



Warszawa, 13 grudnia 2021 r.

O/Prokocim/EB/169/21

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

Zamawiający:

SZPITAL UNIWERSYTECKI W KRAKOWIE

ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków

Adres do korespondencji:

Szpital Uniwersytecki w Krakowie, Dział Zamówień
Publicznych, ul. Kopernika 19, pok. 20A, 31-501
Kraków

e-mail: abeben@su.krakow.pl

tel.: +48 124247216, faks: +48 124247120

Strona internetowa prowadzonego postępowania:

www.su.krakow.pl/strefa-kontrahenta/zamowienia-publiczne

Kanał elektronicznej komunikacji:

<https://www.soldea.pl/epz/epz/>

Odwołujący:

Warbud S.A.

ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa

KRS: 0000010823

tel. 22 567 60 00, faks: 22 567 60 01

e-mail: warbud@warbud.pl; przetargi@warbud.pl

reprezentowany przez pracownika p. Magdalenę Pożnyszą-Komorowską

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz.1129), w imieniu wykonawcy **Warbud S.A.** z siedzibą w Warszawie, dalej zwany „Odwołującym” lub „Warbud”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez **Zamawiającego** – Szpital Uniwersytecki w Krakowie, z siedzibą w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **zaprojektowanie, wybudowanie i wyposażenie budynku biurowego uzupełniającego Nową Siedzibę**

Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie - Prokocimiu, numer referencyjny: **DFP.271.121.2021.AB**, dalej: „**Postępowanie**”.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 grudnia 2021r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 235-615465.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1. art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy** przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże się doświadczeniem wyłącznie w odpowiednio w zaprojektowaniu/wybudowaniu budynku administracyjno-biurowego, a także w dysponuje projektantami w branżach architektonicznej, budowlanej, elektrycznej i sanitarnej, którzy posiadają doświadczenie w zaprojektowaniu wyłącznie budynków administracyjno-biurowych, a ponadto, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby każdy z wybudowanych budynków posiadał wszystkie elementy wyposażenia, specyficznego dla budynku administracyjno-biurowego, tj. wyposażenie ruchome, wyposażenie audio-video, wyposażenie informatyczne –serwerownie.
- 2. art. 353 (1) kodeksu cywilnego i art. 8 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp** to jest poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i rażące uprzywilejowanie w treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i w sposób stanowiący nadużycie prawa poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy postanowień nieproporcjonalnych, niejednoznacznych i niezgodnych z prawem, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się we wprowadzeniu definicji Wady (par. 1 ust. 2 UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór)), która to definicja w sposób bezzasadny i nadmierny rozszerza odpowiedzialność wykonawców i zupełnie pomija okoliczności, iż pojęcie wady fizycznej nie należy do języka potocznego, lecz jest konstrukcją normatywną i powinno być wykładane w świetle normy kodeksu cywilnego.
- 3. art. 353 (1) kodeksu cywilnego, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art.134 ust. 1 pkt 14) i pkt 17) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i określenie w par. 37 UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) procentowych wartości wynagrodzenia poszczególnych Etapów, oraz iż podstawą wystawienia faktur częściowych:1) częściowych - za Etap 1.1 oraz Etap 1.2, stanowiące do 5,5 % Wynagrodzenia będą Protokoły Odbioru każdego z Etapów, 2) częściowych - za Etapy od 2.1 do 10, stanowiące do 64,5 % Wynagrodzenia, będą Protokoły Odbioru Etapów, w sytuacji, gdy wycena na określonym przez

Zamawiającego poziomie procentowym jest niewspółmierna do rzeczywistej wartości poszczególnych etapów, co prowadzi do nieproporcjonalnego zaniżenia wartości poszczególnych etapów, obarczenie wykonawcy ryzykiem poniesienia nieuzasadnionej straty oraz w sposób rażący godzi w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

4. **art. 353 (1) kodeksu cywilnego, art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym (Pzp) oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, przerzucenie na Wykonawcę ryzyka inflacyjnego oraz ryzyka wzrostu cen w zakresie nieuwzględniającym realiów rynkowych oraz aktualnych wskaźników inflacyjnych i gospodarczych, a tym samym wyłączenie możliwości wprowadzania adekwatnych zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
5. **art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pełnej i ważnej oferty, spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, co przejawia się we wprowadzeniu do UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) postanowienia par. 34 ust. 3 pkt 4) w brzmieniu „nieodpłatną konserwację, regulację, wymiany i przeglądy elementów Zakresu Prac Wykonawcy, w tym konserwację bieżącą, naprawy i usunięcie Wad w Okresie Gwarancji”, bez żadnego określenia co zakres tych świadczeń ma obejmować, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy.

