

Kraków, dnia 30 października 2017 r.

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

**Wykonawca: Control Process Spółka Akcyjna**  
ul. Obrońców Modlina 16  
30-733 Kraków  
fax.: 12 25 58 500, email: nm@controlprocess.pl

**Zamawiający: Wojewódzki Szpital im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu**  
ul. Szpitalna 1  
39-400 Tarnobrzeg  
Tel.: +48 158123209  
E-mail: przetargi@szpitaltbg.pl  
Faks: +48 158123209

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: „Realizacja inwestycji w formule „zaprojektuj, wybuduj, wyposaź” pn. Tworzenie ośrodka radioterapii dla Wojewódzkiego Szpitala im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu.  
Numer referencyjny: Wsz – II.4.291.52.2017.UE (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 18.10.2017 r., 2017/S 200-410879).

## **ODWOŁANIE**

**Control Process Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000285783, posiadający NIP 873-28-98-418 (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwaney dalej „**Ustawą**” lub „**Pzp**”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

**wnosi niniejszym odwołanie od:**

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – oraz odpowiednio pozostałej części dokumentacji postępowania, w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:**

1. **art. 29 ust. 1 Pzp** poprzez określenie terminu realizacji zamówienia (pkt IV. SIWZ) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty – tj. jako termin zbyt krótki, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie,
2. **art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku przedstawienia dokumentów potwierdzających status wyrobu medycznego oferowanych dostaw - niewspółmiernie do potrzeb, nieadekwatnie do zakresu zamówienia,
3. **art. 22 ust. 1a Pzp, art. 22a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku posiadania zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo atomowe, polegającej na uruchamianiu oferowanych przez wykonawcę w tym postępowaniu akceleratorów i dołączenia go do oferty – jako obowiązku niewspółmiernego do potrzeb, nieadekwatnego do zakresu zamówienia,

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:**

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ (oraz odpowiednio pozostałej dokumentacji postępowania) poprzez:
  - 1) określenie terminu realizacji zamówienia (pkt IV. SIWZ) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez termin co najmniej 24 miesiące od daty zawarcia umowy z Wykonawcą i odpowiedni do zakresu prac oraz jednocześnie odpowiednie przesunięcie wszystkich innych terminów,
  - 2) określenie, że obowiązek przedstawienia dokumentów, o których mowa w pkt VII.4. występuje na 14 dni przed dostawą produktów, których te dokumenty dotyczą,
  - 3) określenie, że Wykonawca zobowiązany jest zapewnić wykonanie czynności uruchamiania oferowanych przez wykonawcę w tym postępowaniu akceleratorów przez podmiot posiadający zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo atomowe.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego

postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania, opublikowanej przez Zamawiającego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18. 10. 2017 r. Zgodnie z brzmieniem art. 14 ust. 2 Ustawy termin złożenia odwołania mija w dniu 30. października 2017 r., zatem niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

**W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

### **Uzasadnienie**

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy sporządzając SIWZ.

1. Zamawiający określił termin realizacji zamówienia (pkt IV SIWZ) w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności.

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia datą sztywną, tj.: „Zamawiający wymaga aby zamówienie było zrealizowane do dnia 1 lipca 2018 r.”. Zadanie, będące przedmiotem niniejszego postępowania obejmuje szeroki zakres prac zarówno o charakterze budowlanym jak i projektowym, co zostało opisane w pkt III SIWZ, w skład których to prac wchodzi elementy całkowicie niezależne od Wykonawcy, jak uzyskanie decyzji administracyjnej (pkt III.7.5), dokonanie uzgodnień administracyjnych (pkt III.3.3, pkt III.7.4) – gdzie racjonalnie działający Wykonawca musi uwzględnić maksymalne, wynikające z przepisów prawa terminy przysługujące tym organom na wykonanie czynności.

