

EZP/1618/19

Wrocław, dnia 7 listopada 2019r.

### Wg rozdzielnika

**dotyczy:** *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na wyłonienie generalnego wykonawcy budowy nowego szpitala onkologicznego we Wrocławiu; postępowanie znak: ZP/PN/56/19/NPR/JG.*

W związku z wpłynięciem pytań do SIWZ w przetargu nr ZP/PN/56/19/NPR/JG, Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu działając zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm. zwaną dalej ustawą) Prawo zamówień publicznych odpowiada:

#### **Pytanie 1:**

Na zasadzie art. 38 ust. 1 Pzp zwracam się niniejszym z wnioskiem o zmianę zapisów SIWZ dla powyżej wskazanego postępowania oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez zwiększenie przedziału czasowego dotyczącego osobistego doświadczenia członków zespołu realizującego zamówienie, w ramach którego członkowi ci wykazują doświadczenie oceniane w ramach kryteria oceny ofert. Obecny zapis, ograniczający okres, w którym można wykazywać zdobyte doświadczenie do ostatnich 5 lat, w sposób oczywisty ogranicza możliwość udziału w postępowaniu doświadczonych ekspertów, którzy zdobyli oczekiwane doświadczenie w okresie wcześniejszym niż ostatnie 5 lat i gwarantują przynajmniej takie same, a nawet wyższe standardy merytoryczne jak osoby, których doświadczenie analizuje się tylko w ciągu ostatnich 5 lat. Takie sformułowanie zapisów SIWZ stanowi zaprzeczenie obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, który ciąży na Zamawiającym na mocy art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843, dalej: Pzp).

W pkt 13.2.2. SIWZ Zamawiający określił sposób oceny kryterium „Doświadczenie zespołu”, które przekłada się na zdobycie **aż 50 pkt** w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej. Jest to jedyne pozacenowe kryterium oceny ofert w postępowaniu (pozostałe kryterium to cena). W konsekwencji wykonawca dysponujący doświadczonym personelem, gwarantującym mu uzyskanie dodatkowych punktów w tym kryterium, będzie mógł zaoferować Zamawiającemu zdecydowanie wyższą ceną, a mimo to uzyskać niniejsze zamówienie. W związku z tym większy nacisk należy postawić na ocenę sposobu sformułowania kryterium, skoro to właśnie to kryterium może ostatecznie mieć kluczowy wpływ na wynik postępowania. Kryterium musi rzecz jasna gwarantować Zamawiającemu jak najwyższy standard wykonania zamówienia, ale nie może w sposób nieproporcjonalny premiować niektórych wykonawców, co w konsekwencji stanowi o istnieniu kryterium dyskryminacyjnego i ograniczającego konkurencję.

Aktualnie w pkt 13.2.2 określony jest następujący wymóg: **„Wymagany skład zespołu realizującego zamówienie i ocena ofert”:**

Lp.	Wykonywana funkcja	Doświadczenie punktowane w kryterium oceny ofert: doświadczenie zespołu projektantów
1.	Kierownik Zespołu	<p>Za każdą wykonaną <b>w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert</b> usługę polegającą na pełnieniu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy funkcji kierownika projektu w zespole inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu lub w zespole o podobnej funkcji przy budowie lub przebudowie obiektu budowlanego o wartości robót 150 mln zł brutto lub równowartość tej kwoty w innej walucie</p> <p>– ponad określone w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum                      – przyznaje się 1 pkt. – maksymalnie 3 punktów.</p>
2.	Główny Projektant	<p>Za każdą wykonaną <b>w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert</b> usługę polegającą na pełnieniu funkcji głównego projektanta przy wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego wraz koncepcją architektoniczną i wielobranżową lub projektu budowlanego dla budowy obiektu szpitala, o następujących parametrach:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• powierzchnia użytkowa co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> oraz</li> <li>• obiekt składający się co najmniej z: dwóch sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej</li> </ul> <p>– ponad określone w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum                      – przyznaje się 3 pkt. – maksymalnie 9 punktów</p> <p>oraz dodatkowo 3 punkty – maksymalnie 9 punktów – jeśli wskazana koncepcja lub projekt został wykonany z wymogiem BIM</p>
3.	Technolog medyczny	<p>Za każdą wykonaną <b>w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert</b> usługę polegającą na opracowaniu projektu technologii medycznej zgodnie z wytycznymi zawartymi w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz. U. poz. 595) (lub odpowiednim rozporządzeniem obowiązującymi w czasie wykonania) lub zgodnie z odpowiadającymi im przepisami obowiązującymi w innych krajach członkowskich UE dla budowy obiektu szpitala o następujących parametrach:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• powierzchnia użytkowa co najmniej 10 000 m<sup>2</sup> oraz</li> <li>• obiekt składający się co najmniej z: dwóch sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej</li> </ul> <p>– ponad wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum – przyznaje się 3 punkty – maksymalnie 9 punkty</p>