IV. ŻĄDANIA

Odwolujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu,

1. w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu:

modyfikacji warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia wykonawcy i doświadczenia projektantów w branżach architektonicznej, budowlanej, elektrycznej i sanitarnej, tj. warunków określonych w pkt 5 ppkt 5.3.4.1.1. i ppkt 5.3.4.1.2. oraz pkt 5 ppkt 5.3.4.2.1.÷ 5.3.4.2.4 SWZ poprzez zmianę wymagania dotyczącego odpowiednio zaprojektowania/wybudowania budynku administracyjno-biurowego na budynek użyteczności publicznej

a ponadto, w zakresie warunku pkt 5 ppkt 5.3.4.1.2.

nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez jego rozdzielenie tak aby wykonawca mógł się wykazać wykonaniem wskazanych zakresów prac dotyczących wyposażenia w ramach osobnych zamówień w następujący sposób:

„Warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca:

okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należy wykonać co najmniej 3 zamówienia - roboty budowlane, każda z nich polegająca na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³ wyposażonego w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS, wraz z wyposażeniem dla budynku, przy czym:

- w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie ruchome;*
- w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie audio-video;*
- w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie informatyczne – serwerownie.*

Zamawiający dopuszcza wykonanie poszczególnych zakresów prac w zakresie wyposażenia w ramach jednego zamówienia jak również w ramach więcej niż jednej inwestycji.”

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, w zakresie zarzutów dotyczących SWZ, wzoru umowy i pozostałych dokumentów zamówienia dokonania wymienionych niżej modyfikacji, a także wprowadzenia ewentualnych innych zmian będących konsekwencją poniższych modyfikacji:

2. Nakazanie wykreślenia definicji wady w brzmieniu nadanym treścią UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór), ewentualnie określenia takiej definicji tak by odpowiadała treści, iż za Wady strony przyjmują wady w rozumieniu kodeksu cywilnego
3. Nakazanie przeformułowania treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w powyższym zakresie tak by umożliwiła rynkową wycenę składowych świadczenia Wykonawcy i odpowiedniego rozliczania wynagrodzenia, przykładowo w niżej wskazany sposób:

1. Prace projektowe

1.1. Projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 2 % wartości wynagrodzenia

1.2. Projekt wykonawczy – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 3,5 % wartości wynagrodzenia

2. Konstrukcja obiektu – stan surowy – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 40 % wartości wynagrodzenia

- 3. Roboty ogólnobudowlane i instalacyjne – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 34,5 % wartości wynagrodzenia*
- 4. Zagospodarowanie terenu – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 5 % wartości wynagrodzenia*
- 5. Wyposażenie – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 5 % wartości wynagrodzenia*
- 6. Płatność końcowa 10 %*
4. Nakazanie zmiany treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w par. 44 ust. 3 umowy poprzez obniżenie tam wskazanego limitu z 10% do 1% (i odpowiednio w par. 44 ust. 5 tego wzoru umowy) , który to poziom biorąc pod uwagę termin wykonania umowy oraz aktualną inflację powinien być uznany za rzeczywiście realizujący cel normy art. 439 ust. 1 ustawy Pzp jak i wypełniający dyspozycję art. 439 ust. 2 ustawy Pzp.
5. Nakazanie wykreślenia postanowienia par. 34 ust. 3 pkt 4) UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w brzmieniu ewentualnie dookreślenie w zgodzie w dyspozycją art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp takiego zakresu świadczenia.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 grudnia 2021r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem_2021/S 235-615465.
2. W tym samym dniu na stronie Zamawiającego zostały opublikowane pozostałe dokumenty zamówienia. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 13 grudnia 2021r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie (w zw. z art. 515 ust. 2 pkt. 1 Pzp).
3. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

UZASADNIENIE

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

1. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu:

5.3.4 zdolność techniczna lub zawodowa:

5.3.4.1 Warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca:

*5.3.4.1.1 w okresie **ostatnich 3 lat** przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyście wykonać co najmniej **3 zamówienia - usługi**, każda z nich polegająca na wykonaniu projektu jednego **budynku administracyjno-biurowego** o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³ wyposażonego w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS.*

Żądanie, aby Wykonawca wykazał się wykonaniem projektów aż trzech zamówień, z których każde miało obejmować wyłącznie budynki administracyjno-biurowe jest nieuzasadnione z punktu widzenia zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia. Powszechną praktyką ostatnich lat jest projektowanie budynków łączących w sobie różne funkcje, tak aby budynki „żyły” również po godzinach pracy czy w weekendy. Budynki administracyjne, czy biurowe bardzo często posiadają również powierzchnie o funkcjach handlowo-usługowych. Ponadto określenie, iż Zamawiający wymaga wyłącznie budynków administracyjno-biurowych oznacza zawężenie możliwości wykazywania się doświadczeniem wyłącznie przy projektowaniu budynków, które oprócz funkcji biurowej, posiadają również funkcję administracyjną (co zdaniem Odwołującego oznacza, że muszą to być budynki wykorzystywane przez administrację publiczną, gdyż Zamawiający nie zawarł w SWZ definicji budynku administracyjno-biurowego, zatem z ostrożności, należy przyjąć językową wykładnię tego pojęcia).

W ocenie Odwołującego, nie ma znaczenia, czy wykonawca zaprojektował budynek biurowy, administracyjno-biurowy, czy biurowy z funkcją handlowo-usługową, czy też budynek użyteczności publicznej, gdyż budynki te niejednokrotnie różnią się jedynie funkcją nadaną im na etapie użytkowania. Natomiast podczas projektowania, różnice przy projektowaniu budynku biurowego czy administracyjno-biurowego są na tyle nieistotne, że nie wpływają na umiejętność (bądź jej brak) wykonania zamówienia przez wykonawcę, a jedynie powodują nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Podobnie, wykonawca, który posiada doświadczenie w zaprojektowaniu budynku użyteczności publicznej również będzie potrafił zaprojektować budynek administracyjno-biurowy. Wskazanie w treści warunku jako referencyjnego – budynku użyteczności publicznej umożliwi wykonawcy zarówno wykazanie się doświadczeniem w zaprojektowaniu budynku administracyjno-biurowego jak również pozostałych budynków użyteczności publicznej.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez

dopuszczenie doświadczenia w zaprojektowaniu budynku użyteczności publicznej, tj. w następujący sposób:

w okresie **ostatnich 3 lat** przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należy wykonać co najmniej **3 zamówienia - usługi**, każda z nich polegająca na wykonaniu projektu **budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³** wyposażonego w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS.

2. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu:

5.3.4.1.2 w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należy wykonać co najmniej 3 zamówienia - roboty budowlane, każda z nich polegająca na budowie jednego budynku administracyjno-biurowego o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³ wyposażonego w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS, wykonanego „pod klucz”- tj. wraz z wyposażeniem specyficznym dla budynku administracyjno-biurowego (wyposażenie ruchome, wyposażenie audio-video, wyposażenie informatyczne –serwerownie).

Żądanie, aby Wykonawca wykazał się realizacją aż trzech zamówień „pod klucz”, z których każde miało obejmować wymienione przez Zamawiającego wyposażenie specyficzne dla budynku administracyjno-biurowego, tj. wyposażenie ruchome, wyposażenie audio-video, wyposażenie informatyczne –serwerownie, jest żądaniem nadmiernym, zbyt wygórowanym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Praktyka realizacji budynków administracyjno-biurowych wskazuje bowiem na to, iż to użytkownik końcowy wybiera sobie i najczęściej zamawia w swoim zakresie wyposażenie. Dotyczy to w szczególności wyposażenia ruchomego, ale również wyposażenia audio-video czy wyposażenia informatycznego –serwerowni. Powyższe oznacza, iż bardzo mało jest na rynku realizacji, które mogłyby spełnić warunki postawione przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wystarczającym byłoby wykazanie się realizacją trzech budynków, jeśli każdy z nich byłby wyposażony w co najmniej jeden element wyposażenia wymagany przez Zamawiającego, tak aby łącznie w tych budynkach wystąpiły wszystkie rodzaje wyposażenia ruchomego.