Poza czynnościami o charakterze administracyjnymi, do wykonania pozostają prace projektowe, prace budowlane oraz dostawy, montaż i uruchomienie sprzętu medycznego (dostaw), które mogą być wykonane tylko tak szybko, jak pozwalają na to reżimy technologiczne. Zgodnie z przeprowadzonymi przez Odwołującego wstępnymi analizami, termin określony przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę optymistyczny termin rozpoczęcia realizacji umowy na grudzień 2017 r. (tj. przy założeniu rozstrzygnięcia postępowania bez zmiany terminu składania ofert i bez korzystania przez Wykonawców ze środków ochrony prawnej) będzie wystarczający jedynie na opracowanie projektu budowlanego i co najwyżej uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę. Same prace projektowe dla tego typu obiektów w zakresie projektu budowlanego to min. 3 miesiące, długość procedury administracyjnej związanej z wydawaniem decyzji – pozwolenie na budowę to minimum 86 dni (czyli prawie 3 miesiące). A zatem w najlepszym przypadku w terminie umownym przewidzianym na zakończenie wszystkich prac Wykonawca tak naprawdę będzie mógł dopiero przystąpić do ich realizacji.

Odwołujący zwraca jeszcze uwagę iż przed przystąpieniem do wykonywania projektu budowlanego Wykonawca musi najpierw przygotować projekt definiujący rodzaj, typ i parametry urządzeń medycznych i innych jakie muszą znaleźć się wewnątrz budynku, gdyż to do nich w głównej mierze zależą wytyczne budowlane dla budynku. Procedura uzgodnień z dostawcami i z Zamawiającym to minimum 1-2 miesiące, zanim wykonawca będzie mógł przystąpić do wykonywania projektu budowlanego. Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę iż czas potrzebny na wyprodukowanie i dostarczenie urządzeń może w niektórych przypadkach znacznie przekroczyć termin przewidziany na wykonanie całości projektu.

Wobec tego, Odwołujący, uwzględniając swoje profesjonalne doświadczenie w realizacji obiektów budowlanych o podobnym stopniu skomplikowania stwierdza, że termin umowny przewidujący realizację do początku lipca 2018 r. jest niemożliwy do dotrzymania. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że przeprowadzone analizy mają charakter mocno przybliżony, ale ze względu na krótki termin do złożenia odwołania nie był w stanie wykonać bardziej szczegółowych, co jednak nie zmienia zasadniczo sytuacji, gdyż wiedzą powszechną jest to, że w tak krótkim, 6-7 miesięcznym terminie trudno jest przeprowadzić cały proces budowlany (obejmujący fazę projektowania, uzgadniania dokumentacji, uzyskiwania niezbędnych decyzji uprawnionych organów, budowy i oddania do użytkowania) dla domu jednorodzinnego (będącego prostą, typową konstrukcją, bazującą często na gotowym projekcie), a przedmiot niniejszego postępowania jest zakresem robót o nieporównywalnie trudniejszej skali.

#### **Dowód:** wstępny harmonogram prac

Wyżej wskazane stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO – w wyroku z dnia 2 sierpnia 2017 r. **KIO 1488/17** Izba stwierdziła, że „*Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.*”, jak również nie zaakceptowała argumentacji, że termin wynika z umowy o dofinansowanie unijne i jako taki nie może zostać zmieniony. Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający przewidział wysokie kary umowne za niedotrzymanie terminu – „**0,2 % wartości brutto sumy wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 4 ust.1 lit. b) i c) niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia,**” – co w realiach branży budowlanej powoduje, że stosunkowo niewielkie (np. miesięczne) opóźnienie pozbawia Wykonawcę całości zysku z zamówienia.

2. Zamawiający wyspecyfikował w SIWZ obowiązek przedłożenia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy dokumentów potwierdzających:

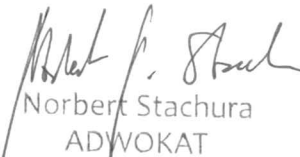
a) posiadanie znaku CE wraz z deklaracją zgodności, a w przypadku sprzętu klasyfikowanego jako wyrób medyczny klasy I deklarację zgodności dla oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 876 z póź. zm.) i przepisami wykonawczymi jeżeli prawo nakłada obowiązek posiadania takich dokumentów);

b) Formularz/ powiadomienie/ zgłoszenie do Prezesa Urzędu (zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych - (Dz. U. z 2017 r. poz. 2011).

