

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 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, 0-692-372-901
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.: 0-692-372-901
fax: 22 548 70 20
e – mail: lukasz.rapcewicz@erbud.pl
(adres do korespondencji)

Zamawiający:

**Mazowieckie Centrum Rehabilitacji
„STOCER” Sp. z o.o.**
ul. Wierzejewskiego 12
05 – 510 Konstancin - Jeziorna
NIP: 123-11-94-950
REGON: 142013120
e-mail: kancelaria@stocer.pl
inwestycje@stocer.pl

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „Rozbudowa, przebudowa i modernizacja budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie” – sygnatura postępowania: PN 95/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu: 00002049-2024-PL z 02 stycznia 2024 r.

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 zakresie dysponowania do realizacji zamówienia osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Koordynatora BIM (Rozdział VI, pkt 1, ppkt IV lit. f) SWZ);
 - 2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ);
 - 3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 4) SWZ).
- II. Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zawierająca zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego, została opublikowana przez Zamawiającego dnia **05 stycznia 2024 r.** (wskazane postanowienia nie zostały zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu). Odwołujący uzyskał zatem informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego **w dniu 05 stycznia 2024 r.** W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.
- III. Zaskarżonym czynnościom 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 zakresie dysponowania do realizacji zamówienia osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Koordynatora BIM (Rozdział VI, pkt 1, ppkt IV lit. f) 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 przy tym nieadekwatnie 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 wykonawca posiadał zdolność techniczną lub zawodową w zakresie dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Koordynatora BIM, która musi posiadać doświadczenie w szczególności **„przy min. 1 realizacji Obiektu 1264”;**
 - 2) 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 Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ):
 - a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i nieproporcjonalny 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:

- ustalenia, że doświadczenie osoby kierownika budowy punktowane w ramach oceny ofert w ramach Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) ma być uzyskane „**w ostatnich 8 latach**”;
 - ustalenia, że doświadczenie osoby kierownika budowy punktowane w ramach oceny ofert w ramach Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) ma być uzyskane za obiekty budowlane należące wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) „**o wartości brutto co najmniej 30.000.000,00 PLN**”;
- 3) 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 Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 4) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i nieproporcjonalny 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:
 - ustalenia, że w ramach wskazanego kryterium oceny ofert otrzymać można 20% punktów (20 punktów) dot. oceny ofert;
 - b) naruszenie art. 240 ust. 1 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, naruszenie art. 240 ust. 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, 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 nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, w zakresie:
 - ustalenia, że w ramach wskazanego kryterium oceny ofert otrzymać można 20% punktów (20 punktów) dot. oceny ofert;
 - ustalenia sposobu i zasad przyznawania punktów w ramach wskazanego kryterium oceny ofert.

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 ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia (Rozdział VI, pkt 1, ppkt IV lit. f) SWZ) w ten sposób, że w Rozdziale VI, pkt 1, ppkt IV lit. f) SWZ (i odpowiednio Ogłoszenie o zamówieniu) dot. osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Koordynatora BIM słowa „**przy min. 1 realizacji Obiektu 1264**” zostaną zastąpione słowami „**przy min. 1 realizacji Obiektu kubaturowego**”;
- 2) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ) w ten sposób, że w Rozdziale XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ) usunięte zostaną słowa „**w ostatnich 8 latach**”, a słowa „**o wartości brutto co najmniej 30.000.000,00 PLN**” zostaną zastąpione słowami „**o wartości brutto co najmniej 25.000.000,00 PLN**”;

ewentualnie

zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ) w ten sposób, że w Rozdziale XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ) słowa „w ostatnich 8 latach” zostaną zastąpione słowami „w ostatnich 15 latach”, a słowa „o wartości brutto co najmniej 30.000.000,00 PLN” zostaną zastąpione słowami „o wartości brutto co najmniej 25.000.000,00 PLN”,

- 3) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 4) SWZ) w ten sposób, że:

- wskazane Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) nie będzie punktowane w ramach kryteriów i sposobu oceny ofert,

ewentualnie

- wskazane Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) otrzymywać będzie maksymalnie 5% punktów (5 punktów) w ramach oceny ofert, a przy tym Zamawiający zostanie zobowiązany do wskazania w SWZ (i odpowiednio ogłoszeniu o zamówieniu) jednoznacznych i zrozumiałych zasad przyznawania punktów w ramach wskazanego kryterium,

ewentualnie

- wskazania jednoznacznych i zrozumiałych zasad przyznawania punktów w ramach wskazanego kryterium.