4.	<i>Specjalista ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii.</i>	<i>Za każdą wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert usługę polegającą na wykonaniu z wykorzystaniem oprogramowania CFD przepływowy model obiektu budowlanego o sumarycznym zapotrzebowaniu na energię elektryczną i ciepłą w wysokości min. 7 GWh rocznie</i> <i>– ponad wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum – przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punkty</i>
5.	<i>Specjalista BIM</i>	<i>Za każdą wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert usługę polegającą na wykonaniu modelu BIM w ramach realizacji zamówienia, które zawierało zobowiązanie wykonawcy do jego wykonania obejmującego zaprojektowanie obiektu budowlanego o powierzchni użytkowej minimum 5 000 m<sup>2</sup></i> <i>– ponad wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum – przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punkty</i>

Ze względu na skalę i skomplikowany proces inwestycyjny budynków użyteczności publicznej, a zwłaszcza szpitali, spełnienie powyżej opisanych wymogów w okresie ostatnich 5 lat jest obiektywnie utrudnione. Jednocześnie wprowadzone ograniczenie czasowe wyłącza możliwość uzyskania dodatkowych punktów przez osoby, które wprawdzie dysponują dokładnie tym wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, ale zdobytym wcześniej, co jest o tyle niezrozumiałe, że „jakości” doświadczenia członka zespołu nie decyduje okres, w jakim doświadczenie to jest zdobyte, a ilość i rodzaj realizowanych projektów. Projektant działający w branży od 10, czy 20 lat ma porównywalne, a nawet lepsze doświadczenie niż projektant, który pracuje zawodowo dopiero od 3, czy 5 lat, zwłaszcza jeśli obaj są nadal aktywni zawodowo, co wymusza dostosowywanie się przez nich do najnowszych trendów i poznawania najnowszych narzędzi projektowych. Wymóg zdobycia określonego doświadczenia w ciągu ostatnich 5 lat jako warunek udziału w postępowaniu i możliwość pozyskania dodatkowych punktów za określone projekty realizowane także w dłuższej perspektywie czasowej spełnia więc cel, który jak można założyć Zamawiający realizuje ww. zapisami SIWZ – gwarantuje uzyskanie najlepszego z możliwych zespołów projektowych.

**Wymogi SIWZ sformułowane obecnie w nieproporcjonalny i nieuzasadniony sposób premią największe międzynarodowe biura projektowe o bardzo dużej liczbie projektów i są skierowane przeciwko mniejszym podmiotom, które mają wprawdzie duże doświadczenie, w tym także międzynarodowe, ale zdobywane przez lata funkcjonowania na rynku, naruszając tym samym zasady konkurencji.** Zwiększenie okresu osobistego doświadczenia członków zespołu do 20 lat, o co niniejszym wnioskuje Wykonawca, w sposób oczywisty poszerzy możliwości wyboru najlepiej wykwalifikowanych ekspertów, a także jakości ich profesjonalnego doświadczenia. Ze względu na specyficzne wymagania związane z budową szpitali onkologicznych z ich skomplikowanym systemem ochrony radiologicznej, immunologicznej oraz ochrony środowiska przed odpadami radioaktywnymi, zwiększenie przedziału do 20 letniego doświadczenia jest konieczne dla zapewnienia konkurencyjności a Zamawiającemu pozwoli na dostęp do bogatszej wiedzy i większego kręgu doradców technicznych.

