

Warszawa, dnia 24 maja 2021r.

**Do**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

ERBUD S.A. wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie **pod numerem KRS 0000268667**, NIP 8790172253, z siedzibą w Warszawie

ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

tel.: +48 22 161 53 00

email: rafal.skrzypczak@erbud.pl

reprezentowane przez:

pełnomocnika adwokata Rafała M. Skrzypczaka

ul. Klimczaka 1

02-797 Warszawa

tel.: +48 692 242 760

email: [rafal.skrzypczak@erbud.pl](mailto:rafal.skrzypczak@erbud.pl)

**Zamawiający:**

Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego  
SPZOZ w Krakowie

os. Na Skarpie 66

31-913 Kraków

tel.: +48 12 622 94 13

email: zpubl@zeromski-szpital.pl

**Przedmiot zamówienia:**

Budowa dodatkowego pawilonu dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Szpitala

Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego SP  
ZOZ w Krakowie Numer referencyjny: ZP/1/2021

**Rodzaj zamówienia:**

Roboty budowlane

**Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym  
Unii Europejskiej:**

2021/S 093-240435

**Wskazanie czynności lub zaniechania  
czynności zamawiającego, której zarzuca się  
niezgodność z przepisami ustawy:**

Treść ogłoszenia wszczynającego postępowanie  
o udzielenie zamówienia oraz treść dokumentów  
zamówienia

**Wartość szacunkowa zamówienia:**

Ustalona kwota przekracza progi unijne, o których  
mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 11 września  
2019r. – *Prawo zamówień publicznych*, zwanej  
dalej „ustawa”

**Wysokość wpisu od odwołania:**

20.000,00 zł – stosownie do § 2 ust. 2 pkt 2)  
rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30  
grudnia 2020r. w sprawie *szczegółowych  
rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,  
ich rozliczania oraz wysokości i sposobu  
pobierania wpisu od odwołania*

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „**Wykonawca**” lub „**Odwolujący**”, jako ustanowiony pełnomocnik, odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1), 514, 515 ust. 1 pkt 1) lit a) oraz 516 ustawy wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego SPZOZ w Krakowie, dalej „**Zamawiający**”, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa dodatkowego pawilonu dla potrzeb Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego SP ZOZ w Krakowie Numer referencyjny: ZP/1/2021”*, dalej „**Postępowanie**”, polegających na:

1. określeniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, tj. ograniczających konkurencję, niejednoznacznych oraz sprzeczny z przepisami prawa;
  2. dokonaniu przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz sprzeczny z przepisami prawa;
- tj. od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia, dalej: „**SWZ**”, w Postępowaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2021r. pod numerem **2021/S 093-240435**.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 3 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy** przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaga **jedynie** aby o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaze, iż:

- 1.1) *„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej:*

*Jedną (1) robotą budowlaną, polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu oraz budowie i/lub przebudowie budynku/-ów, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum"*

*Jedną (1) robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu oraz przebudowie budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, obiekt musi być objęty ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum"; **oraz***

**1.2)** *„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej:*

*Jedną (1) usługę projektową polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu budynku/-ów, w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 500.000 zł brutto (pięćset tysięcy zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup>. W zakresie projektowania musi znajdować się wykonanie co najmniej: projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, projektów wykonawczych obejmujących wszystkie branże, STWiORB-ów.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum".*

tj. określenie warunków udziału w postępowaniu na zbyt wysokim, minimalnym poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy postawienie

warunków udziału w postępowaniu na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, umożliwi wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię/gwarancję należytego wykonania zamówienia, na odpowiednim poziomie jakościowym.

- 2) **art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 oraz 4 ustawy** poprzez dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wskazanie w dokumencie SOR – Uzupełnienie PFU – zał. Nr 5, że:

„• **Przewiązki - zmienić jeden akapit w pkt 3.4.1 na:** W zakresie architektury Przewiązki komunikacyjnej należy uwzględnić jej wkomponowanie w centralny dziedziniec Szpitala, z uwzględnieniem odpowiedniego, starannie zaprojektowanego połączenia z istniejącymi Budynkami „C” oraz „F” i „F1”. Elewacja między Budynkami C i F/F1 oraz F/F1 i SOR – jest objęta gwarancją, należy uzgodnić z Wykonawcom elewacji przejęcie warunków gwarancji na styku Budynków.

