



Warszawa, 28 marca 2024 r.

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

**Zamawiający:**

**Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1  
im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego  
Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**  
NIP: 648-23-01-274; KRS: 0000025325  
ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze  
tel.: +48 (32) 370 42 41, +48 (32) 370-43-07  
faks: +48 (32) 370 42 07, +48 (32) 370-45-22  
e-mail: [zampubli@szpital.zabrze.pl](mailto:zampubli@szpital.zabrze.pl);  
[sekretariat@szpital.zabrze.pl](mailto:sekretariat@szpital.zabrze.pl)

**Odwołujący:**

**Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
KRS: 0000001764  
*reprezentowana przez:*  
r.pr. Anna Wrzesień  
*adres do doręczeń:*  
BUDIMEX S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
e-mail: [anna.wrzesien@budimex.pl](mailto:anna.wrzesien@budimex.pl)  
e-mail: [martyna.nyszk@budimex.pl](mailto:martyna.nyszk@budimex.pl)  
tel. 512 397 064

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „**ustawa Pzp**”) pn. „**BUDOWA BUDYNKU ŚLĄSKIEGO CENTRUM ONKOLOGII I HEMATOLOGII DZIECIĘCEJ WRAZ Z ŁĄCZNIKIEM W SYSTEMIE ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ W RAMACH DOTACJI CELOWEJ NA DOFINANSOWANIE REALIZACJI INWESTYCJI PN. „BUDOWA ŚLĄSKIEGO CENTRUM ONKOLOGII I HEMATOLOGII DZIECIĘCEJ**”, numer postępowania: ZP/12/PN/2024, (dalej jako: „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2024 r. pod nr S: 55/2024 160885-2024



## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.

**Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:**

- 1) **art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez oznaczenie w treści Część IV SWZ - WZÓR UMOWY na roboty budowlane oraz projekt budowlany (dalej jako: „**Umowa RB**”) planowanego terminu zakończenia realizacji zamówienia i jego poszczególnych etapów konkretną datą kalendarzową oraz wyznaczenie nieadekwatnych i nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia i realizacji obowiązków wykonawcy, pomimo, iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, i oznacza opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich okoliczności realizacji zamówienia, a w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współzycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**);
- 2) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 568 § 1, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy RB niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 2**);
- 3) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC** poprzez wprowadzenie do Umowy RB i w treści Część IV SWZ - WZÓR UMOWY na dostawę sprzętu medycznego wraz z systemem informatycznym (dalej jako: „**Umowa SM**”) postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowiąc obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia



w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 3**);

- 4) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach postanowień Umowy RB jednostkowych kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o rażąco wygórowanych wysokościach i kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej; naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 4**);
- 5) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy SM górnego limitu wszystkich kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej; naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 5**);
- 6) **art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy RB niejednoznacznych, niezrozumiałych i niedokładnych postanowień, z których jednocześnie wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy zostanie ograniczony zakres zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 6**);



- 7) **art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 473 § 1 KC, art. 483 KC i art. 484 § 2 KC w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy RB postanowień, niejednoznacznych, niezrozumiałych, z których jednocześnie wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność, w tym w postaci zapłaty kary umownej, pomimo wygaśnięcia umowy, rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez jedną ze stron, co w konsekwencji oznacza postanowienie wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, stanowiące nadmierne i nieadekwatne obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, a jednocześnie stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, sprzecznym z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 7**);
- 8) **art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy RB postanowień niejednoznacznych, niedokładnych, z których jednocześnie wynika, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, m.in. za treść dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego i informacji, które zamawiający będzie przekazywał wykonawcy, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy Pzp wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, wbrew zasadom współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego i swobody kontraktowania, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 8**);
- 9) **art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC** poprzez wprowadzenie do Umowy RB postanowień zobowiązujących wykonawcę do załączenia do każdej faktury oświadczeń podwykonawców potwierdzających, że wykonawca nie zalega z żadnymi płatnościami na ich rzecz oraz umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp zobowiązuje do przedstawienia dowodów zapłaty wyłącznie w zakresie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców oraz umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców, co jednocześnie stanowi wymaganie nieproporcjonalne i nadmiarowe, godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 9**);



- 10) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa), o którym mowa w pkt 5 ppkt 5.1.4.1 SWZ w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (**zarzut nr 10**);
- 11) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia, o których mowa w pkt 5 ppkt 5.1.4.2 SWZ w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (**zarzut nr 11**);
- 12) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp** poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy, zdefiniowanego w pkt 18 ppkt 18.1 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dyskryminujący osoby o potencjale gwarantującym rękojmię należytego wykonania zamówienia, uniemożliwiający realne konkurowanie i uzyskanie dodatkowej punktacji (**zarzut nr 12**);
- 13) 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 115 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję opisanie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5 ppkt 5.1.3 lit. b) SWZ odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie spełniania przez wykonawców wymagania dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, biorąc pod uwagę, że Zamawiający ujął poszczególne elementy w zakresie ubezpieczenia w sposób nieproporcjonalny, który w istocie nie ocenia zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i ich potencjału ekonomicznego, a co za tym idzie – sformułował warunek udziału w Postępowaniu w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (**zarzut nr 13**);

**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ (w tym Umowy – Część IV SWZ) i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.



### Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i Kodeksu Cywilnego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

### Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania w dniu 18 marca 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

## UZASADNIENIE

### I. Zarzuty dotyczące treści projektowanych postanowień Umowy

#### I.1. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załącznika do SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**<sup>1</sup> Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że

<sup>1</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.





swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353<sup>1</sup> KC.

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**<sup>3</sup>

## **I.2. Zarzut dotyczący wyznaczenia daty zakończenia realizacji zamówienia i nierealnych terminów realizacji etapów zamówienia i obowiązków wykonawcy (zarzut nr 1)**

1. Zamawiający określił w SWZ i w Umowie RB (Część IV SWZ) planowany termin zakończenia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty oraz terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia i poszczególnych obowiązków wykonawcy w następujący sposób:

Część I – OBLIGATORYJNE POSTANOWIENIA SWZ  
pkt 3 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ppkt 3.7. SWZ  
*„Termin wykonania zamówienia do **26.12.2025 r.**”*

Część IV – WZÓR UMOWY na roboty budowlane oraz projekt budowlany

§2 ust. 1 Umowy *„Termin realizacji zamówienia: do **26.12.2025 r.**, z uwzględnieniem następujących etapów:*

*I. Projekt rozbiórki – do **14 dni od daty zawarcia umowy;***

<sup>3</sup> Tak KIO, przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



- II. Projekt budowlany w zakresie niezbędnym do złożenia w Urzędzie Miasta w Wydziale Budowlanym oraz do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków – **do 2 miesięcy od daty zawarcia umowy;**
- III. Roboty rozbiórkowe – **do 10 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę**
- IV. Roboty budowlane **do 26.12.2025r.**
- V. Przełożenie miejskiej sieci do Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej – **do 31.08.2024 r.**

§9 ust. 1 Umowy **"Wykonawca zobowiązany jest do** wykonania wszelkich niezbędnych opracowań przygotowawczych, w szczególności:

- a) wykonania map do celów projektowych,
- b) uzyskania niezbędnych dokumentów do opracowania dokumentacji projektowej,
- c) wykonania badań geotechnicznych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia lub innych wymaganych prawem opracowań geologicznych – jeżeli będą wymagane,
- d) dokonania uzgodnień z gestorami uzbrojenia podziemnego, zarządcami dróg publicznych i innych związanych z realizacją Przedmiotu umowy, w tym opracowania dokumentów wynikających z tych uzgodnień po wykonaniu projektu budowlanego – jeżeli będą wymagane,
- e) **uzyskania decyzji środowiskowych i wszelkich innych wymaganych decyzji i uzgodnień niezbędnych dla realizacji Przedmiotu umowy,**
- f) sporządzenia projektu rozbiórki, podjęcie wszelkich innych czynności niezbędnych do uzyskania pozwolenia na rozbiórkę"

§9 ust. 2 Umowy „Wykonawca w terminie **20 dni** od dnia podpisania niniejszej umowy przedstawi Zamawiającemu koncepcję”.