- 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 i zasady punktowania i oceny ofert w sposób nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także (zwłaszcza w odniesieniu do zasad punktowania i oceny ofert) za pomocą zapisów niejednoznacznych, niezrozumiałych i uznaniowych. To utrudnia wzięcie udziału w postępowaniu oraz przygotowanie i złożenie oferty pozwalającej uzyskać możliwie najlepszą punktację oferty w ramach oceny ofert, a przy tym uzależnia punktację i ocenę ofert i w konsekwencji rozstrzygnięcie postępowania przetargowego od uznaniowości Zamawiającego. Wykonawcy będą zaś narażeni na negatywne konsekwencje wynikające z nieuprawnionego ukształtowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz 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 niezgodnego z przepisami ustalenia warunków udziału w postępowaniu oraz 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 nieprawidłowo warunki udziału w postępowaniu (w odniesieniu do Koordynatora BIM) oraz zasady oceny i punktowania ofert (kryteria oceny ofert i przyznawania punktów) w odniesieniu do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) i do Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P), tj. w szczególności w sposób niezgodny z przepisami wskazany w zarzutach niniejszego odwołania. Wskazane warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w sposób nadmierny, zaś ww. Kryteria zostały ukształtowane w sposób nadmierny (w odniesieniu do obu wskazanych Kryteriów), a także w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały oraz dający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty (w szczególności w odniesieniu do Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P)).

Powyższe prowadzi potencjalnie do możliwości pozyskania zamówienia wyłącznie przez podmiot, który spełnia wyszukane i nadmierne, a przy tym niejednoznaczne, niezrozumiałe, subiektywne i ocenne oczekiwania Zamawiającego, a nie taki, który dając rękojmię należytego wykonania zamówienia, spełnia jednoznaczne i zrozumiałe kryteria oceny i punktowania ofert.

I. Co do warunku udziału w postępowaniu dot. Koordynatora BIM.

Odwołujący wskazuje, 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 umożliwiający 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, który zabezpieczy go przed dostępem do postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a przy tym sformułowane warunki udziału w postępowaniu nie powinny jednak prowadzić do ograniczenia dostępu do postępowania podmiotom obiektywnie dającym Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak przykładowo KIO wskazała m.in. w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2022 r. (sygn. akt KIO 1138/22), „**Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności, co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaze spełnienie minimalnych wielkości określonych przez zamawiającego.** (...). Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji.”. Zgodnie zaś z uzasadnieniem wyroku KIO 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 umożliwiający 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 umożliwiający 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 umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, **w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.**”.

Nadto, jak 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.**”.

Dodatkowo wskazać należy, że wymogi co do inwestycji referencyjnych nie powinny w istocie stanowić powtórzeń przedmiotu aktualnego postępowania przetargowego. Potwierdza to także KIO, która przykładowo 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.**”.

Odnosząc powyższe do kwestii Koordynatora BIM wskazać należy, że praca Koordynatora BIM skoncentrowana jest przede na wykorzystaniu modeli BIM i nie zależy ona od typu obiektu, jaki jest realizowany. Różnice w konstrukcji czy instalacjach obiektu, istotne potencjalnie dla projektantów czy wykonawców, nie wpływają na obowiązki Koordynatora BIM, gdyż praca z modelami BIM jest identyczna, niezależnie od tego, czy realizowany jest obiekt służby zdrowia, obiekt użyteczności publicznej, biurowiec czy hala. Kluczowa jest praca na modelach BIM, a nie to, jakiego obiektu dotyczy konkretny model. **Zatem nie jest ani racjonalne, ani też uzasadnione wywodzenie wymaganego doświadczenia Koordynatora BIM wyłącznie z Obiektów 1264.**

W konsekwencji zasadnym jest poszerzenie zakresu potencjalnych inwestycji referencyjnych wymaganych dla doświadczenia Koordynatora BIM, albowiem umożliwi to potencjalne wykorzystanie doświadczenia Koordynatorów BIM, którzy pracowali przy dużych zadaniach inwestycyjnych, które niekoniecznie związane są ze służbą zdrowia. Osoby takie mają jednak we wskazanej dziedzinie doświadczenie nie mniejsze od doświadczenia aktualnie wymaganego przez Zamawiającego, a wywodzonego wyłącznie z Obiektów 1264.