Jest to szczególnie ważne, ponieważ wieloletnie doświadczenie zdobyte przy projektowaniu i realizacji obiektów przystosowanych do stale zmieniającej się technologii medycznej i protokołów medycznych pozwoli na zaprojektowanie elastycznego, adaptującego się do zmian szpitala.

W związku z powyższym, aby uniknąć ograniczania konkurencji wnosimy o następującą modyfikację kryterium „Doświadczenie zespołu” w pkt 13.2.2 SIWZ:

1. Za każdą usługę wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert  
- zamiast 5 lat **powinno być 20 lat;**
2. w odniesieniu do doświadczenia Głównego Projektanta: ponad określone w ramach warunku udziału w postępowaniu minimum – przyznaje się 3 pkt. – maksymalnie 9 punktów  
- powinno być: 9 pkt. Zatem już jeden projekt wykorzystujący BIM daje gwarancję posiadania odpowiedniego doświadczenia.
3. Do doświadczenia projektowego powinny być zaliczone i dopuszczone referencje projektantów, **jeśli wykonywali tego typu projekty jako główni projektanci – także jako partnerzy dla innych biur projektowych w okresie ostatnich 20 lat.**

Zamawiający, bez żadnego merytorycznego uzasadnienia i bez żadnej rzeczywistej korzyści dla samego postępowania zmultiplikował wymagania. Zasadne jest oczywiście, żeby zespół był jak najbardziej doświadczony, **ale nie znajduje uzasadnienie dążenie, by doświadczenie zdobyto w jak najkrótszym terminie.** **Ograniczenie okresu, w jakim członkowie personelu mogą zdobyć punktowane w kryterium doświadczenie zmniejszy konkurencyjność w postępowaniu – może zmniejszyć liczbę ofert złożonych ofert, co oczywiście skutkować będzie zwiększeniem oferowanych ceny. Nie jest to sytuacja korzystna dla Zamawiającego, skoro cel Zamawiającego, jakim jest zapewnienie doświadczonego personelu może być osiągnięty także w inny sposób, bez ryzyka zmniejszenia kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie i bez ryzyka zawyżenia cen oferowanych w postępowaniu.**

Dodać przy tym należy, że obecne wymogi mogą doprowadzić do przeciwnych od oczekiwanych skutków. W postępowaniu wyżej punktowane będzie bowiem ostatecznie doświadczenie osób, które uczestniczyły w mniejszych i krócej trwających projektach (lub tylko w ich części), ale które miały miejsce w ostatnich 5 latach. Trudno znaleźć wartość dodaną takiego rozwiązania, skoro takie doświadczenie ma być przeciwstawione doświadczeniu zdobytemu w dłuższej perspektywie czasowej, ale przy większych projektach (trwających dłużej i w związku z tym wykluczających możliwość realizowania kilku projektów równoległe).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że Zamawiający koncentruje się na doświadczeniu związanym z BIM (modelowaniem informacji o budynku), zapomina przy tym, że chociaż w Polsce technologia ta stosowana jest zaledwie od kilku lat, to na zachodzie koncepcja ta działa od 20 lat. Ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego (ostatnie 5 lat) nie ma więc żadnego uzasadnienia także i z tego punktu widzenia. Ostatnie 5 lat nie jest bowiem żadnym wyznacznikiem dla osób projektujących w tej technologii, jeżeli osoby te swoje doświadczenie zdobywały także poza Polską, realizując niekiedy dużo bardziej skomplikowane projekty niż projekt objęty zamówieniem, a przecież także takie osoby powinny mieć dostęp do niniejszego zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust 2 pkt 5 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się

do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 4 maja 2017 r., KIO 777/17: *Artykuł 91 ust. 2 pkt 5 p.z.p. przy korzystaniu z kryterium pozacenowego w postaci doświadczenia kadry zezwala na zastosowanie tego kryterium jednakże wyłącznie, o ile może mieć ono znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma nieograniczonej swobody wyboru kryterium. Wybór danego kryterium musi bowiem zapewnić możliwość efektywnej konkurencji.*

Na marginesie wskazać należy, że Wykonawca zdaje sobie sprawę z terminu, w jakim składa niniejsze pismo. Istotność poruszanej w nim materii sprawia, że **ustosunkowanie się przez Zamawiającego do poruszanych wyżej kwestii jest obligatoryjne, a w konsekwencji wymaga modyfikacji SIWZ i wydłużenia terminu składania ofert.**