§9 ust. 2 Umowy „Wykonawca sporządzi Projekt Budowlany w terminie **30 dni** od dnia zaakceptowania przez Zamawiającego Koncepcji oraz złoży go do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Projekt Budowlany musi spełniać wszystkie wymagania prawa budowlanego oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2022, poz. 1679) – dalej: rozporządzenie MR. Projekt Budowlany oprócz projektu architektoniczno-budowlanego musi zawierać wszystkie wymagane opracowania i branże, w tym przede wszystkim projekt zagospodarowania terenu, dróg i parkingów oraz sieci, przyłączy i instalacji zewnętrznych i wewnętrznych. Dopuszcza się wydzielenie sieci i przyłączy, jako odrębnych opracowań”

#### **Oznaczenie terminu zakończenia realizacji zamówienia i terminów realizacji etapów datą kalendarzową**

- 2. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu na realizację, która to została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, *umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty*





*budowlanej, **określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach**, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*

3. Jak podkreśla się przy tym w doktrynie, wprowadzona zmiana ustawy Pzp umotywowana była koniecznością wyeliminowania z obrotu sytuacji zmuszających wykonawców do kalkulacji ryzyk niemożliwych w istocie do przewidzenia związanych z tym, jaki realnie czas pozostanie wykonawcom do realizacji zamówienia. *Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów* (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021).
4. Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, iż każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze.
5. Nadto, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił określenia terminu zakończenia realizacji inwestycji datą kalendarzową określoną na dzień **26 grudnia 2025 r.**, oraz terminów realizacji poszczególnych etapów, tj. **etap IV – do dnia 26 grudnia 2025 r., etap V do dnia 31 sierpnia 2024 r.** Należy podkreślić, że zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy RB „*Dniem wykonania przedmiotu umowy będzie przedłożenie Zamawiającemu prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu*”. Tym samym dotrzymanie konkretnej daty kalendarzowej, tj. dnia 26 grudnia 2026 r. ma uwzględniać już otrzymanie decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu, co jest czynnikiem uzależnionym od podmiotu trzeciego. W związku z tym nawet jeżeli wykonawca dochowa wszelkich formalności i wykona przedmiot zamówienia to nie ma wpływu na termin wydania i przekazania przez organy administracyjne decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu.
6. Tym bardziej wyznaczenie sztywnych dat kalendarzowych jest nieuzasadnione z uwagi na brak możliwości przewidzenia zakończenia wykonania poszczególnych etapów zamówienia lub terminów wykonania obowiązków nałożonych na wykonawcę (jak np. terminu uzyskania pozwolenia na rozbiórkę, terminu uzyskania decyzji środowiskowej, które to terminy są zależne od działań podmiotu trzeciego).
7. W ocenie Odwołującego, przepis art. 436 pkt 1) ustawy Pzp należy interpretować ściśle w tym sensie, że tylko i wyłącznie okoliczności niezmiennie i niebudzące żadnych wątpliwości mogą być uznawane za przesłankę mogącą stanowić podstawę decyzji Zamawiającego o ustaleniu sztywnej daty kalendarzowej terminu realizacji prac, czy to w zakresie konkretnego etapu prac, czy też zakończenia całej inwestycji. Okoliczności stanowiące taką podstawę nie mogą być arbitralne i możliwe do następnej modyfikacji.
8. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że czynnikiem kluczowym jest dysponowanie przez wykonawcę określonym okresem na wykonanie odpowiednich czynności wchodzących w zakres zamówienia, **zwłaszcza przy kontrakcie o takiej skali i wartości jak będący przedmiotem**



**przedmiotowego postępowania.** Tylko dysponowanie wiedzą co do konkretnego czasu zagwarantowanego na wykonanie zamówienia z zestawieniem zakresu obowiązków nałożonych na wykonawców, pozwala na realną ocenę możliwości podjęcia się realizacji danego przedsięwzięcia i zabezpieczenia wymaganych nakładów finansowych, sprzętowych i osobowych. Bez takiej informacji, wykonawcy nie mają w istocie żadnej możliwości, aby ocenić realność przyjmowanego zobowiązania, nie mówiąc już o racjonalnym i rzetelnym skalkulowaniu należnego wynagrodzenia. **Aktualnie potencjalni wykonawcy takiej wiedzy posiadać nie mogą, bowiem nie wiadomo, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego – znana jest bowiem tylko zakładana przez Zamawiającego data końcowa. Nie sposób zatem realnie przewidzieć okresu, który należy założyć na realizację całości przedmiotu zamówienia.**

9. O ile naturalnym jest przyznanie Zamawiającemu prawa do nakreślenia ram czasowych realizacji zamówienia (oraz jego poszczególnych etapów), oczywiście pod warunkiem realności zaproponowanych terminów, o tyle założenia Zamawiającego koncentrować się powinny nie tyle na określeniu, do kiedy dane prace mają być wykonane, ale ile czasu ma wykonawca na ich realizację. **Tylko takie określenie ram czasowych na wykonanie poszczególnych etapów realizacyjnych pozwala bowiem na uwzględnienie takich zmiennych jak ostateczna data składania ofert, długość procedury przetargowej oraz data podpisania umowy, co w konsekwencji gwarantuje zachowanie porównywalności ofert w ramach postępowania. W przeciwnym przypadku każdy z wykonawców będzie wyceniał ryzyka związane z szacunkami dotyczącymi tego, kiedy ostatecznie zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego na zupełnie dowolnych, spekulacyjnych i nieporównywalnych poziomach.** W tej sytuacji żaden z wykonawców nie będzie de facto w stanie ocenić realności przyjmowanego na siebie zobowiązania w tym zakresie, a w konsekwencji racjonalnie i rzetelnie skalkulować wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

#### **Wyznaczenie nieadekwatnych i nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia i realizacji obowiązków wykonawcy**

