanego zagadnienia zachowują swoją aktualność także na gruncie aktualnego PZP). Jak przykładowo wskazała KIO m.in. w uzasadnieniu wyroku z 16 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1500/19), „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**. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu **w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz w sposób umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych **poprzez minimalny poziom**. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu.”. Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z 23 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 550/20) wskazała, że „(...) 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**.”.

II.

Zamawiający w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia wymaga, aby inwestycje referencyjne dot. wykonawcy, jak i poszczególnych osób wskazanych przez wykonawcę do pełnienia konkretnych funkcji w trakcie wykonywania przedmiotu umowy posiadały wartość 22 000 000 zł brutto. Takie oczekiwanie Zamawiającego jest nadmierne i nieproporcjonalne. Nie jest to także wymaganie na minimalnym poziomie zdolności. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający, wskazując przy tym 7 – letni okres referencyjny dla doświadczenia referencyjnego wykonawcy i wskazując wartość inwestycji referencyjnych dla poszczególnych osób przewidzianych do pełnienia funkcji, powinien mieć na uwadze wzrost cen i kosztów na rynku usług budowlanych, który nastąpił zwłaszcza w ostatnim okresie czasowym. To oznacza, że roboty, co do których aktualnie Zamawiający oczekuje wartości 22 000 000 zł brutto, w czasie np. 7 lat przed upływem terminu składania ofert były wartościowo znacznie niższe mimo objęcia przedmiotem zamówienia potencjalnie tego samego zakresu robót. Taki wniosek jest tym bardziej uprawniony, że rozpoczęcie realizacji np. poszczególnych zadań referencyjnych mogło przecież nastąpić jeszcze wcześniej niż 7 lat przed upływem terminu składania ofert.

W szczególności Wykonawca wskazuje, że na wartość konkretnych inwestycji ma także wpływ ilość robót wykonywanych w ramach realizacji tego konkretnego zadania inwestycyjnego. Zatem powielanie konkretnych rodzajów robót czy większych ilości robót w żadnym razie nie prowadzi do nabycia przez wykonawcę zwiększonego doświadczenia. Na wykazanie spełnienia minimalnego poziomu zdolności wymaganego w postępowaniu, a przy tym proporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu, niezbędne i istotne jest wykazywanie realnie nabywanego konkretnego doświadczenia, a nie powinno to być ilościowe powielanie realizacji robót w konkretnej formule czy ilości.

W powyższych okolicznościach wskazany wymóg Zamawiającego co do wartości inwestycji referencyjnych wskazanych przez wykonawcę celem wykazania jego doświadczenia, a także inwestycji referencyjnych odnoszących się do doświadczenia osób wskazywanych do pełnienia konkretnych funkcji powinien zostać ograniczony do wartości 15 000 000 zł brutto.

Podobnie nieuzasadnione i nadmierne są sporządzone przez Zamawiającego bardzo szczegółowe charakterystyki inwestycji referencyjnych wymaganych w odniesieniu do wykonawcy i osób wskazywanych przez niego do pełnienia funkcji w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego. Drobiazgowo opisywanie przez Zamawiającego wymagań co do inwestycji referencyjnych prowadzi w istocie do nieuprawnionego ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu dla wykonawców obiektywnie dających rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Co więcej, do wykazania rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia nie jest niezbędne, aby inwestycja referencyjna w zakresie doświadczenia wykonawcy czy osoby przewidywanej do pełnienia funkcji w trakcie realizacji była inwestycją o przedmiocie tożsamym zakresowo z inwestycją objętą postępowaniem przetargowym.

Powyższe ma w szczególności zastosowanie do drobiazgowego wskazania przez Zamawiającego konkretnych robót elektrycznych i instalacji teletechnicznych, tj. sygnalizacji pożaru, strukturalnej, przyzywowej, kontroli dostępu, RTV, telewizji dozorowej CCTV. Tak szczegółowe wskazanie konkretnych robót i instalacji jest nadmierne, całkowicie nieuprawnione i całkowicie zbędne. Wykonanie konkretnej pojedynczej ze wskazanych instalacji nie prowadzi przy tym do nabycia żadnych dodatkowych doświadczeń. Nadto część ze wskazanych instalacji jest obligatoryjna w obiektach leczniczych, a część ma charakter wyłącznie fakultatywny, a przy tym wyłącznie rozrywkowy (RTV – nie służy do celów leczniczych) i nie jest obligatoryjna do wykonania w obiekcie leczniczym.