• **„Wymagania w zakresie włączeń w istniejące instalacje” jak pkt 3.14:** Ponieważ instalacje (w bud F1,D1,E,G i międzyobiektowe) są nowowytbudowane i na gwarancji Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnień z Warbud SA warunków realizacji zadania inwestycyjnego, rozwiązań projektowych całości inwestycji w szczególności w branżach instalacyjnych, włączeń systemowych, programowania i konfiguracji systemów, oraz przeprowadzenia włączeń nowych instalacji bez utraty gwarancji”.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ/ogłoszenia poprzez:

1. Zastąpienie w całości w pkt 7.2. SWZ Lp 2 Zdolności techniczna lub zawodowa:

1.1. warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 1 na następujący:

„1. Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie

wykonał, co najmniej:

*Jedną (1) robotą budowlaną, polegającą na budowie i/lub przebudowie budynku/-ów i/lub nadbudowie i/lub rozbudowie, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum"*

*Jedną (1) robotę budowlaną, polegającą na budowie i/lub przebudowie budynku/-ów i/lub nadbudowie i/lub rozbudowie budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, obiekt musi być objęty ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków.*

*Zamawiający dopuszcza oddzielne lub łączne spełnienie ww. warunków w ramach realizacji jednej (1) roboty budowlanej.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum".*

**1.2.** warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 2 na następujący:

*„2. Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej:*

*Jedną (1) usługę projektową, polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu budynku/-ów, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>.*

*Jedna (1) usługa projektowa, polegająca na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu*

*budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, musi być objęta ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków.*

*W zakresie projektowania musi znajdować się wykonanie co najmniej: projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, projektów wykonawczych obejmujących wszystkie branże, STWiORB-ów.*

*Zamawiający dopuszcza oddzielne lub łączne spełnienie ww. warunków w ramach realizacji jednej (1) usługi projektowej.*

*W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia np. Konsorcjum powyższy warunek musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. członek Konsorcjum”.*

2. Zmodyfikowanie poniższego fragmentu w dokumencie SOR – Uzupełnienie PFU – zał. Nr 5:

- *Przewiązki - zmienić jeden akapit w pkt 3.4.1 na: W zakresie architektury Przewiązki komunikacyjnej należy uwzględnić jej wkomponowanie w centralny dziedziniec Szpitala, z uwzględnieniem odpowiedniego, starannie zaprojektowanego połączenia z istniejącymi Budynkami „C” oraz „F” i "F1". Elewacja między Budynkami C i F/F1 oraz F/F1 i SOR – jest objęta gwarancją, należy uzgodnić z Wykonawcom elewacji przejęcie warunków gwarancji na styku Budynków”;*

*w taki sposób, aby wynikały z niego zasady, na jakich ma nastąpić przejęcie warunków gwarancji na styku Budynków przez wykonawcę ubiegającego się o realizację zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania;*

3. Usunięcie w całości następującego fragmentu znajdującego się w dokumencie SOR – Uzupełnienie PFU – zał. Nr 5:

*„• „Wymagania w zakresie włączy w istniejące instalacje” jak pkt 3.14: Ponieważ instalacje (w bud F1,D1,E,G i międzyobiektowe) są nowowytbudowane i na gwarancji Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnień z Warbud SA warunków realizacji zadania inwestycyjnego, rozwiązań projektowych całości inwestycji w szczególności w branżach instalacyjnych, włączy systemowych, programowania i konfiguracji systemów, oraz przeprowadzenia włączy nowych instalacji bez utraty gwarancji”.*

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od daty ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2021r. pod numerem **2021/S 093-240435**.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy przesłana Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania drogą elektroniczną.

Wnosimy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów na fakty powołane w niniejszym piśmie.

#### Uzasadnienie:

##### **1. Materialnoprawna dopuszczalność odwołania**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z ww. przepisem, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym legitymacja czynna powiązana została z charakterem podmiotu (wykonawca, uczestnik konkursu lub inny podmiot) oraz jego sytuacją podmiotową w danym postępowaniu (ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę), a także czynnikiem przedmiotowym, jakim jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Innymi słowy legitymowany do skorzystania ze środków ochrony prawnej będzie wyłącznie taki podmiot, który będąc jednym z wymienionych w ust. 1 art. 505 ustawy podmiotów dozna lub będzie mógł doznać uszczerbku wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego Postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia objętego Postępowaniem, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treści ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia



Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Jak wskazano m.in. w:

– wyroku KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12): *„Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej”*.

– wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecznictwem): *„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”*.

– Wyroki KIO z dnia 31 lipca 2015 r. lex 1771700 w odwołaniu od treści SIWZ wykonawca nie

tylko wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty.

Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa.

Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szansę na jego uzyskanie.

## **2. Uzasadnienie zarzutów odwołania**

### **2.1. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 3 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy**

Zamawiający formułując warunki uczestnictwa w Postępowaniu dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 3 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy.

W zakresie pierwszego z kwestionowanych w niniejszym odwołaniu warunków wskazanych pkt 7.2. SWZ Lp 2 Zdolności techniczna lub zawodowa Zamawiający zastrzegł, że *„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej: Jedną (1) robotą budowlaną, polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu oraz budowie i/lub przebudowie budynku/-ów, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>”.*

Ww. warunek jest nieproporcjonalny i może prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji

w toku Postępowania. W świetle bowiem zapisów art. 16 oraz 112 ustawy, zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu powinien tego dokonywać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, *„Aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony w art. 22 ust. 5 p.z.p., w którym wskazano, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”* (wyrok z 15 kwietnia 2018r., KIO 476/16). *„Niewłaściwym jest wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamego z tym opisanym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny - zbadania, czy są, jak to stanowi powołany art. 22 ust. 4 p.z.p., do niego proporcjonalne”* (wyrok z 14 sierpnia 2014r., KIO 1569/14). Zamawiający ma prawo opisać sposób dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu tak, aby dopuścić szeroką konkurencję do udziału w postępowaniu, natomiast wszelkie ograniczenia w dostępie do zamówienia powinny być usprawiedliwione obiektywną potrzebą zamawiającego (wyrok z 28 maja 2014r., KIO 970/14).

Należy wskazać, iż warunek wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej:

- Jedną (1) robotę budowlaną, polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu oraz budowie i/lub przebudowie budynku/-ów, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup> oraz
- Jedną (1) robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i/lub

przeprojektowaniu oraz przebudowie budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, obiekt musi być objęty ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków;

jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Przede wszystkim, dla weryfikacji zdolności potencjalnego wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia wystarczające jest legitymowanie się przez tegoż wykonawcę następującym oddzielnym doświadczeniem w zakresie:

1. Jednej (1) roboty budowlanej, polegającej na budowie i/lub przebudowie budynku/-ów i/lub nadbudowie i/lub rozbudowie, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>;
2. Jednej (1) robocie budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie budynku/-ów i/lub nadbudowie i/lub rozbudowie budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, obiekt musi być objęty ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków;
3. Jednej (1) usługi projektowej, polegającej na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu budynku/-ów, (obiektu kubaturowego) w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>;
4. Jednej (1) usługi projektowej polegającej na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu budynku/-ów użyteczności publicznej o wartości każdego zadania nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (dwadzieścia milionów zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.500 m<sup>2</sup>, musi być objęta ochroną konserwatora zabytków lub znajdować się na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków;

z tym zastrzeżeniem, że dopuszczalne będzie uznanie przez Zamawiającego dopuszczalności łącznego spełnienia: warunku 1 oraz warunku 2 opisanego powyżej w ramach realizacji jednej budowy, zaś warunku 3 oraz warunku 4 w ramach realizacji jednej usługi projektowej.

Utrzymanie ww. warunku w brzmieniu wskazanym w SWZ przez Zamawiającego nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia. Ww. warunek jest zbyt rygorystyczny i nieproporcjonalny, tj. został postawiony przez Zamawiającego na nieodpowiednim poziomie, nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zapis ten w zasadzie wyklucza możliwość korzystania z potencjału podwykonawców.

Podkreślić należy, że na rynku jest bardzo niewielka liczba podmiotów, które spełniają ww. warunek wpisany do SWZ przez Zamawiającego, bowiem w praktyce zadania podobne do tego, które jest objęte Postępowaniem, są dzielone na dwie fazy, tj. fazę projektowania i fazę budowy. Nie zmienia to jednak faktu, że wykonawca legitymujący się oddzielnym doświadczeniem w zakresie realizacji tylko fazy projektowania oraz tylko fazy budowy daje taką samą rękomię należytego wykonania zamówienia jak wykonawca, który łącznie – tj. w ramach jednego zamówienia – wykonał te prace. Z tego też względu pozostawienie tego warunku uczestnictwa w obecnym brzmieniu jedynie znacząco ograniczy konkurencję. Natomiast modyfikacja ww. warunku, stosownie do wniosków odwołania, doprowadzi do uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych oraz rozszerzy znacząco krąg podmiotów, które będą mogły się ubiegać o realizację zamówienia objętego Postępowaniem.