10. Nadto, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ukształtował terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia i wykonania obowiązków przez wykonawcę w sposób nieadekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia i jednocześnie nierealny dla jego prawidłowego wykonania, nie uwzględniając wszystkich okoliczności, które mają wpływ na terminy realizacji tych obowiązków.
11. Tak jak już wskazywał powyżej Odwołujący, należy podkreślić, że na terminy realizacji obowiązków wykonawcy ma wpływ wiele czynników, w tym mają wpływ działania i zaniechania podmiotów trzecich, jak np. wydanie decyzji środowiskowej, wydanie pozwolenia na rozbiórkę, które opóźnią termin realizacji zamówienia, pomimo, że wykonawca dochowa w terminie wszelkich formalności i z należytą starannością będzie realizował przedmiot zamówienia.
12. Mając na uwadze fakt, że wykonawca nie wie kiedy realnie zostanie zawarta umowa z Zamawiającym, w tym jak długo będzie trwało postępowanie przetargowe, to nawet przyjęcie (mało realnego) terminu podpisania umowy w maju 2024 r. daje wykonawcy jedynie 20 miesięcy na realizację całego zamówienia. Wykonawca będzie miał zatem jedynie 20 miesięcy (lub mniej)



na zaprojektowanie, akceptację projektów i wykonanie wszystkich robót budowlanych wraz z uzyskaniem wszystkich decyzji administracyjnych jakie będą konieczne. Należy podkreślić, że z doświadczenia Odwołującego wynika, że termin ten jest wręcz nierealnie krótki, przy uwzględnieniu rzeczywistych terminów trwania procedur wydawania decyzji przez organy administracyjne np. decyzja środowiskowa **ok. 4-5 miesięcy**, pozwolenie wodnoprawne (przy założeniu, że będzie wymagane): **2-4 miesięcy**, decyzja lokalizacyjna: **65 dni**, decyzja pozwolenia na rozbiórkę: **65 dni**, decyzja Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków: **30 dni**, pozwolenie na budowę: czas oczekiwania na wydanie decyzji to około **65 dni** (przy czym pozwolenie na budowę staje się ostateczne, gdy żadna ze stron w terminie **14 dni** od daty doręczenia pozwolenia na budowę nie wniosła odwołania), przeprowadzenie kontroli obowiązkowej przez służby Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w terminie **21 dni** od daty złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na użytkowanie (termin wydania decyzji – około **1 miesiąc**), a do tego należy doliczyć jeszcze czas na pozostałe uzgodnienia z gestorami uzbrojenia podziemnego oraz zarządcami dróg publicznych.

13. Ponadto wyżej opisane procedury administracyjne nie mogą nakładać się na siebie, a muszą być wykonywane w odpowiedniej kolejności. W związku z powyższym czas uzyskania wszystkich decyzji administracyjnych wymaganych do realizacji niniejszego zadania to okres minimum **12-14 miesięcy** (przy założeniu braku odwołań stron i organów). W związku z tym czas pozostały na wykonanie całości robót budowlanych to około **6-8 miesięcy**, co jest terminem nierealnym, mając na uwadze szeroki zakres robót budowlanych, urządzeń i automatyki, które wymagają indywidualnego zamówienia oraz instalacji i konfiguracji ich do współpracy z instalacjami i urządzeniami.
14. Z wieloletniego doświadczenia i wiedzy Odwołującego wynika, że czas potrzebny na wykonanie samego zakresu robót budowlanych objętych niniejszym zamówieniem **to minimum 16 miesięcy od uzyskania prawomocnej decyzji w zakresie pozwolenia na budowę.**

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (Umowy) poprzez modyfikację treści postanowienia § 3 ust. 1 Umowy dla części I i części II Postępowania i nadanie mu następującego brzmienia:**

§2 ust. 1 Umowy „*Termin realizacji zamówienia: do 22 miesięcy od dnia zawarcia umowy z uwzględnieniem następujących etapów:*

- I. *Projekt rozbiórki – do 14 dni od daty zawarcia umowy;*
- II. *Projekt budowlany w zakresie niezbędnym do złożenia w Urzędzie Miasta w Wydziale Budowlanym oraz do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków – do 4 miesięcy od daty zaakceptowania Koncepcji;*
- III. *Roboty rozbiórkowe – do 10 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę*
- IV. *Roboty budowlane do 15 miesięcy od dnia uzyskania prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę*
- V. *Przełożenie miejskiej sieci do Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej – do 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy.*



§9 ust. 2 Umowy „Wykonawca w terminie **30 dni** od dnia podpisania niniejszej umowy przedstawi Zamawiającemu koncepcję”.

§9 ust. 2 Umowy „Wykonawca sporządzi Projekt Budowlany w terminie **4 miesięcy od dnia zaakceptowania przez Zamawiającego Koncepcji** oraz złoży go do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Projekt Budowlany musi spełniać wszystkie wymagania prawa budowlanego oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2022, poz. 1679) – dalej: rozporządzenie MR. Projekt Budowlany oprócz projektu architektoniczno-budowlanego musi zawierać wszystkie wymagane opracowania i branże, w tym przede wszystkim projekt zagospodarowania terenu, dróg i parkingów oraz sieci, przyłączy i instalacji zewnętrznych i wewnętrznych. Dopuszcza się wydzielenie sieci i przyłączy, jako odrębnych opracowań”

### I.3. Zarzut dotyczący bezusterkowego odbioru (zarzut nr 2)

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy RB wprowadził m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę odbioru robót (odbiór częściowy i odbiór końcowy):

§6 ust. 1 Umowy „Strony ustalają, iż do obowiązków Wykonawcy należeć będą w szczególności następujące czynności: 1) organizacja placu budowy i jego zaplecza socjalnego, magazynowego, w tym toalet oraz utrzymanie go we właściwym stanie przez cały okres trwania budowy, tj. do czasu podpisania przez Strony **protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń**,”

§11 ust. 13 Umowy „Strony postanawiają, że z czynności odbioru końcowego spisany będzie protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też ewentualne terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych usterek i wad. Wzór protokołu odbioru końcowego stanowi załącznik nr 4 do niniejszej umowy”.

§11 ust. 14 Umowy „Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego, o którym mowa w ust. 13 zostaną **stwierdzone wady i usterki polegające np. na złej jakości wykonania robót, usterce lub braku kompletności, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia**. Zamawiający wyznaczy termin do usunięcia wad z uwzględnieniem zakresu prac do poprawy”.

§11 ust. 15 Umowy „**Po usunięciu wad i usterek** Wykonawca ponownie zawiadomi Zamawiającego o gotowości do odbioru końcowego. Zamawiający zobowiązany jest przystąpić do odbioru w terminie 7 dni od doręczenia zawiadomienia. **Zamawiający wyznacza termin odbioru końcowego**”.

§11 ust. 17 Umowy „Jeżeli wady istotne nie nadają się do usunięcia, to:

- a) jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy,
- b) jeżeli Wady uniemożliwiają użytkowanie części lub całości przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu umowy ponownie przez Wykonawcę, albo odstąpić od umowy lub jej części z winy Wykonawcy, jeżeli w wyznaczonym ponownie przez Zamawiającego terminie nie wykona on przedmiotu umowy. Zamawiający może również zlecić



wykonanie przedmiotu umowy w części lub w całości przez osobę trzecią z prawem obciążenia Wykonawcy kosztami tego wykonania bez konieczności uzyskania zezwolenia sądu”.