Nieuprawnione i nadmierne jest również wymagane przez Zamawiającego, aby instalacja gazów medycznych została wykonana wraz z panelami przyłóżkowymi. Wykonawca zwraca uwagę, że wykonanie montażu paneli przyłóżkowych do instalacji gazów medycznych nie jest ani elementem koniecznym do certyfikacji instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego, ani też w żaden sposób nie wpływa na wykonanie wskazanej instalacji jako kompletnego wyrobu medycznego. Montaż paneli przyłóżkowych nie jest przy tym elementem niezbędnym do certyfikacji instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego (zamawiający często powierzają wykonanie montażu wskazanych paneli w ramach tzw. dostaw inwestorskich podmiotom niewykonującym przedmiotu głównego zamówienia, tj. poza przedmiotem głównego przedmiotu zamówienia). Nadto wskazania wymaga, że panele przyłóżkowe są montowane na oddziałach łóżkowych, a rzadko w blokach operacyjnych i SOR-ach, gdzie stosuje się dużo bardziej skomplikowane urządzenia, np.: mosty medyczne, kolumny chirurgiczne itp. W konsekwencji wymóg wykonania instalacji gazów medycznych z panelami przyłóżkowymi jest całkowicie zbędny w odniesieniu do inwestycji referencyjnych i nadmiernie ograniczający dostęp do udziału w postępowaniu.

Dodatkowo wskazać należy, że niektóre z wymaganych przez Zamawiającego cech referencyjnych w praktyce bardzo często wzajemnie się wykluczają np.: Zamawiający wymaga, że konkretny budynek szpitala musi zawierać sale operacyjne lub blok operacyjny lub SOR i jednocześnie oddziały łóżkowe w ilości 2 po min. 20 łóżek. Tymczasem nie jest zasadą, że budynek szpitala zawierający sale operacyjne lub blok operacyjny lub SOR musi posiadać oddziały łóżkowe. Funkcje te z reguły rozdzielane są pomiędzy budynkami szpitala, a łącznie występują tylko w dużych budynkach o powierzchniach znacznie przekraczających 2400m² powierzchni całkowitej. Często też w ostatnich latach występowały budowy polegające na rozbudowie szpitali o budynki SOR, które zgodnie ze swoją funkcją nie posiadały oddziałów łóżkowych. W konsekwencji wskazać należy, że nie ma mniejszego doświadczenia wykonawca, który zrealizował dwie różne budowy, z których jedna była blokiem operacyjnym, a druga pawilonem łóżkowym, niż wykonawca który zrealizował jedną budowę zawierającą obie te funkcje. Zatem nieuprawnione jest oczekiwanie przez Zamawiającego, aby inwestycja referencyjna dot. doświadczenia wykonawcy obejmowała wykonanie zarówno „*min. 2 sal operacyjnych i/lub bloku operacyjnego i/lub SOR-u*” jak i „*min. 2 oddziałów łóżkowych /min. po 20 łóżek dla każdego oddziału/*”.

Powyższe wnioski są tym bardziej uzasadnione, że w warunkach niniejszego postępowania przetargowego Zamawiający oczekuje zarówno od wykonawcy posiadania szczegółowego doświadczenia, jak i dysponowania doświadczonym zespołem osobowym. Zapewnienie spełnienia wymagań Zamawiającego w obu wskazanych kwestiach w praktyce oznacza konieczność spełnienia bardzo szczegółowych i rozbudowanych, a przy tym nadmiernych i nieproporcjonalnych wymagań Zamawiającego.