II. Co do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy.

Zamawiający w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przy tym nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia, opisuje kryteria i sposób oceny ofert (w szczególności w odniesieniu do Kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) (Rozdział XIV, pkt 3, Ad 3) SWZ). Dotyczy to w szczególności długości okresu referencyjnego i wartości inwestycji referencyjnych.

Odwolujący wskazuje, że celem punktowania wskazanego Kryterium, Zamawiający

wymaga w odniesieniu do wskazanej osoby pełnienia funkcji Kierownika Budowy w odniesieniu do zadań inwestycyjnych konkretnych w szczególności co do przedmiotu (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej) i wartości (co najmniej 30.000.000,00 PLN), a przy tym w konkretnym okresie referencyjnym (w ostatnich 8 latach). Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w ramach doświadczenia wskazanej osoby mogą być punktowane dodatkowo nie więcej niż 3 zadania inwestycyjne (przy czym jest to ponad zadania referencyjne wskazane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu). **Powyższe w praktyce oznacza, że celem uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach wskazanego kryterium oceny ofert dedykowana osoba musiałaby w zajmować się w krótkim okresie referencyjnym realizacją praktycznie wyłącznie konkretnych zadań inwestycyjnych opisanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w szczególności co do przedmiotu, wartości i wymaganych czynności.** Odwołujący zwraca bowiem uwagę, że średni czasookres realizacji wymaganych przez Zamawiającego zadań inwestycyjnych (obiekty szpitalne cechują się dłuższym okresem realizacji i wyższym poziomem skomplikowania od prostych inwestycji kubaturowych) to nawet ok. 3 lat. Mając to na uwadze może się dodatkowo okazać, że nawet osoba wykonująca skomplikowane realizacje dot. obiektów szpitalnych nie otrzyma maksymalnej ilości punktów w ramach tego kryterium, albowiem krótki okres referencyjny 8 lat nie pozwoli tej osobie wykonać dodatkowo 3 punktowanych zadań inwestycyjnych. Odwołujący wskazuje, że realizacje zadań inwestycyjnych wskazywanych jako punktowane przez Zamawiającego mogą trwać nawet 3 – 4 lata w odniesieniu do pojedynczego zadania inwestycyjnego (większe obiekty szpitalne, wartość np. ponad 100.000.000,- zł brutto, mogą być realizowane nawet 5 lat). Jednocześnie wskazana osoba niewątpliwie posiada doświadczenie, które kwalifikuje się do jego premiowania, a nie może otrzymać maksymalnej liczby punktów jedynie ze względu na krótki okres referencyjny wskazywany przez Zamawiającego.

Odwołujący zwraca także uwagę, że zadania inwestycyjne premiowane przez Zamawiającego w ramach oceny ofert w odniesieniu do wymienionego Kryterium obejmują w istocie także wykonywanie prac i czynności o charakterze powtarzalnym. **Oznacza to, że nawet z faktu wykonywania wskazanych zadań referencyjnych w dłuższym okresie czasowym nie wynika to, że wskazana osoba będzie tracić umiejętności niezbędne do punktowania jej doświadczenia.** Także potencjalna realizacja pomiędzy punktowanymi zadaniami referencyjnymi innych zadań inwestycyjnych nie doprowadzi do utraty wskazanego doświadczenia wymaganego do uzyskania punktów. Jednocześnie brak limitu okresu referencyjnego nie doprowadzi do sytuacji, w której osoba ewidentnie posiadająca wymagane do punktowania doświadczenie zostanie niezasadnie pozbawiona szansy na uzyskanie punktów w ramach danego Kryterium. Co więcej, wskazanie 8 lat okresu referencyjnego dla wskazanych 3 zadań referencyjnych w praktyce prowadzi do uniemożliwienia uzyskania maksymalnej liczby punktów także przez osoby, które np. w międzyczasie pomiędzy inwestycjami referencyjnymi realizowały np. inne zadania inwestycyjne. Takie okoliczności w istocie prowadzą do nabywania przez konkretne osoby bardziej wszechstronnego doświadczenia, a tymczasem aktualne zapisy dot. wskazanego Kryterium w istocie pozbawiają daną osobę możliwości uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach wskazanego Kryterium. Nadto nie ma żadnych racjonalnych przesłanek przemawiających za tym, że wskazane referencyjne punktowane doświadczenie ma być nabyte właśnie w okresie wskazanych 8 lat.