§11 ust. 1 Umowy „Podpisanie **protokołu odbioru bez zastrzeżeń** nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności za wady lub braki przedmiotu umowy”.

§13 ust. 10 Umowy „Zamawiający przewiduje rozliczenia częściowe robót budowlanych. Fakturowanie robót budowlanych odbywać się będzie na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego **bezusterkowe protokoły częściowych odbiorów robót oraz odbioru końcowego**”.

§14 ust. 1 Umowy „Zamawiający przewiduje rozliczenia częściowe, nie częściej niż raz na kwartał. Fakturowanie odbywać się będzie według zaawansowania prac na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego **bezusterkowe protokoły odbioru częściowego sporządzane nie częściej niż na kwartał i odbioru końcowego**.”

§16 ust. 1 Umowy „Wykonawca udziela gwarancji jakości na prawidłowe wykonane przedmiotu umowy. Okres ten wynosi:

a) 36 miesięcy na wyposażenie,

b) 60 miesięcy na roboty budowlane

i będzie liczony **od daty podpisania bezusterkowego protokołu odbioru robót częściowych zgodnie z dokumentacją i końcowego bezusterkowego protokołu odbioru robót**”.

z procedurą odbioru skorelowana jest także odpowiedzialność wykonawcy:

§ 21 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu określonego elementu/etapu robót (etap III) według zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo – finansowego. Kary naliczane będą od ostatniego dnia miesiąca określonego w wyżej wymienionym harmonogramie, **do dnia pisemnego zgłoszenia do odbioru wykonanych w całości elementów robót budowlanych, o ile odbiór nastąpi bez uwag.**”

2. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób niekonsekwentny opisuje procedurę odbioru częściowego i odbioru końcowego robót. Z jednej strony wskazuje, że wyznaczy dodatkowy termin na usunięcie wad i usterek w ramach czynności odbioru końcowego w protokole oraz zostaną w nim spisane wszelkie ustalenia (§11 ust. 13 i ust. 14 Umowy, Załącznik nr 4 do Umowy), ale jednocześnie nie wskazuje, że dokona odbioru końcowego i zaznacza, że protokół odbioru końcowego ma być podpisany bez zastrzeżeń (§6 ust. 1 Umowy i §11 ust. 1 Umowy ). Natomiast z treści §11 ust. 15 Umowy wynika, że wyznaczenie terminu odbioru końcowego nastąpi dopiero po usunięciu wad i usterek (tj. nawet tych nieistotnych). Nadto w §13 ust. 10 Umowy, §14 ust. 1 Umowy i §16 ust. 1 Umowy posługuje się wprost pojęciem bezusterkowego protokołu odbioru robót częściowych i bezusterkowego protokołu odbioru końcowego oraz uzależnia brak naliczenia kar umownych (§ 21 ust. 1 Umowy ) od odbioru bez uwag.





3. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, Zamawiający wprowadził do Umowy RB **de facto bezusterkowy odbiór końcowy i bezusterkowy odbiór częściowy**, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując *de facto* dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. **Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby zatem uzyskać należnego mu wynagrodzenia i zobowiązany byłby do ponoszenia kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.**
4. **W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.** Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranej przez siebie daty odbioru. Każdorazowo, jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata. W taki bowiem sposób - poprzez odniesienie do przedmiotowego znaczenia danej wady i jej przełożenia na funkcjonowanie przedmiotu umowy - definiowana jest „istotność” uchybień zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy.
5. Wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji, zabezpieczając więc w sposób wystarczający interesy Zamawiającego w tym przedmiocie. Należy bowiem zauważyć, że odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji. Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC) wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających uchybień, pomimo, iż jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są poprzez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).
6. **Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach**





**umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych**, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

7. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane **o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe.** Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**

- **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**

*„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”*

- **Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

*„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”*

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

*„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”*

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**

*„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek*



*i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękopisów przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękopisów i gwarancji.”*

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

*„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).”*

8. Reasumując, przedmiotowe postanowienia Umowne zatem z jednej strony cechują się niespójnością, co godzi w dyrektywę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających, prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. **Przy czym takie uregulowanie procedury odbioru końcowego ma dalej idące konsekwencje,**



**gdyż od protokołu odbioru końcowego przedmiotu Umowy bez uwag zaczyna biec termin okresu gwarancji.** Podkreślić należy ponownie, że Zamawiający nie tylko nie ma prawa do dowolności podejmowanych działań przy stwierdzeniu wad o charakterze nieistotnym, ale też nie ma uprawnienia do wstrzymywania wypłaty jakiegokolwiek części wynagrodzenia przy ich wystąpieniu, dążąc do konieczności uzyskania przez wykonawców protokołów bezusterkowych. Jednocześnie, w związku z tym, że **kwestia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia jest jednym z najistotniejszych elementów związanych z uprawnieniami wykonawcy dotyczącymi realizacji inwestycji,** postanowienia Umowy w tym przedmiocie nie mogą pozostawać niespójne i nieczytelne co do realnych intencji Zamawiającego, stwarzając pole do dowolnej ich interpretacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem nie tylko omówionym powyżej zasadom odbioru prac w ramach umowy o roboty budowlane, ale też podstawowym zasadom przyświecającym udzielanie zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości i proporcjonalności. **Tym samym Wykonawca postuluje o usunięcie/korektę postanowień związanych z procedurą odbioru by dostosować ją do wymogów prawa i zapewnić, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego Wykonawca otrzyma należne wynagrodzenie oraz zwrot części zabezpieczenia, a także rozpocznie się okres gwarancji, w trakcie którego zostaną usunięte usterki i braki formalne. Jednocześnie Umowa zostanie zrealizowana co zniweluje potencjalne zagrożenie naliczenia kar umownych za nieterminową realizację kontraktu.**

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Umowy RB) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

§6 ust. 1 Umowy „*Strony ustalają, iż do obowiązków Wykonawcy należeć będą w szczególności następujące czynności: 1) organizacja placu budowy i jego zaplecza socjalnego, magazynowego, w tym toalet oraz utrzymanie go we właściwym stanie przez cały okres trwania budowy, tj. do czasu podpisania przez Strony protokołu odbioru końcowego* **bez zastrzeżeń;**”

§11 ust. 13 Umowy „*Strony postanawiają, że z czynności odbioru końcowego spisany będzie protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też ewentualne terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych usterek i wad. Wzór protokołu odbioru końcowego stanowi załącznik nr 4 do niniejszej umowy*”.

§11 ust. 14 Umowy „*Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego, o którym mowa w ust. 13 zostaną stwierdzone wady i usterki polegające np. na złej jakości wykonania robót, usterce lub braku kompletności, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych i usterek Zamawiający dokona odbioru i wyznaczy termin do usunięcia wad nieistotnych z uwzględnieniem zakresu prac do poprawy. W przypadku wystąpienia wad istotnych zastosowanie ma §11 ust. 17 Umowy*”.

§11 ust. 15 Umowy „*Po usunięciu wad i usterek Wykonawca ponownie zawiadomi Zamawiającego o gotowości do odbioru wad i usterek* **stwierdzonych podczas odbioru końcowego.** Zamawiający zobowiązany jest przystąpić do odbioru wad i usterek w terminie 7 dni od doręczenia zawiadomienia. Zamawiający wyznacza termin odbioru wad i usterek **końcowego**”.