Zwrócić należy również uwagę na to, że gwarancję należytego wykonania zamówienia stanowią również inne nie kwestionowane przez Wykonawcę w pkt 7.2. SWZ Lp 2 Zdolności techniczna lub zawodowa warunki stawiane osobom projektantów uczestniczących w realizacji przedmiotowego zamówienia, tj.:

**1. Projektant w specjalności architektonicznej:**

- a) osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności architektonicznej;
- b) osoba posiadająca aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- c) osoba która zrealizowała co najmniej:
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków użyteczności publicznej znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków o powierzchni użytkowej co najmniej 3.000m<sup>2</sup> każdy,
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków, w których wykonywana jest działalność lecznicza o powierzchni użytkowej co najmniej 3.500m<sup>2</sup> każdy.

Powyższe wymagania projektant musi spełnić łącznie.

**2. Projektant w specjalności konstrukcyjno-budowlanej:**

- a) osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- b) osoba posiadająca aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- c) osoba, która zrealizowała co najmniej:
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków użyteczności publicznej znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków o powierzchni użytkowej co najmniej 3.000m<sup>2</sup> każdy,
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków, w których wykonywana jest działalność lecznicza o powierzchni użytkowej co najmniej 3.500m<sup>2</sup> każdy.

Powyższe wymagania projektant musi spełnić łącznie.

**3. Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych:**

- a) osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych;
- b) osoba posiadająca aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- c) osoba, która zrealizowała co najmniej:
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków użyteczności publicznej znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków o powierzchni użytkowej co najmniej 3.000m<sup>2</sup> każdy,
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków, w których wykonywana jest działalność lecznicza o powierzchni użytkowej co najmniej 3.500m<sup>2</sup> każdy.

Powyższe wymagania projektant musi spełnić łącznie.

**4. Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:**

- a) osoba posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- b) osoba posiadająca aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- c) osoba, która zrealizowała co najmniej:
  - jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków użyteczności publicznej znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków o powierzchni użytkowej co najmniej 3.000m<sup>2</sup> każdy,

- jeden (1) projekt architektoniczny dla budynków, w których wykonywana jest działalność lecznicza o powierzchni użytkowej co najmniej 3.500m<sup>2</sup> każdy.

Powyższe wymagania projektant musi spełnić łącznie.

Jednocześnie należy podkreślić, że w odniesieniu do żadnej z ww. osób Zamawiający nie stawia wymogu, a by legitymowała się uczestnictwem w projektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, jak ma to miejsce w pkt 7.2. SWZ Lp 2 Zdolności techniczna lub zawodowa pkt 1. Z tego względu odnośny warunek uczestnictwa wskazany w SWZ nie ma żadnego uzasadnienia z punktu widzenia zagwarantowania należytej realizacji umowy.

Oceniając kwestię proporcjonalności ww. warunku do przedmiotu zamówienia należy wziąć pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta jak w niniejszej sprawie zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, powinien być w stanie przedstawić racjonalne i obiektywnie uzasadnione wyjaśnienie, dlaczego dany warunek uznał za niezbędny oraz wykazać, w jaki sposób zapewni on dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający określił odnośny warunek wskazany w pkt 7.2. SWZ Lp 2 w taki sposób, że niektórzy z wąskiego kręgu wykonawców realizujących zadania podobne do objętego Postępowaniem, zostaliby pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu.

Co więcej, w zakresie drugiego z kwestionowanych w niniejszym odwołaniu warunków wskazanych pkt 7.2. SWZ Lp 2, tj.: „Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej: Jedną (1) usługę projektową polegającą na zaprojektowaniu i/lub przeprojektowaniu budynku/-ów, w których wykonywana jest działalność lecznicza (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 500.000 zł brutto (pięćset tysięcy zł brutto) i powierzchni całkowitej objętej zakresem zadania nie mniejszej niż 3.000 m<sup>2</sup>” wskazać należy, że spełnienie przez wykonawcę pierwszego z zawartych w SWZ wymagań dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej cytowanego na wstępie tej części uzasadnienia odwołania, co oznacza automatyczne spełnienie tego wymagania. Z tego też względu pozostawienie tego wymogu jest pozbawione jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia i czyni Postępowanie nieprzejrzystym.