Dodatkowo, ograniczenie doświadczenia wyłącznie do budynków administracyjno-biurowych (podobnie jak to ma miejsce przy wymaganych usługach projektowych) jest nieuzasadnione z punktu widzenia zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia. Z punktu widzenia robót budowlanych nie ma znaczenia, czy wykonawca wybudował budynek biurowy, administracyjno-biurowy, gdyż budynki te różnią się jedynie funkcją nadaną im na etapie użytkowania. Natomiast podczas realizacji procesu budowlanego, może nie być żadnych różnic lub są one nieistotne, nie wpływają na umiejętność wykonania zamówienia przez wykonawcę, a jedynie wpływają na

nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Podobnie, wykonawca, który wybudował budynek użyteczności publicznej, również będzie w stanie w sposób należyty wykonać przedmiotowe zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez jego rozdzielenie tak aby wykonawca mógł się wykazać wykonaniem wskazanych zakresów prac dotyczących wyposażenia w ramach osobnych zamówień w następujący sposób:

Warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca:

- a) okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej **3 zamówienia - roboty budowlane**, każda z nich polegająca na budowie **budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³** wyposażonego w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS, **wraz z wyposażeniem dla budynku, przy czym:**
- w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie ruchome;
 - w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie audio-video;
 - w co najmniej jednym budynku zostało zrealizowane wyposażenie informatyczne –serwerownie.

Zamawiający dopuszcza wykonanie poszczególnych zakresów prac w zakresie wyposażenia w ramach jednego zamówienia jak również w ramach więcej niż jednej inwestycji.

3. Analogiczna sytuacja dotyczy doświadczenia personelu:

5.3.4.2. *Warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje podanymi poniżej osobami, które będą realizować zamówienie:*

5.3.4.2.1 co najmniej 1 projektantem branży architektonicznej, który:

(...)

- posiada doświadczenie zawodowe w zakresie opracowania dokumentacji projektowej w branży architektonicznej dla budowy minimum **3 budynków administracyjno-biurowych**, z których każdy był o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³, wyposażonych w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS,

(...)

5.3.4.2.2. co najmniej 1 projektantem branży budowlanej, który:

(...)

- posiada doświadczenie zawodowe w zakresie opracowania dokumentacji projektowej w branży konstrukcyjno-budowlanej dla budowy minimum **2 budynków administracyjno-biurowych**, z których każdy był o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³, wyposażonych w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS,

(...)

5.3.4.2.3. co najmniej **1 projektantem branży sanitarnej**, który:

(...)

- posiada doświadczenie zawodowe w zakresie opracowania dokumentacji projektowej w branży sanitarnej dla budowy minimum **2 budynków administracyjno-biurowych**, z których każdy był o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³, wyposażonych w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS,

5.3.4.2.4. co najmniej **1 projektantem branży elektrycznej**, który:

(...)

- posiada doświadczenie zawodowe w zakresie opracowania dokumentacji projektowej w branży elektrycznej dla budowy minimum **2 budynków administracyjno-biurowych**, z których każdy był o powierzchni użytkowej min. 5 000 m² i kubaturze min. 20 000 m³, wyposażonych w szczególności w instalację HVAC, instalację teletechniczną, automatykę i BMS,

Analogicznie, jak w przypadku doświadczenia dla wykonawcy, również w przypadku konkretnych osób wymagania doświadczenia w projektowaniu wyłącznie budynków administracyjno-biurowych nie ma uzasadnienia. Odwołujący pragnie przywołać w tym miejscu tę samą argumentację, którą podnosi w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

W konsekwencji Odwołujący wnosi, o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie wykazania się przez ww. osoby doświadczeniem w zaprojektowaniu budynków użyteczności publicznej.

II. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ.

1. W związku z brzmieniem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W powyższym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14

„Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie

wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem.”

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-05-18, KIO 897/15

„Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”

Szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w przedmiotowym postępowaniu sformułowanych przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.

2. Ponadto, swoboda kształtowania postanowień umownych przez zamawiającego publicznego nie może oznaczać dowolności i nieproporcjonalności w ich konstruowaniu. Aktualnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że: „jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Poniższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. (wyrok KIO z dnia 3.06.2020 r., sygn. KIO 401/20, KIO 403/20). Podobnie również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2020 r., sygn. KIO 2296/20.

3. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy definicję Wady (par. 1 ust. 2 UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór)) o treści:

„Wada – jawne lub ukryte właściwości tkwiące w Zakresie Prac Wykonawcy lub w jakimkolwiek jego elemencie, powodujące niemożność używania lub korzystania z Inwestycji lub Obiektu zgodnie z przeznaczeniem; zmniejszenie wartości Inwestycji lub Obiektu; obniżenie stopnia użyteczności Inwestycji lub Obiektu; obniżenie jakości lub inne uszkodzenia w Inwestycji lub Obiekcie. Za Wadę uznaje się również sytuację, w której którykolwiek element Zakresu Prac Wykonawcy nie stanowi własności Wykonawcy albo

jeżeli jest obciążony prawem osoby trzeciej. Dla uniknięcia wątpliwości, jako Wadę traktuje się również usterki oraz wszelkie awarie rozumiane jako częściowe uszkodzenie, zniszczenie, niesprawność lub zagrożenie w prawidłowym funkcjonowaniu Obiektu;”

Ww. definicja w sposób bezzasadny i nadmierny rozszerza odpowiedzialność wykonawców i zupełnie pomija okoliczności, iż pojęcie wady fizycznej nie należy do języka potocznego, lecz jest konstrukcją normatywną i powinno być wykładane w świetle normy kodeksu cywilnego. Za wadę fizyczną może być jedynie uznany wynikający z niezgodności z umową i spowodowany przez kontrahenta pewien niedostatek przedmiotu prawa podmiotowego, powodujący zmniejszenie jego wartości lub użyteczności. Niedostatek (brak) przedmiotu prawa podmiotowego zmniejszający jego wartość lub użyteczność, powodujący brak właściwości rzeczy, o których zapewniał lub do których zobowiązał się kontrahent czy też wydał lub wykonał rzeczy/świadczenie w stanie niepełnym.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia definicji wady w brzmieniu nadanym treścią UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór), ewentualnie określenia takiej definicji tak by odpowiadała treści, iż za Wady strony przyjmują wady w rozumieniu kodeksu cywilnego

4. W par. 37 UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) Zamawiający określił procentowe wartości wynagrodzenia poszczególnych Etapów to jest w następujący sposób :
- 1) Etap 1.1 – 2 % Wynagrodzenia,
 - 2) Etap 1.2 – 3,5 % Wynagrodzenia,
 - 3) Etap 2.1 – 8,60 % Wynagrodzenia,
 - 4) Etap 2.2 – 18 % Wynagrodzenia,
 - 5) Etap 2.3 – 7 % Wynagrodzenia,
 - 6) Etap 2.4 – 6 % Wynagrodzenia,
 - 7) Etap 3.1 – 2,1 % Wynagrodzenia,
 - 8) Etap 3.2 – 6,6 % Wynagrodzenia,
 - 9) Etap 4.1 – 0,5 % Wynagrodzenia,
 - 10) Etap 4.2 – 4 % Wynagrodzenia,
 - 11) Etap 5 – 2,8 % Wynagrodzenia,
 - 12) Etap 6 – 1 % Wynagrodzenia,
 - 13) Etap 7 – 1,2 % Wynagrodzenia,
 - 14) Etap 8 – 1,5 % Wynagrodzenia,
 - 15) Etap 9 – 2,1 % Wynagrodzenia,
 - 16) Etap 10 – 3,1 % Wynagrodzenia,

oraz iż podstawą wystawienia faktur częściowych:

1) częściowych - za Etap 1.1 oraz Etap 1.2, stanowiące do 5,5 % Wynagrodzenia będą Protokoły Odbioru każdego z Etapów, 2) częściowych - za Etapy od 2.1 do 10, stanowiące do 64,5 % Wynagrodzenia, będą Protokoły Odbioru Etapów,

Wycena realizacji zamówienia na powyższym poziomie procentowym jest niewspółmierna do rzeczywistej wartości poszczególnych etapów, co prowadzi do nieproporcjonalnego zaniżenia wartości poszczególnych etapów, obarczenie wykonawcy ryzykiem poniesienia nieuzasadnionej straty oraz w sposób rażący godzi w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Wykonawca nie kwestionuje co do zasady spotykanej w zamówieniach publicznych praktyki, w której inwestorzy publiczni wskazują procentowe wartości poszczególnych zakresów zamówienia (np. wartość prac projektowych w stosunku do całości oferowanego zakresu prac projektowych i budowlanych). Taka praktyka mająca na celu zapobieganie przenoszenia szeregu kosztów na wstępny etap realizacyjny, uzyskując w ten sposób fikcyjne zaliczkowanie jest dla Wykonawcy zrozumiała. Nie zmienia to jednak zasady, że Zamawiający powinni z dużą ostrożnością podchodzić do narzucania takich ograniczeń, które w szczególności nie mogą godzić w rynkowe wartości poszczególnych składowych przedmiotu zamówienia.