§11 ust. 17 Umowy „Jeżeli wady istotne nie nadają się do usunięcia, to:

- a) jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy,
- b) jeżeli Wady uniemożliwiają użytkowanie części lub całości przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu umowy ponownie przez Wykonawcę, albo odstąpić od umowy lub jej części z winy Wykonawcy, jeżeli w wyznaczonym ponownie przez Zamawiającego terminie nie wykona on przedmiotu umowy. Zamawiający może również zlecić wykonanie przedmiotu umowy w części lub w całości przez osobę trzecią z prawem obciążenia Wykonawcy kosztami tego wykonania bez konieczności uzyskania zezwolenia sądu”.

§11 ust. 1 Umowy „Podpisanie protokołu odbioru ~~bez zastrzeżeń~~ nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności za wady lub braki przedmiotu umowy”.

§13 ust. 10 Umowy „Zamawiający przewiduje rozliczenia częściowe robót budowlanych. Fakturowanie robót budowlanych odbywać się będzie na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego ~~bezusterkowe~~ protokoły częściowych odbiorów robót oraz odbioru końcowego”.

§14 ust. 1 Umowy „Zamawiający przewiduje rozliczenia częściowe, nie częściej niż raz na kwartał. Fakturowanie odbywać się będzie według zaawansowania prac na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego w oparciu o zatwierdzone przez Zamawiającego ~~bezusterkowe~~ protokoły odbioru częściowego sporządzane nie częściej raz na kwartał i odbioru końcowego.”

§16 ust. 1 Umowy „Wykonawca udziela gwarancji jakości na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Okres ten wynosi:

- a) 36 miesięcy na wyposażenie,
- b) 60 miesięcy na roboty budowlane

i będzie liczony od daty podpisania ~~bezusterkowego~~ protokołu odbioru robót częściowych zgodnie z dokumentacją i końcowego ~~bezusterkowego~~ protokołu odbioru robót”.

§ 21 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu określonego elementu/etapu robót (etap III) według zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo – finansowego. Kary naliczane będą od ostatniego dnia miesiąca określonego w wyżej wymienionym harmonogramie, do dnia pisemnego zgłoszenia do odbioru wykonanych w całości elementów robót budowlanych.” ~~o ile odbiór nastąpi bez uwag.”~~

#### I.4. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej (zarzut nr 3)

1. Zamawiający wprowadził do Umowy RB oraz do Umowy SM postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia o następującej treści:

##### Umowa RB



§13 ust. 5 Umowy „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (odpowiednio obniżenie lub podwyższenie), przy czym waloryzacja będzie następowała na następujących zasadach:

1) Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 będzie podlegało waloryzacji z uwzględnieniem miesięcznego **wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego** (dalej jako „Wskaźnik”) z zastrzeżeniem warunków określonych w pkt 2-9 poniżej; (...)

3) Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy, o ile Wykonawca lub Zamawiający wystąpi z wnioskiem o zmianę i będzie wyliczona przy zastosowaniu średniej arytmetycznej ze Wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy **o ile średnia arytmetyczna ze wskaźnika przekroczy 8%**. Pierwszej waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku (...)

#### Umowa SM

§3 ust. 7 pkt Umowy „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (odpowiednio obniżenie lub podwyższenie), przy czym waloryzacja będzie następowała na następujących zasadach: (...)

1) Wynagrodzenie Wykonawcy o którym mowa w § 3 ust. 2 będzie podlegało waloryzacji z uwzględnieniem miesięcznego **wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego** (dalej jako „Wskaźnik”) z zastrzeżeniem warunków określonych w pkt 2-9 poniżej; (...)

3) Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy, o ile Wykonawca lub Zamawiający wystąpi z wnioskiem o zmianę i będzie wyliczona przy zastosowaniu średniej arytmetycznej ze Wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy **o ile średnia arytmetyczna ze wskaźnika przekroczy 8%**. Pierwszej waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku (...)

2. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnego, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najlepszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.**
3. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: ***„W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz***





***stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.***

4. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne **Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości**, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
5. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywistością wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
6. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
7. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny i pandemii Covid-19 nie tylko nie omijały rynku budowlanego, ale oddziaływały na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.





8. Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje następujące uchybienia dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru – **wygórowany poziom zmian wskaźnika, od którego zależy możliwość waloryzacji wynagrodzenia (tzw. aktywator waloryzacji).**
9. W ocenie Odwołującego, wprowadzenie aktywatora na poziomie **aż 8 %** przy skorzystaniu z wskaźnika GUS prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji lub będzie mogło podlegać waloryzacji jedynie w nieznacznym zakresie. **W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia (próby ominięcia obowiązku waloryzacji wynagrodzenia).**
10. Należy zauważyć, że aktualnie spada poziom inflacji, a z danych opublikowanych w Sekocenbud (Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-diagnostyczne ZWW, Zeszyt 74/2023 (2214) 4 kwartał 2023 r.) wynika, że:
  - 1) w zakresie zmian cen produkcji budowlano – montażowej (dot. Umowy RB) – zmiana 3 kwartału w % w stosunku do 4 kwartału roku poprzedniego wynosi 6,3%
  - 2) w zakresie zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych (dot. Umowy SM) – zmiana 3 kwartału w % w stosunku do 4 kwartału roku poprzedniego wynosi 6% i ma tendencję spadkową.
11. Odnosząc się do kwestii oceny sytuacji rynkowej, Odwołujący powołuje się na następujące postępowania, w których zamawiający w postępowaniach dotyczących budowy budynków użyteczności publicznej (przedszkoli, szkół, szpitali) ustalili niższy poziom procentowy aktywatora waloryzacji w oparciu o wskaźnik GUS lub nawet brak jest takiego aktywatora:
  - 1) Postępowanie pn. „*Przebudowa budynku Szpitala Kolejowego w Wilkowicach-Bystrej w ramach dostosowania do przepisów przeciwpożarowych*”, numer postępowania: ZP/271/1/DT/2024 – **brak aktywatora**
  - 2) Postępowanie pn. *Remont oraz przebudowę budynku użyteczności publicznej przy al. Grunwaldzkiej 5 tzw. Letniej Rezydencji Uphagenów Mon Plaisir w Gdańsku, w ramach projektu pn. „Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków mieszkalnych i użytkowych zlokalizowanych na terenie Gminy Miasta Gdańska w latach 2017-2020”*, numer postępowania: TZ.250.122.2023.DPF  
*„Poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia: zmiana wskaźnika, o którym mowa w ust. 17 lit. a **jest większa niż 5 %**”*
  - 3) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa budynku użyteczności publicznej – Starostwa Powiatowego w Wysokiem Mazowieckiem – etap I*”, - **brak aktywatora**
  - 4) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp pn. „*Budowa przedszkola w rejonie ul. Krakowiaków w Warszawie*”, numer postępowania: TPBN.13.2023



*„3) Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłoszonych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłoszonych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej **stanowi wartość większą niż 4,0% lub mniejszą niż -/ 4%. (...)**”*

- 5) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Budowa budynku Przedszkola Miejskiego nr 8 w Pruszkowie przy ul. 3-go Maja 67”, Numer ogłoszenia: 2021/BZP 00012926/01, numer postępowania: WSR.271.3.2021

*„§ 14 ust. 3 - minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany **wynagrodzenia wynosi 5% w stosunku do cen lub kosztów wskazanych w kosztorysie, sporządzonym na etapie przygotowania dokumentacji projektowej**”*

- 6) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie pn. „Budowa Szkoły Podstawowej w Lusówku”, numer postępowania: WOP.271.10.2023 „6. Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane nie częściej niż co 3 miesiące, poczynwszy od pierwszego rozliczenia dokonanego po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen **osiągnie limit +/- 5 % wynagrodzenia brutto** określonego w §5 ust. 1 Umowy.”