Wskazać przy tym należy, że zadania inwestycyjne punktowane w ramach wskazanego Kryterium nie mogą być tymi samymi zadaniami inwestycyjnymi, które zostały wskazane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to w praktyce, że okres referencyjny 8 lat wskazany dla inwestycji punktowanych w ramach ww. Kryterium w istocie ogranicza możliwość uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach wymienionego kryterium wyłącznie do ograniczonej liczby osób i eliminuje możliwość przyznania wskazanych punktów dla osób nawet dysponujących bardziej wszechstronnym i

większym doświadczeniem od osób teoretycznie dysponujących doświadczeniem pozwalającym uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach wskazanego Kryterium.

Powtarzalność robót, prac i czynności wykonywanych w ramach inwestycji referencyjnych wymaganych przez Zamawiającego w ramach wskazanego Kryterium sprawia także, że racjonalnym jest obniżenie kwoty wskazanych zadań referencyjnych. Taki wniosek jest tym bardziej racjonalny, że Zamawiający w istocie w odniesieniu do inwestycji referencyjnych nie przedstawia żadnych szczegółowych czy technicznych wymagań (np. co do konkretnych robót, instalacji czy urządzeń). To oznacza, że potencjalnie na wartość konkretnych zadań inwestycyjnych wpływ może mieć np. powielanie wykonywania robót ogólnobudowlanych, co przecież samo w sobie nie prowadzi do nabywania żadnego dodatkowego unikatowego doświadczenia. To oznacza, że w okolicznościach sprawy możliwe i racjonalne jest także obniżenie wartości punktowanych inwestycji referencyjnych.

III. Co do Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji.

W ramach wskazanego Kryterium Zamawiający zamierza oceniać i punktować w szczególności 1) Plan organizacji placu budowy i zaplecza zawierający rozwiązania mające na celu eliminację lub ograniczenie utrudnień w działalności Zamawiającego (6 pkt.), 2) Harmonogram Realizacji (10 pkt.), 3) Plan zapewnienia ciągłości zaopatrzenia w media zespołu budynków Szpitala oraz eliminacji ograniczeń i przerw w prowadzeniu dotychczasowej działalności Szpitala oraz działalności prowadzonej na działkach sąsiednich (4 pkt.). Jednocześnie Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny, zrozumiały, obiektywny i umożliwiający ich weryfikację zasad przyznawania punktów w ramach wskazanego Kryterium oceny ofert. Nadto w ramach wskazanego Kryterium do potencjalnego uzyskania jest 20% punktów oceny ofert.

Odwołujący wskazuje, że kryteria oceny i punktowania ofert powinny mieć w szczególności charakter jednoznaczny, zrozumiały, obiektywny i umożliwiający ich weryfikację. Jak przykładowo wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 14 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 1058/21), *„Opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu, o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak, aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Pamiętać należy także o zasadzie zgodzie, z którą Zamawiający, w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w dokumentach zamówienia. Dlatego też opis zasad dokonywania oceny ofert musi być już wystarczająco jednoznacznie i szczegółowo opisany w dokumentach zamówienia, aby możliwe było jego zastosowanie w toku oceny ofert. Zamawiający nie będzie mógł, bowiem po upływie terminu składania ofert ani uszczegółowić, ani też odstąpić od zasad, które opisał uprzednio w dokumentach zamówienia.”*. Stosownie zaś do uzasadnienia wyroku KIO z 22 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 652/23), *„Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy PZP kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.”*.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, że Kryterium Plan organizacji i realizacji inwestycji (P) wskazane przez Zamawiającego zostało przez niego opisane za pomocą kryteriów niejednoznacznych, niezrozumiałych, a przy tym nieobiektywnych i w istocie dających Zamawiającemu w praktyce uznaniową i nieograniczoną swobodę w ocenie i przyznawaniu punktów w ramach wskazanego Kryterium, a w praktyce nieograniczoną swobodę co do wyboru oferty (20% punktów ze wskazanego Kryterium w praktyce bowiem decydować będzie o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Wskazać także należy, że Zamawiający posługuje się pojęciami dwuznacznymi,