W ocenie Wykonawcy sposób działania Zamawiającego jakim jest tak szczegółowe wskazanie wartości 16 Etapów prac i dodatkowo w oderwaniu od realiów rynkowych jest nadużyciem pozycji dominującej Zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy i stanowi naruszenie swobody kształtowania warunków umowy oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Zamawiający, narzucając powyższy warunek dotyczący kształtowania przez wykonawców cen (tak aby ich wartość nie przekroczyła ustalonych jednostronnie przez Zamawiającego limitów narzuca w sposób bezpośredni nieproporcjonalne ceny za zakres poszczególnych prac). Skutkiem takich działań Zamawiającego jest sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującymi, naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współżycia społecznego. Zamawiający powinien mieć świadomość, żeby spełnić tak postanowiony wymóg Wykonawcy będą musieli dokonywać przyjmowania nieprawdziwych i niezgodnych z rynkowymi wartości poszczególnych elementów prac tylko po to by uzyskać taką strukturę cenową jak narzucona przez Zamawiającego, by całkowicie sztucznie „zmieścić się” w limitach narzuconych przez Zamawiającego. W efekcie Zamawiający otrzyma oferty z nierynkowymi i całkowicie abstrakcyjnymi cenami za poszczególne składowe prace objętych przedmiotem umowy.

Należy ponadto podkreślić, iż określenie ceny za realizację zamówienia jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych, know-how, kontaktów kupieckich, kalkulacji ryzyk oraz szeregu innych czynników technicznych i organizacyjnych. Takie określenie przez Zamawiającego wartości składowych świadczenia wykonawcy wykracza poza uprawnienia określone w art. 134 ust. 1 pkt 14) i pkt 17) ustawy Pzp. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2013 roku (KIO 2747/13) „każdy z wykonawców działających na danym rynku działa według własnych indywidualnych możliwości, wykorzystując dostępne

mu technologie, warunki techniczne i organizacyjne, które wpływają na określony (indywidualny dla każdego wykonawcy) sposób kalkulacji ceny oferty. Z tego względu nie jest możliwe, aby realnie określone ceny za wykonanie poszczególnych rodzajów robót branżowych mogły być wykonane przez wszystkich wykonawców dokładnie na tym samym, określonym przez zamawiającego poziomie procentowego udziału kosztów w kosztach ogółem za realizację przedmiotu zamówienia” oraz „Przepis art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia regulacji dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty. Celem tego przepisu jest zapewnienie w szczególności porównywalności ofert oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, poprzez ustalenie jednakowych, obowiązujących wszystkich wykonawców reguł dotyczących obliczenia ceny oferty. Przepis ten nie uprawnia jednak zamawiającego do ingerencji w sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawców, poprzez ograniczenie swobody wykonawców w wyliczeniu ceny za realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem kosztów, które rzeczywiście poniesie wykonawca za wykonanie poszczególnych rodzajów robót według podziału branżowego. Narzucenie przez zamawiającego szczegółowego procentowego udziału poszczególnych kosztów robót branżowych w całkowitym koszcie realizacji przedmiotu zamówienia prowadzi do sytuacji, w której wykonawca jest zmuszony przyjąć fikcyjne poziomy poszczególnych kosztów w ofercie, które zostały określone w sposób sztywny przez zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił w tym zakresie jakiegokolwiek tolerancji.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu przeformułowania treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w powyższym zakresie tak by umożliwiła rynkową wycenę składowych świadczenia Wykonawcy i odpowiedniego rozliczania wynagrodzenia, przykładowo w niżej wskazany sposób :