- 7) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Szkoły Podstawowej w Woli Raszowskiej”, numer postępowania: ZP.271.1.2.2023

*„2) Wykonawca jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 3, jeżeli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w stosunku do I kwartału 2023r, **wyniósł co najmniej 105,0 (wzrost cen o 5,0%)**”.*

- 8) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa Szkoły Podstawowej w Janczewie - Etap I w formule zaprojektuj i wybuduj, numer postępowania: ZP.271.45.2023.BP.

*„w momencie gdy **minimalny poziom zmiany wynagrodzenia przekroczy 5%**, przy czym jako zmianę ceny rozumie się sumowane narastająco wartości dla kolejnych kwartałów kalendarzowych, obliczone zgodnie ze wzorem (1), w stosunku do ceny ryczałtowej za wykonanie robót budowlanych, tzn. spełniony zostanie warunek: (...)*”

- 9) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Żłobka przy budynku Szkoły Podstawowej w Dominowie wraz z kompleksową termomodernizacją budynku szkoły”, numer postępowania: S.271.7.2022

*„2) Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy i dotyczących czterech następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej stanowi **wartość większą niż 4% lub mniejszą niż -/4%. (...)**”*

- 10) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przedszkola w Witoni, gmina Witonia”, numer postępowania: BD.271.I.1.2024



*„2) Strony mogą złożyć wniosek o dokonanie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia jeżeli wskaźnik GUS **zmeni się o poziom przekraczający 5%**”*

- 11) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa szkoły podstawowej dla dzieci z autyzmem w Białej Podlaskiej - nowoczesna infrastruktura, lepsza przyszłość we wspólnym świecie”, numer postępowania: 1/10/2023/WŚ

*„2) Strona może złożyć wniosek o dokonanie zmiany pozostałego do wypłaty wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1, jeżeli suma wskaźników GUS **przekroczy poziom 1,07 lub spadnie poniżej 0,93 (..)** 3) Wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony wielokrotnie, o ile pomiędzy odpowiednio zawarciem umowy a złożeniem wniosku lub dokonaną wcześniej waloryzacją wynagrodzenia (na podstawie niniejszego paragrafu) a złożeniem kolejnego wniosku o taką zmianę, **wskaźnik GUS przekroczył poziom 1,07 lub spadnie poniżej 0,93**”*

*„2) **waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik (W)** zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 12 „**Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej**” w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w miesiącu, w którym zawarto umowę*

*3) Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:  $Pn = 0,5 * Ww / 100$  gdzie: Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wynagrodzenia; W - wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 12 „**Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej**” w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w miesiącu, w którym zawarto umowę; (...)*

12. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie (skoro aktywator waloryzacji został ustalony na poziomie aż 8%) co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp. Takie ukształtowanie Umowy w istocie nie zmniejsza obowiązków Zamawiającego związanych z dokonaniem waloryzacji, ale może prowadzić do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego, wbrew przepisom ustawy Pzp. Ta niepewność jest tym większa, że skoro Zamawiający zdecydował się na odwołanie do wskaźnika GUS, nie zaś do odnoszenia się do wskaźników dotyczących konkretnych grup materiałów, to trudno każdorazowo przekładać wysokość tego wskaźnika na wzrost cen poszczególnych produktów. Zamawiający w żaden sposób sposobu tych wyliczeń i wykazywania „przełożenia” wskaźnika GUS na zasadność waloryzacji dotyczącą poszczególnych produktów, przy tym nie zdefiniował.



13. Odwołujący podkreśla także, że postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się **do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją** i nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.
14. Jak podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: *Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, **jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniam**) (...). Również zmiany cen materiałów **muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia**, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. **W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania** (...)* [tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022].
15. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest *de facto* pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
16. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach Umowy RB i Umowy SM. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że *postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, **lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia*** (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – z uwagi na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.
17. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, **wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową**. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.
18. Doprowadzenie do takiej sytuacji niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że **prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia**



w cenie ryzyka ich wzrostu (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (Umowy RB i Umowy SM) nadanie mu następującego brzmienia:**

**Umowa RB**

§13 ust. 5 Umowy „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (odpowiednio obniżenie lub podwyższenie), przy czym waloryzacja będzie następowała na następujących zasadach:

1) Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 będzie podlegało waloryzacji z uwzględnieniem miesięcznego wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „Wskaźnik”) z zastrzeżeniem warunków określonych w pkt 2-9 poniżej; (...)

3) Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy, o ile Wykonawca lub Zamawiający wystąpi z wnioskiem o zmianę i będzie wyliczona przy zastosowaniu średniej arytmetycznej ze Wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy **o ile średnia arytmetyczna ze wskaźnika przekroczy 5%.** Pierwszej waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku (...)

**Umowa SM**

§3 ust. 7 pkt Umowy „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (odpowiednio obniżenie lub podwyższenie), przy czym waloryzacja będzie następowała na następujących zasadach: (...)

1) Wynagrodzenie Wykonawcy o którym mowa w § 3 ust. 2 będzie podlegało waloryzacji z uwzględnieniem miesięcznego wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „Wskaźnik”) z zastrzeżeniem warunków określonych w pkt 2-9 poniżej; (...)

3) Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy, o ile Wykonawca lub Zamawiający wystąpi z wnioskiem o zmianę i będzie wyliczona przy zastosowaniu średniej arytmetycznej ze Wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy **o ile średnia arytmetyczna ze wskaźnika przekroczy 5%.** Pierwszej waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku (...)

**I.5. Zarzut dotyczący jednostkowych kar umownych i kary umownej za odstąpienie od Umowy RB (zarzut nr 4)**

1. W ramach § 21 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące kary umowne:

§ 21 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto**, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. a) **za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu określonego etapu prac (I i II) zgodnie z terminami określonymi w § 9 ust. 2, 3 i 4**”.





§ 21 ust. 2 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. b)** za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki w wykonaniu określonego elementu/etapu robót** (etap III) według zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo – finansowego. Kary naliczane będą od ostatniego dnia miesiąca określonego w wyżej wymienionym harmonogramie, do dnia pisemnego zgłoszenia do odbioru wykonanych w całości elementów robót budowlanych, **o ile odbiór nastąpi bez uwag.**”

§ 21 ust. 3 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w **wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit b)** **za zwłokę w usunięciu wad, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego usunięcia wad**”.