ocennymi i mającymi subiektywne znaczenie. Przykładowo Zamawiający w ramach wskazanego Kryterium w szczególności zamierza oceniać:

- a) Plan organizacji placu budowy i zaplecza zawierający rozwiązania mające na celu eliminację lub ograniczenie utrudnień w działalności Zamawiającego – Zamawiający jednak w żadnym zakresie nie wskazuje w szczególności, przed jakimi konkretnymi zagrożeniami i utrudnieniami ochrona ma być priorytetem, co jest dla Zamawiającego priorytetem w ramach tego Kryterium, nie daje pełnej dokumentacji pozwalającej dokonać oceny w tym zakresie i nie wskazuje, w jaki konkretnie sposób (jednoznaczny, zrozumiały, obiektywnie weryfikowalny) zamierza dokonywać oceny; nadto wykonawca może przewidzieć zagrożenia na które będzie miał wpływ i które powstają przy realizacji tożsamyh robót - część zagrożeń jest jednak zależna od uwarunkowań szczegółowych, które będzie stawiał Zamawiający, a także związanych z bieżącym funkcjonowaniem szpitala;
- b) Harmonogram Realizacji - Zamawiający jednak w żadnym zakresie nie wskazuje w szczególności, jakimi konkretnymi obiektywnymi kryteriami wykonawcy mają się tu kierować, co jest dla Zamawiającego priorytetem (które zakresy robót uważa za kluczowe), jakie ma możliwości finansowe w konkretnych bieżących okresach rozliczeniowych (plan i możliwości finansowe Zamawiającego), w oparciu o co należy określać terminy pośrednie (każdy wykonawca może przecież określać je inaczej w braku jednoznacznych wytycznych) i w jaki konkretnie sposób (jednoznaczny, zrozumiały, obiektywnie weryfikowalny) zamierza dokonywać oceny;
- c) Plan zapewnienia ciągłości zaopatrzenia w media zespołu budynków Szpitala oraz eliminacji ograniczeń i przerw w prowadzeniu dotychczasowej działalności Szpitala oraz działalności prowadzonej na działkach sąsiednich – Zamawiający nie wskazuje, jak należy rozumieć „zapewnienie ciągłości funkcjonowania zespołu budynków Szpitala” (czy np. wstrzymywanie funkcjonowania pojedynczych pomieszczeń na określony czas jest dopuszczalne), które konkretne działki sąsiednie są istotne i jaka działalność jest na nich wykonywana.

Nadto całkowicie niejednoznaczne, niezrozumiałe, a przy tym uznaniowe i subiektywne jest to, czy konkretny dokument spełnia oczekiwania Zamawiającego w sposób np. wyczerpujący, dostateczny czy niewystarczający (takimi nieostrymi, niejednoznacznymi i ocennymi pojęciami Zamawiający posługuje się na potrzeby punktowania wskazanych dokumentów).

Wskazać także należy, że nie istnieją żadne uniwersalne wzory ww. dokumentów czy uniwersalne zestawy kwestii czy zagadnień niezbędnych do uwzględnienia w tych dokumentach. Zamawiający także nie przedstawia żadnych schematów, wzorów czy też zakresu danych czy informacji niezbędnych do konkretnego ujęcia we wskazanych dokumentach. Co więcej, wskazane dokumenty są na potrzeby konkretnych realizacji przygotowywane przez wykonawców zgodnie z ich indywidualną praktyką i doświadczeniem. Z tego względu dokumenty i opracowania będą różniły się w wielu kwestiach, np. objętości, wielkości arkuszy, formy, rodzaju i ilości załączników, układu graficznego, dokumentów uwierzytelniających itd. **W konsekwencji będą one obiektywnie nieporównywalne. Analiza opisu wskazanego Kryterium w SWZ prowadzi do wniosku, że Zamawiający z jednej strony oczekuje samodzielnego i indywidualnego sporządzenia przez wykonawców wskazanych dokumentów, ale jednocześnie nie zapewnia nawet minimum danych i informacji wymaganych do dokonania ich jednoznacznej, obiektywnej i weryfikowalnej oceny, czy też do zapewnienia ich realnej porównywalności.** Ocena takiego dokumentu będzie oceną czysto uznaniową, oceną i obiektywnie nieweryfikowalną. Co więcej, w praktyce może dojść do sytuacji, że plany / dokumenty złożone przez poszczególnych oferentów będą przez Zamawiającego porównywane nawzajem i dopiero w ten sposób zostanie stworzony dokument odniesienia,