- 1. Prace projektowe**
 - 1.1. Projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 2 % wartości wynagrodzenia**
 - 1.2. Projekt wykonawczy – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 3,5 % wartości wynagrodzenia**
 - 2. Konstrukcja obiektu – stan surowy – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 40 % wartości wynagrodzenia**
 - 3. Roboty ogólnobudowlane i instalacyjne – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 34,5 % wartości wynagrodzenia**
 - 4. Zagospodarowanie terenu – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 5 % wartości wynagrodzenia**
 - 5. Wyposażenie – procent maksymalnej wysokości płatności za etap 5 % wartości wynagrodzenia**
 - 6. Płatność końcowa 10 %**
5. Zamawiający przerzucił na Wykonawcę ryzyko inflacyjne oraz ryzyko wzrostu cen w zakresie nieuwzględniającym realiów rynkowych oraz aktualnych wskaźników inflacyjnych i gospodarczych, a tym samym wykluczył możliwość wprowadzania adekwatnych zmian

wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający w treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) określił termin zakończenia wykonywania umowy na 30 miesięcy (§ 4. TERMINY 1. Termin Zakończenia Zakresu Prac Wykonawcy Strony określają na trzydzieści (30) miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Za dzień faktycznego wykonania Zakresu Prac Wykonawcy uznaje się dzień podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego) jednocześnie w § 44. ZMIANA WYNAGRODZENIA Z ART. 439 PZP w ust. 3 Zamawiający w sposób jednostronny i wbrew nakazowi ustawy Pzp sformułowanemu w art. 439 ust. 1 Pzp wprowadził treść , iż „ 3. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, ustala się na poziomie powyżej 10% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w dniu podpisania Umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 (gdzie ust. 4 : „ 4. Jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania Ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia Ofert”) . W ocenie Odwołującego tak sformułowany próg wprowadzania waloryzacji stanowi niedopuszczalne zaniechanie wykonania obowiązku ustawowego i tym samym próbę ograniczenia praw wykonawców nadanych ustawą, której celem jest w tym zakresie przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne. Celem określenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia nie może być pozbawienie strony takiego prawa. Prawidłowo ustalony poziom takiej zmiany powinien uwzględniać zmianę cen lub kosztów w danej branży, specyfikę zamówienia, a także odzwierciedlać aktualną sytuację rynkową i gospodarczą oraz być ustalany ze świadomością kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty (najniższa cena jako główne kryterium) i jej wpływu na poziom marż wykonawców, a także aktualnego poziomu inflacji.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w par. 44 ust. 3 umowy poprzez obniżenie tam wskazanego limitu z 10% do 1% (i odpowiednio w par. 44 ust. 5 tego wzoru umowy) , który to poziom biorąc pod uwagę termin wykonania umowy oraz aktualną inflację powinien być uznany za rzeczywiście realizujący cel normy art. 439 ust. 1 ustawy Pzp jak i wypełniający dyspozycję art. 439 ust. 2 ustawy Pzp.

6. Zamawiający wprowadził do UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) postanowienia par. 34 ust. 3 pkt 4) w brzmieniu „nieodpłatną konserwację, regulację, wymiany i przeglądy elementów Zakresu Prac Wykonawcy, w tym konserwację bieżącą, naprawy i usunięcie Wad w Okresie Gwarancji”, bez żadnego określenia co zakres tych świadczeń ma obejmować, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost wynika z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, powinien każdemu z zainteresowanych zamówieniem wykonawcom umożliwić przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane,

jest to co może odczytać wykonawca. Zamawiający przewidując bardzo długie okresy gwarancji jakości min 60 m-cy maksymalnie 240 m-cy zupełnie pominął właściwe to jest zgodne z wymogiem ustawowym opisanie świadczenia wymaganego od Wykonawców, świadczenia które ze względu na swoją długość wykonywania, zakres, skomplikowanie oraz koszt jest na tyle istotne, iż bez jego doprecyzowania nie jest możliwe złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty z zachowanie zasad wskazanych a art. 16 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowienia par. 34 ust. 3 pkt 4) UMOWY O REALIZACJĘ INWESTYCJI (wzór) w brzmieniu ewentualnie dookreślenie w zgodzie w dyspozycją art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp takiego zakresu świadczenia.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. Odpis z KRS Warbud S.A.,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu (tylko dla KIO).

Z poważaniem
Magdalena Pożnyszc-Komorowska