§ 21 ust. 4 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w **wysokości 0,2 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy, określonym w § 2 ust. 1** chyba, że zwłoka powstała z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego”.

§ 21 ust. 11 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną **w wysokości 20 % wartości wynagrodzenia brutto** określonego w § 13 ust.1 za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego bądź Wykonawcę z przyczyn zależnych od Wykonawcy”

§ 21 ust. 13 Umowy „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną **w wysokości 5 % wartości wynagrodzenia brutto** określonego w § 13 ust.1, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 456 Pzp”

#### **Zastrzeżona kara umowna za odstąpienie – brak równowagi stron umowy**

2. W tym miejscu Odwołujący odniesie się do następujących kar umownych:

§ 21 ust. 11 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną **w wysokości 20 % wartości wynagrodzenia brutto** określonego w § 13 ust.1 za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego bądź Wykonawcę z przyczyn zależnych od Wykonawcy”

§ 21 ust. 13 Umowy „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną **w wysokości 5 % wartości wynagrodzenia brutto** określonego w § 13 ust.1, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 456 Pzp”.

3. Zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony wprowadził do Umowy RB kary umowne za odstąpienie od umowy w odmiennych wysokościach w zależności od strony odstępującej od umowy, przy czym kara umowna, którą Zamawiający miałby zapłacić wykonawcy za odstąpienie od umowy, jest aż o 15 % niższa od kary należnej Zamawiającemu od wykonawcy. Taka dysproporcja jest zupełnie nieuzasadniona merytorycznie i pozbawiona podstawy prawnej.

4. Odwołujący zdaje sobie sprawę z faktu, że zasada równowagi stron umowy w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego doznaje pewnych ograniczeń, natomiast Zamawiający nie





powinien wykorzystywać swoje pozycje dominującej, polegającej na kształtowaniu umowy, w sposób rażąco niekorzystny dla wykonawcy. Skoro odstąpienie od umowy wystąpi z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, to wykonawca powinien mieć prawo do naliczenia kary umownej w takiej samej wysokości jak w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wykonawca w takim przypadku będzie zmuszony skalkulować znacznie wyższe koszty ryzyka w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego.

5. W związku z powyższym w celu poszanowania dla zasady równowagi stron Umowy RB i równowagi ekonomicznej zasadnym jest zwiększenie kary umownej za odstąpienie, którą zapłaci zamawiający wykonawcy do 20 % wartości wynagrodzenia.

#### **Zastrzeżenie kar umownych o rażąco wygórowanych wysokościach**

1. Odnosząc się do zdefiniowanego przez Zamawiającego katalogu kar umownych, w zakresie powołanym powyżej, Odwołujący podnosi, że poszczególne przypadki kar umownych opisane w §21 Umowy mają charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko zbliża tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu.
2. Wspólnym mianownikiem kar umownych zdefiniowanych przez Zamawiającego w § 21 ust. 1-4 Umowy jest wskazanie, że naliczenia kary umownej **za każdy dzień zwłoki**.
3. Nadto, należy zauważyć, że:
  - 1) kara umowna przewidziana w §21 ust. 4 Umowy odnosi się do **całości wynagrodzenia umownego wykonawcy, tj. wykonawcy zapłaci karę umowną bez względu na to jakiego etapu prac dotyczy naruszenie;**
  - 2) kara umowna przewidziana w §21 ust. 2 Umowy odnosi się do wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, a dotyczy tylko (etapu III - robót rozbiórkowych), tj. **wykonawca zapłaci karę umowną liczoną od całości wynagrodzenia za roboty budowlane, pomimo, że naruszenie dotyczyć będzie jedynie prac rozbiórkowych;**
  - 3) kara umowna przewidziana §21 ust. 3 Umowy odnosi się do wynagrodzenia umownego za wykonanie robót budowlanych, ale z uwagi na brak doprecyzowania dotyczy każdego z etapów prac (I-V), tj. także etapu projektowania, **tym samym wykonawca za zwłokę w usunięciu wady w dokumentacji projektowej zapłaci karę umowną od całości wynagrodzenia za roboty budowlane a nie od wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej,** nadto, zwłoka w usunięciu wad **będzie dotyczyła też wad nieistotnych (!)**

co pokazuje niekonsekwencję w ustalaniu podstawy wymiaru kary umownej od etapu jakiego dotyczy i wartości wynagrodzenia za dany etap prac, co tym bardziej pokazuje, że kary umowne ukształtowane przez Zamawiającego są rażąco wygórowane i całkowicie nieadekwatne do zakresu naruszeń jakie mają obejmować.



4. W konsekwencji, rażąco wygórowany charakter kar umownych wynika nie tylko z wartości procentowej (%) ustalonych przez Zamawiającego, ale także z samej konstrukcji wyliczenia jej wartości, która powinna za podstawę brać wynagrodzenie za dany etap, którego naruszenie dotyczyło (odpowiednio §13 ust. 1 lit. a) lub lit. b)). Nie ulega natomiast wątpliwości, że wynagrodzenie wykonawcy za etap 1 i 2 związany z projektowaniem będzie wynagrodzeniem o znacznie mniejszej wartości, niż wynagrodzenie za etap 3-5, który zakłada realizację najistotniejszego zakresu przedmiotu zamówienia (roboty budowlane).
5. Stosując zatem kary umowne wyliczone zgodnie z powyższymi zasadami wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność mogącą oscylować, odpowiednio:

- 1) w wysokości **25.000,00 zł za każdy dzień zwłoki** (§21 ust. 1 Umowy)
- 2) w wysokości **120.000,00 zł za każdy dzień zwłoki** (§21 ust. 2 Umowy)
- 3) w wysokości **120.000,00 zł za każdy dzień zwłoki** (§21 ust. 3 Umowy)
- 4) w wysokości **125.000,00 zł za każdy dzień zwłoki** (§21 ust. 4 Umowy)

uwzględniając potencjalną wartość zamówienia na poziomie około 62 500 000 złotych (wyliczoną w oparciu o wartość wadium w wysokości 1.875.040,00 zł), przy założeniu, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej (§13 ust. 1 lit a) Umowy – etap I-II) potencjalnie przyjmuje wartość na poziomie 2.500.000,00 zł, a wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych, w tym prac rozbiórkowych (§13 ust. 1 lit b) Umowy – etap III-V) przyjmuje wartość na poziomie 60.000.000,00 zł