wg którego będą przyznawane punkty. Jest to niedopuszczalne ponieważ dopiero po złożeniu ofert powstałby wzorzec, wg którego Zamawiający będzie dokonywał oceny.

Podkreślić także należy, że Zamawiający w ramach wskazanego Kryterium zamierza przyznać aż 20% punktów (20 punktów). Tymczasem wskazane Kryterium w istocie obejmuje standardowe kwestie, które zamawiający standardowo regulują zapisami umownymi w projekcie umowy. **Co więcej, zdecydowana większość zamawiających wskazanych kwestii w ogólnie nie ocenia i nie punktuje w ramach oceny ofert. W okolicznościach i warunkach niniejszego postępowania przetargowego nie ma żadnych przesłanek uzasadniających nadanie dla wskazanego Kryterium jakiegokolwiek znaczenia punktowego, a tym bardziej znaczenia na poziomie aż 20% punktów, a zatem w istocie decydującego o wyborze konkretnej oferty.**

Wykonawca zwraca również uwagę, że przy ustalaniu konkretnych kryteriów i ich znaczenia punktowego należy także mieć na uwadze wartość szacunkową zamówienia. Ta została określona w Planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 i wynosi ok. 110 mln zł netto (135 mln zł brutto). Przy ustalonej wadze dla wskazanego Kryterium (P) na poziomie 20% oznacza to, że oferta która uzyska łącznie np. 6 pkt (np. Plan organizacji i Harmonogram realizacji zostały uznane za dostateczne), to musiałaby być tańsza nawet o ok 30 mln zł brutto, aby została uznana za najkorzystniejszą, nawet przy założeniu uzyskania maksymalnej liczby punktów w Kryteriach (D) i (G). Irracjonalnym jest uznanie, że przygotowanie wyczerpującego Planu organizacji i Harmonogramu realizacji przedmiotu zamówienia daje Zamawiającemu korzyść na poziomie 30 mln zł brutto. Nawet najlepsza organizacja placu budowy i poszczególnych robót, czy wprowadzenie najlepszych zabezpieczeń BHP i nie będą miały takiego wpływu na jakość wykonanych prac, aby można uznać, że będą one warte 30 mln więcej niż przy zapewnieniu standardowych warunków realizacji. Zamawiający nie uzyska w ten sposób wymiernych korzyści, a za kwotę 30 mln mógłby wybudować nawet kolejny obiekt szpitalny. Dokumentacja projektowa określa standardy jakościowe w jakich należy wykonać poszczególne rodzaje robót, a projekt umowy podstawowe obowiązki wykonawcy. Plan organizacji i harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą zmieniać założeń projektowych, więc nie będą miały wpływu na jakość wykonanych robót i dostaw.

W konsekwencji ww. okoliczności zasadnym jest zniesienie punktowania wskazanego Kryterium, a ewentualnie obniżenie ilości punktów przyznawanych w ramach tego Kryterium, a przy tym konieczne jest, aby w sposób jednoznaczny i zrozumiały ustalić zasady oceny i punktowania ofert w ramach wskazanego Kryterium, co wykluczałoby także w istocie nieograniczoną swobodę Zamawiającego w wyborze oferty najkorzystniejszej.

IV.

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 modyfikacji zgodnie z niniejszym odwołaniem.

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

Łukasz Rapcewicz

Łukasz Rapcewicz
Nr wpisu WA-8454

Załączniki:

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.