Z brzmienia przepisu art. 38 ust. 1a Pzp nie można wnioskować, iż Zamawiający w sposób zupełnie dowolny może decydować, kiedy udzielać odpowiedzi na pytania zgłoszone po terminie, kiedy zaś takowych nie udzielać. W wyroku Izby z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. KIO 275/12, podniesiono, że ***instytucja wyjaśnienia treści SIWZ powinna być bowiem interpretowana jako mechanizm służący tak zamawiającemu jak i wykonawcom w celu usunięcia punktów spornych, jakie mogą się pojawić na tle wykładni SIWZ już na etapie po złożeniu ofert.***

Wobec powyższego każdorazowa odmowa przez Zamawiającego udzielenia wyjaśnień może być oceniana przez pryzmat możliwości naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie, zamawiający nie udzielając odpowiedzi na zadane przez odwołującego w konkretnym zakresie zapytanie do SIWZ - choć zgodnie z obowiązującymi przepisami z uwagi na upływ terminu na złożenie zapytania nie narusza żadnego przepisu p.z.p. - niejako potwierdza wątpliwości odwołującego co do rozumienia wskazanych postanowień SIWZ (wyrok Izby z dnia 04 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1597/11). W konsekwencji prowadzi to **do braku jednoznaczności zapisów SIWZ i do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.**

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby, zaistnienie **co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 p.z.p. została naruszona** (wyrok Izby z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 752/11). Brak określenia przez Zamawiającego powyższych kryteriów oraz warunków zamówienia, które - co akcentuje się w orzecznictwie - muszą być obiektywne, może prowadzić do dwojakich konsekwencji. Z jednej strony prowadzi to bowiem do przyjęcia szczególnych dyrektyw wykładni, nakazujących rozstrzygnięcia wszelkich wątpliwości na korzyść wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Z drugiej natomiast zważywszy na to, że w każdym przypadku zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których jest on zobowiązany w oparciu o przepisy ustawy Pzp, dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, obciąża Zamawiającego odpowiedzialnością za ustalenie zapisów SIWZ.

Dlatego też uzasadnione jest, w okolicznościach niniejszego postępowania, aby Zamawiający, który takową odpowiedzialność ponosi, choć z uwagi na upływ terminu oraz brzemienne przepisu art. 38 ust. 1a Pzp nie ma obowiązku udzielić odpowiedzi na zadane przez Wykonawcę pytanie, odpowiedzi takowej udzielił, z uwagi

na to, iż jej brak może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i wszelkie konsekwencje tego naruszenia mogą w ostateczności obciążyć samego Zamawiającego. Zamawiający może nie mieć obowiązku wystosowania pisemnej odpowiedzi na niniejsze pismo, ale ma obowiązek prowadzić postępowanie zgodnie z ustawą Pzp, a w tym ukształtować SIWZ w sposób niedyskryminacyjny.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w zakresie proponowanym przez wykonawcę.

Zamiarem Zamawiającego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz premiowanie w trakcie oceny ofert wykonawców, którzy legitymują się zespołem, który nabył doświadczenie przy różnych projektach inwestycyjnych na przestrzeni ostatnich lat tj. w aktualnych warunkach gospodarczych, rynkowych i prawnych, przy wykorzystaniu aktualnego zasobu wiedzy technicznej w tym względzie. W ocenie Zamawiającego wykonawca z takim doświadczeniem daje rękojmię należytej realizacji zamówienia, a złożona przez niego oferta jest korzystniejsza dla Zamawiającego, który chce współpracować z czynnymi specjalistami z określonych branż, co może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania przez nich zamówienia (zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP).

W ocenie Zamawiającego ukształtowane w taki sposób warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert nie naruszają zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zgodnie z odpowiedzią na **pytanie 11** w piśmie nr EZP/1616/19 z dnia 06.11.2019r. doprecyzowuje zapisy pkt III.3.4 OPZ – Dokument główny i umieszcza na Platformie aktualny dokument – OPZ – dokument główny z naniesioną zmianą.

**DYREKTOR** (4)  
Dolnośląskiego Centrum Onkologii  
we Wrocławiu  
*dr hab. nauk med. Adam Maciejczyk*