Powyższe wnioski wynikają również z orzecznictwa KIO, także tego wydanego na gruncie poprzedniej ustawy PZP, ale aktualnego również na gruncie aktualnych przepisów. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 3 lipca 2020 r. (sygn. akt: KIO 1001/20) wskazała, że „warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi doświadczeniem gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.”. Jak zaś wskazał WSA w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2020 r. (sygn. akt III SA/Łd 518/19), „Opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności oraz warunkami realizacji przedmiotu zamówienia i być w stopniu adekwatnym do zamówienia. **Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może zatem - respektując wymóg zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - w ogłoszeniu o zamówieniu - wprowadzać warunków, w istocie rzeczy eliminujących z możliwości ubiegania się o to zamówienie szerokiego kręgu potencjalnych wykonawców, co odnosi się w szczególności do stawiania warunków nieadekwatnych, niekoniecznych w relacji do przedmiotu zamówienia.**”.

Nadmierne i nieuprawnione jest również wymaganie przez Zamawiającego w odniesieniu do inwestycji referencyjnych dot. warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób wskazanych do pełnienia funkcji polegającego na tym, aby wskazana inwestycja referencyjna (pkt V, ppkt 1.4.2. A. lit. d), pkt V, ppkt 1.4.2. B. lit. d), pkt V, ppkt 1.4.2. C. lit. d) SWZ, pkt V, ppkt 1.4.2. D. tiret czwarty SWZ) w odniesieniu do konkretnych osób obejmowała realizację min. 2 oddziałów łóżkowych (każdy po min. 20 łóżek). Takie sformułowanie wymagań przez Zamawiającego oznacza, że uniemożliwia wykazanie doświadczenia osób za pomocą m.in. budynków szpitalnych zawierających działy typu bloki operacyjne, SOR-y, bloki porodowe, działy diagnostyki, izby przyjęć, sterylizatornie, laboratoria, w których nie było oddziałów łóżkowych ponieważ zostały zlokalizowane w innych budynkach szpitala. Doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu oddziałów łóżkowych nie jest przy tym niczym szczególnym, albowiem pokoje łóżkowe są jedną z mniej skomplikowanych części szpitala i nie są w ramach ich wykonywania realizowane żadne szczegółowe czy skomplikowane roboty. Pokoje łóżkowe z pewnością nie są bardziej wymagającymi do wykonania pod względem organizacyjnym, technologicznym i materiałowym od pomieszczeń typu sale intensywnego nadzoru, sale pooperacyjne, sale operacyjne, centralne sterylizatornie, pokoje zabiegowe itp. W konsekwencji racjonalne jest usunięcie wskazanego wymogu w odniesieniu do inwestycji referencyjnych wymaganych dla osób wskazanych do pełnienia konkretnych funkcji, co umożliwi wykazanie się niezbędnym doświadczeniem osób także za pomocą robót dużo bardziej skomplikowanych niż oddziały łóżkowe.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO (aktualne także na gruncie aktualnego PZP). Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 23 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 550/20) wskazała, że „Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania

zamówienia. **Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji.**”.

III.

Podobnie nieuzasadnione jest oczekiwanie przez Zamawiającego, aby inwestycje referencyjne wskazane do oceny ofert i punktacji w odniesieniu do osób wskazanych na funkcje a) kierownika budowy, b) kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych sanitarnych, c) kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadały wartość odpowiednio 20.000.000 zł brutto czy 22.000.000 zł brutto.

Jak zostało wskazane powyżej, takie oczekiwanie Zamawiającego jest nieuprawnione i nadmierne. Wskazać należy, że osoba zdobywająca doświadczenie realizuje konkretne zadanie inwestycyjne przez długi okres czasu. Jednocześnie podniesienia wymaga, że Zamawiający, wskazując przy tym 10 – letni okres referencyjny dla punktowanych inwestycji referencyjnych dla poszczególnych osób, powinien mieć na uwadze wzrost cen i kosztów na rynku usług budowlanych, który nastąpił we wskazanym okresie czasowym. To oznacza, że roboty, co do których aktualnie Zamawiający oczekuje wartości 20.000.000 czy 22.000.000 zł brutto, w czasie 10 lat przed upływem terminu składania ofert były wartościowo znacznie niższe mimo objęcia przedmiotem zamówienia wymaganego przez Zamawiającego zakresu robót. Taki wniosek jest tym bardziej uprawniony, że rozpoczęcie realizacji poszczególnych zadań referencyjnych mogło przecież nastąpić jeszcze wcześniej niż 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

W powyższych okolicznościach wskazany wymóg Zamawiającego co do wartości inwestycji referencyjnych punktowanych odnoszących się do doświadczenia osób wskazywanych do pełnienia funkcji powinien zostać ograniczony do wartości 15 000 000 zł brutto.