W ocenie Odwołującego jest to wymóg nadmierny, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotowe zamówienie ma charakter „zaprojektuj, wybuduj, wyposaź” – a zatem produkty, których dotyczą ww. dokumenty będą dostarczane dopiero po etapie projektowania oraz budowy, tj. zgodnie z oceną Odwołującego nie wcześniej niż za około 17 miesięcy od daty podpisania umowy. Wymaganie dokumentacji o której mowa powyżej uniemożliwia zawarcie w projekcie innych urządzeń niż te, których dokumentację załączono, co z jednej strony znacząco ogranicza konkurencję – uniemożliwia zaoferowanie rozwiązań i produktów, które w dniu składania oferty nie zostały wprowadzone na rynek polski, jak również produktów które mogą zostać wprowadzone do ofert sprzedawców w okresie pomiędzy rozstrzygnięciem postępowania a faktyczną dostawą. Powyższe ograniczenie również jest niekorzystne dla Zamawiającego, który nie będzie mógł uzyskać sprzętu nowszego, o lepszych parametrach użytkowych niż oferowany aktualnie, jak również może być to problematyczne ze względu na cykl produkcyjny i rozwój produktów – może się bowiem okazać, że produkt, którego dokumenty zostaną przedstawione na etapie postępowania nie będzie już oferowany w momencie dostawy – która nastąpi po ponad roku od podpisania umowy. Jedynym rozwiązaniem w takiej sytuacji byłby zakup wyposażenia przez Wykonawcę w momencie podpisania umowy i magazynowanie go do czasu instalacji – jednak takie działanie wydaje się mocno niekorzystne dla Zamawiającego, który uzyska sprzęt teoretycznie nowy (bo nie używany wcześniej), jednak będzie to sprzęt, który dość długo „leżakował” i był narażony na niekoniecznie właściwe warunki przechowywania, jak również Zamawiający nie będzie mógł skorzystać z możliwości pozyskania najnowocześniejszego sprzętu. Jednocześnie sam Zamawiający wprowadził zapis w Dokumentacji Przetargowej w Załącznik nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu Zamówienia w pkt 3, iż oferowane urządzenia nie mogą być wyprodukowane wcześniej niż 8 miesięcy przed dostawą.

3. Zamawiający wyspecyfikował w SIWZ obowiązek przedłożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo atomowe. W ocenie Odwołującego obowiązek ten jest nadmierny i przedwczesny. Wskazać należy, że przedmiotowe zamówienie obejmuje szeroki zakres robót, usług i dostaw – co powoduje, że zamówienia tego typu są najczęściej realizowane przez Generalnego Wykonawcę przy udziale podwykonawców, którzy często są specjalistycznymi firmami, będącymi wysoko wyspecjalizowanymi podmiotami w wąskim zakresie. Uruchomienie akceleratorów – a zatem specjalistycznego sprzętu – z oczywistych powodów wykonane winno być przez podmiot mający w tym zakresie wiedzę i doświadczenie. Podmioty zajmujące się dostawą i uruchomieniem akceleratorów rzadko (o ile nie nigdy) są firmami budowlanymi, realizującymi zamierzenia budowlane w formule „zaprojektuj i zbuduj”, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W interesie Zamawiającego winno być pozyskanie do realizacji niniejszego zamówienia jak najlepszego zespołu specjalistycznych podmiotów – wskazanie zatem, że Wykonawcą może być jedynie podmiot posiadający zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo atomowe w znaczący sposób zawęży krąg podmiotów, które mogą starać się o przedmiotowe

zamówienie, w żaden sposób nie służąc podwyższeniu jakości realizacji tego zamówienia, gdyż uruchomienie akceleratorów jest jednym z wielu jego elementów.

  
Norbert Stachura  
ADWOKAT

**Załączniki:**

1. *odpis z KRS Odwołującego;*
2. *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
3. *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
4. *dowód uiszczenia wpisu.*