**4.2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 oraz 4 ustawy**

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 oraz 4 ustawy poprzez dokonanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający wskazał w dokumencie SOR – Uzupełnienie PFU – zał. Nr 5, że:

„• Przewiązki - zmienić jeden akapit w pkt 3.4.1 na: W zakresie architektury Przewiązki komunikacyjnej należy uwzględnić jej wkomponowanie w centralny dziedziniec Szpitala, z uwzględnieniem odpowiedniego, starannie zaprojektowanego połączenia z istniejącymi Budynkami „C” oraz „F” i „F1”. Elewacja między Budynkami C i F/F1 oraz F/F1 i SOR – jest objęta gwarancją, **należy uzgodnić z Wykonawcom elewacji przejęcie warunków gwarancji na styku Budynków.** (...) [wyr. – pełn. Wykonawcy]

• „Wymagania w zakresie włączeń w istniejące instalacje” jak pkt 3.14: Ponieważ instalacje (w bud F1,D1,E,G i międzyobiektowe) są nowowytbudowane i na gwarancji **Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnień z Warbud SA warunków realizacji zadania inwestycyjnego, rozwiązań projektowych całości inwestycji w szczególności w branżach instalacyjnych, włączeń systemowych, programowania i konfiguracji systemów, oraz przeprowadzenia włączeń nowych instalacji bez utraty gwarancji**”.

Powyższe zapisy nie określają w sposób precyzyjny przedmiotu zamówienia, lecz odsyłają do uzgodnień z podmiotem trzecim, tj. Warbud S.A., które będą miały miejsce po zawarciu



umowy na realizację zadania. Już na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej Zamawiający powinien uzyskać od Warbud S.A. zarówno warunki przejęcia gwarancji na styku Budynków, jak i wytyczne co do tego, w jaki sposób powinno być realizowane zadanie w zakresie włączeń w istniejące instalacje.

Jak wynika z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W świetle orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, *„Przedmiot zamówienia, a więc również kwestie związane z terminem realizacji zamówienia, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego”* (wyrok z 7 lutego 2014r., KIO 2967/13). *„Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę”* (wyrok z 22 stycznia 2014r., KIO 24/14).

Ww. zapisy SWZ uniemożliwiają Wykonawcy dokonania oceny wszelkich ryzyk, które mogą wystąpić w związku z uzgodnieniami/ustaleniami, a także przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Ewentualne uzgodnienia/ustalenia z podmiotem trzecim w zakresie przejęcia gwarancji i sposobu realizacji zamówienia mogą nie tylko zwiększyć koszty realizacji zamówienia, lecz wiązać się również z koniecznością

wykonania przez Wykonawcę nieprzewidzianych świadczeń. W umowie na realizację zamówienia objętego Postępowaniem brak jest mechanizmów, które mogłyby uchronić Wykonawcę przed negatywnymi skutkami takich uzgodnień. Nadto, odnośne zapisy dają przewagę konkurencyjną Warbud S.A., jeżeli ten wykonawca zdecydowałby się ubiegać o realizację zamówienia. Pozycja Warbud S.A. w Postępowaniu byłaby o wiele lepsza od pozycji pozostałych wykonawców, gdyż Warbud S.A. w stosunku do pozostałych wykonawców mógłby poczynić pewne oszczędności nie licząc się z ryzykiem czynienia uzgodnień z samym sobą po zawarciu umowy.

Z tych względów odnośne zapisy SOR – Uzupełnienie PFU – zał. Nr 5 powinny zostać zmienione przez Zamawiającego w taki sposób, aby przedmiot zamówienia został opisany precyzyjnie w zakresie warunków przejęcia gwarancji na styku Budynków, jak i wytycznych co do tego, w jaki sposób powinno być realizowane zadanie w zakresie włączeń w istniejące instalacje. Tylko takie zredagowanie opisu przedmiotu zamówienia zagwarantuje uczciwą konkurencję w toku Postępowania.

\*\*\*

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

.....

**Załączniki:**

1. dowód uiszczenia wpisu
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
3. wydruk z CIKRS ERBUD S.A.
4. pełnomocnictwo od ERBUD S.A.