Dodatkowo wskazania wymaga, że Zamawiający nadmiernie wymaga w stosunku do konkretnych osób (tirety drugie) minimalnych okresów pełnienia funkcji na 8 miesięcy. Czasookres pełnienia funkcji na kolejnych inwestycjach referencyjnych nie prowadzi bowiem sam w sobie do nabywania dodatkowych doświadczeń przez kierownika budowy czy robót, zwłaszcza w przypadku, gdy konkretny kierownik obiektywnie ma długoletnie doświadczenie zawodowe. To oznacza, że wskazany czasookres wymaga co najmniej skrócenia zgodnie z żądaniami odwołania lub całkowitego usunięcia.

IV.

Nieuprawnione jest punktowanie przez Zamawiającego w ramach oceny ofert (Standardy Jakości) kwestii posiadania przez Wykonawcę takich certyfikatów, jak w szczególności „System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt”, „System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt”, „System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt”, „System zarządzania jakością wg AQAP 2110:2016 w procesach operacyjnych obejmujących: wykonawstwo obiektów medycznych – 2 pkt”, „System zarządzania środowiskowego wg ISO 14001:2015 w zakresie: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego – 2 pkt”.

Uzasadniając powyższe wskazać należy, że w odniesieniu do wskazanych norm

dodanie w certyfikacie rozszerzeń „*wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego*” lub podobnych w praktyce nie przekłada się na żadne dodatkowe korzyści czy atuty dla Zamawiającego, ani też nie determinuje większej fachowości czy większego poziomu profesjonalizmu konkretnego wykonawcy. Taki wniosek jest tym bardziej uprawniony, że podmioty funkcjonujące na rynku generalnych wykonawców są podmiotami o profilu działalności przede wszystkim ogólnobudowlanej. Wskazać także należy, że zakres certyfikacji jest ustalany przez konkretnych wykonawców, w konsekwencji czego jest on opisany tak, jak wskazuje do certyfikacji konkretny podmiot. Obiekty medyczne na tożsamym poziomie fachowości, profesjonalizmu i jakości jest w stanie wykonać podmiot posiadający w zakresie certyfikacji w szczególności generalne wykonawstwo obiektów kubaturowych, jak i podmiot mający szczegółowo wskazane wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego. Zatem samo z siebie wskazanie w certyfikacie rozszerzenia „*wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego*” lub podobnego nie przekłada się na żaden zwiększony poziom fachowości czy profesjonalizmu wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek zrealizować prawidłowo inwestycję, tj. m.in. zgodnie z przepisami, normami itp., a do wykonania tego nie jest niezbędne ani kluczowe posiadanie przez wykonawcę certyfikatów z rozszerzeniami wskazanymi przez Zamawiającego.

Na marginesie powyższego wspomnieć także należy, że Zamawiający w swoich wymaganiach powołał się m.in. na normę ISO 18001, która została zastąpiona normą ISO 45001:2018.

V.

Zawyżone w przedmiotowej sprawie zostały kary umowne wskazane przez Zamawiającego w projekcie umowy dot. Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ). Wskazać należy, że kara umowna pełni przede wszystkim funkcję zryczałtowanego odszkodowania, które prowadzić ma do naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela. Jako taka, kara umowna nie powinna być oderwana od ewentualnej szkody i nadmiernie wysoka.

Jak przykładowo wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 12 marca 2020 r. (sygn. akt V AGa 117/19), **„Względy aksjologiczne przemawiają za tym, iż zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, zaś szkoda - lub jej brak - determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej. Kara umowna może przy tym być rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 KC już w momencie jej zastrzegania albo stać się rażąco wygórowaną w następstwie późniejszych okoliczności, do których zalicza się fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma.”** Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 18 grudnia 2018 r. (sygn. akt IV CSK 491/17) wskazał że, **„Rażąco wygórowanie kary należy ważyć mając na uwadze stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością zobowiązania głównego, jak też długotrwałość, dolegliwość, istotność i konsekwencje naruszenia przez dłużnika obowiązków umownych.”** Także Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 kwietnia 2018 r. (sygn. akt V AGa 92/18) wskazał, że **„Kara umowna może być rażąco wygórowana już w momencie zawierania, czy nawet realizowania umowy (...).”**

Podobne stanowisko przedstawiała w swoim orzecznictwie także Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 30 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2219/17) wskazała, że **„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją**

uważać za rażąco wygórowaną. **Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary** (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruuje postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. **Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.”**

Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego we wskazanych w zarzutach postanowieniach umownych są rażąco wygórowane, nieadekwatne do potencjalnych uchybień i prowadzące potencjalnie do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego zarówno w odniesieniu do wysokości kar za pojedyncze uchybienia, jak i do łącznej wysokości możliwych do naliczenia kar umownych. W szczególności za pojedyncze uchybienia Wykonawca w praktyce może utracić kwoty odpowiadające istotnej części wynagrodzenia, bez względu na wysokość rzeczywistej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Praktyczna doniosłość zastrzeżenia przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kar umownych jest tym bardziej dotkliwa, że Zamawiający jest uprawniony do potrącania wskazanych kar umownych z bieżącego wynagrodzenia należnego Wykonawcy. To oznacza, że Zamawiający pod pretekstem rozliczenia niewspółmiernie wysokich kar umownych, może w praktyce pozbawić Wykonawcę istotnej części wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

W powyższych okolicznościach zasadne jest postawienie zarzutów i dokonanie zmian zgodnie z wnioskami przedstawionymi na wstępie niniejszego pisma.

VI.

Nieuprawnione jest, przewidywane i oczekiwane aktualnie przez Zamawiającego zgodnie z Projektem umowy dotyczącym Pakietu nr 1 (Załącznik nr 9a do SWZ), wymaganie przez Zamawiającego, aby odbiór końcowy miał charakter bezusterkowy.

Uzasadniając powyższe Wykonawca wskazuje, że wady nieistotne (tzw. usterki) nie mogą stanowić przyczyny odmowy odbioru i odmowy zapłaty wynagrodzenia. Taka konkluzja wynika jednoznacznie m.in. z orzecznictwa sądowego dotyczącego wskazanego zagadnienia.

Jak przykładowo wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 12 marca 2021 r. (sygn. akt V CSKP 14/21), **„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady)”. Podobnie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z 17 lutego 2021 r. (sygn. akt I ACa 583/19) wskazując, że **„Odbiór robót nie może być uzależniony od braku wad lub usterek tych****

robót. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę dokonania odbioru, a i tak winno to odbyć się poprzez przeprowadzenie czynności odbiorowych, jako reakcji na zgłoszenie zakończenia robót. W trakcie sporządzania protokołu końcowego odbioru robót zamawiający miałby możliwość stwierdzenia wad lub błędów w wykonaniu przedmiotu umowy, a nadto wyznaczenia wykonawcy terminu na ich usunięcie.” Także Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 26 kwietnia 2019 r. (sygn. akt VII AGa 1452/18) wskazał, że **„Inwestor jest (...) uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem (...)”**.

Podobnie we wskazanej kwestii wypowiadała się także Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 19 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3440/20) wskazała, że **„W świetle art. 647 KC inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależnić 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.**” Podobnie KIO wskazała w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 781/20), **„W świetle art. 647 KC inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależnić 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 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, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru.**”

Powyższe oznacza, że aktualna treść projektu umowy jest niezgodna we wskazanej kwestii z obowiązującymi przepisami. W konsekwencji zasadne jest postawienie zarzutów i dokonanie zmian wskazanych na wstępie niniejszego odwołania.

VII.

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania. W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania daleko idących modyfikacji.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

RADCA PRAWNY
Lukasz Rapiewicz
Łukasz Rapiewicz
Nr wpisu WA-8454

W załączeniu:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od ERBUD S.A. dla pełnomocników;
3. informacja z KRS dot. ERBUD S.A.;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
5. 2 odpisy pełnomocnictwa z informacją z KRS dot. ERBUD S.A.