6. W ocenie Odwołującego uwzględnienie w podstawie kary umownej wartości wynagrodzenia za dany etap byłoby zatem adekwatne i proporcjonalne do zaistniałego naruszenia. W przeciwnym razie wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi tego przewinienia, wynosząc (przy symulacji rachunkowej przeprowadzonej przez Odwołującego powyżej) nawet **około 120.000,00 złotych za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady nieistotnej dokumentacji projektowej** (zgodnie z §21 ust. 3 Umowy).
7. Nadto podkreślenia wymaga, że kara umowna przewidziana w § 21 ust. 4 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości 0,2 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy, określonym w § 2 ust. 1 chyba, że zwłoka powstała z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego” dubluje karę umowną przewidzianą chociażby w § 21 ust. 1 i ust. 2 Umowy, które też dotyczą terminowego wykonania umowy, ale odnoszą się odpowiednio do etapu I-II i etapu III przedmiotu umowy.
8. Tym samym Zamawiający tak ukształtował treść umowy, że będzie uprawniony do naliczenia kary umownej za niewykonanie w terminie etapu I, II lub III na podstawie § 21 ust. 1 lub ust. 2 Umowy i jednocześnie na podstawie § 21 ust. 4 Umowy (dotyczącego każdego z etapów).
9. Tak ukształtowane pułapy wysokości kar umownych, za każde pojedyncze uchybienie (np. zwłoka w usunięciu wad nieistotnych, która może nawet przewyższać wartość usunięcia wady) ze strony



wykonawcy (za każdy rozpoczęty dzień zwłoki), wydają się wręcz rażąco wygórowane i nadmierne, generując ryzyko sankcjonowania znaczną karą umowną za nawet najmniejsze przewinienie realizacyjne. Determinuje to konieczność wkalkulowania tego rodzaju ryzyka bezpośrednio w cenę ofertową. Nadto, kalkulacja ceny oferty przez wykonawców siłą rzeczy musiałaby mieć charakter spekulacyjny, generując całkowitą nieporównywalność złożonych ofert i niweczając rzeczywisty cel postępowania, w ramach którego Zamawiający dążyć powinien do wyboru oferty, co do której płaci dokładnie za to, co ma być przedmiotem świadczenia.

10. Jakkolwiek Odwołujący nie neguje, że terminowość wykonania inwestycji stanowi jeden z podstawowych aspektów jej realizacji i zasadnie zabezpieczona jest karą umowną na rzecz Zamawiającego, to nie sposób uznać, aby wysokość kary proponowana obecnie z tego tytułu miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców.
11. W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie jednostkowych kar umownych prowadzi do sytuacji, w której wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi ewentualnych przewinień, kara powinna mieć bowiem charakter dyscyplinujący, nie zaś represyjny, i każdorazowo winna prezentować adekwatność względem zidentyfikowanego naruszenia. Aktualnie zdefiniowany przez Zamawiającego katalog kar umownych, w zakresie powołanym powyżej, zbliża kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu.
12. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) należy zwłaszcza podkreślić, że „**wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.**”
13. Takie ukształtowanie klauzul umownych jest też niekorzystne dla samego Zamawiającego (jako dysponenta środków publicznych), bowiem wykonawcy będą kalkulować znacznie wyższe koszty ryzyka (niepewności realizacji zamówienia), co przełoży się na ceny ofert i może też doprowadzić do sytuacji, gdy oferty staną się nieporównywalne, z uwagi na zupełnie inne szacowanie kosztów ryzyka przez oferentów.
14. Dodatkowo takie ukształtowanie postanowień w zakresie kar umownych determinuje, że wykonawcy przy założeniu, że wartość zamówienia będzie wynosiła około 62,5 mln złotych, a łączna maksymalna wysokość kar umownych (na dzień składania odwołania) kształtuje się na poziomie 20% wartości całego wynagrodzenia, to przy karach umownych na poziomie 120.000,00 zł – 125.000,00 zł za każdy dzień zwłoki (liczonych podwójnie z uwagi na treść § 21 ust. 4 Umowy), wykonawca zapłaci maksymalną karę umowną już wtedy gdy zwłoka będzie przekraczała około 50-55 dni.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Umowy RB) poprzez:**



### 1) nadanie jej następującego brzmienia:

§ 21 ust. 1 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 0,1%** wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. a) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu określonego etapu prac (I i II) zgodnie z terminami określonymi w § 9 ust. 2, 3 i 4”.

§ 21 ust. 2 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 0,1%** wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit. b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu określonego elementu/etapu robót **(etap III - V)** według zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo – finansowego. Kary naliczane będą od ostatniego dnia miesiąca określonego w wyżej wymienionym harmonogramie, do dnia pisemnego zgłoszenia do odbioru wykonanych w całości elementów robót budowlanych. ~~o ile odbiór nastąpi bez uwag.”~~

§ 21 ust. 3 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 0,01%** wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1 lit b) za zwłokę w usunięciu **wad istotnych (etap III-V)**, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego usunięcia **wad istotnych”**.

§ 21 ust. 13 Umowy „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną **w wysokości 20 % wartości wynagrodzenia brutto** określonego w § 13 ust.1, z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 456 Pzp”

### 2) usunięcie §21 ust. 4 Umowy z uwagi, że §21 ust. 1 i ust. 2 Umowy przewidują już karę za zwłokę wykonaniu etapów I-V

~~§ 21 ust. 4 Umowy „Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne **w wysokości 0,1%** wartości łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy, określonym w § 2 ust. 1 chyba, że zwłoka powstała z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego”.~~

## I.6. Zarzut dotyczący łącznej maksymalnej wysokości kar umownych w Umowie SM (zarzut nr 5)

### 1. Zamawiający wprowadził do projektu Umowy SM postanowienie o następującej treści:

§ 7 ust. 6 Umowy „Łączna wysokość kar umownych wynikających z niniejszej umowy, do których zapłaty zobowiązany jest Wykonawca **nie może przekroczyć 30 % ogólnej maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 2 umowy**. Jeżeli szkoda przewyższa wysokość kary umownej, stronie uprawnionej przysługuje roszczenie o zapłatę odszkodowania uzupełniającego do wysokości szkody na zasadach ogólnych”

Natomiast w przypadku Umowy RB Zamawiający ukształtował limit w następujący sposób:



§ 21 ust. 19 „Kary umowne mogą być kumulowane. Łączna maksymalna wysokość kar umownych **nie może przekroczyć 20% łącznego wynagrodzenia umownego**, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy.”

2. Zamawiający określił zatem maksymalną wysokość kar umownych na poziomie aż 30% ogólnej maksymalnej wartości umowy brutto. Natomiast w ramach Umowy RB ukształtował limit kar umownych na dużo niższym poziomie (§ 21 ust. 19 „Kary umowne mogą być kumulowane. Łączna maksymalna wysokość kar umownych **nie może przekroczyć 20% łącznego wynagrodzenia umownego**, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy”).
3. W ocenie Odwołującego maksymalny limit wysokości kar umownych w Umowie SM został określony przez Zamawiającego na rażąco wygórowanym poziomie. Nadto, już z uwagi na sam fakt, tak różnego ukształtowania limitu w przypadku Umowy RB (20%) budzi wątpliwości co do zasadności tak różnego ukształtowania kar i na takim poziomie.
4. Jak już wskazywał Odwołujący powyżej (zarzut nr 3) wskazuje, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawa szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. W ocenie Odwołującego, ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie aż 30% wartości wynagrodzenia należy uznać za rażąco wygórowane, co prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy byłoby nieadekwatne, a kara umowna nie służyłaby kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a **zbliżała tak ukształtowaną karę umowną do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu**.
5. Odwołujący podnosi, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy (jak w przedmiotowym przypadku, w szczególności w zakresie części I Postępowania), sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17).
6. **Powyższe prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy.** Odwołujący wskazuje zatem, że w projekcie Umowy SM Zamawiający zastrzegł kary umowne za odstąpienie od umowy w następujących wysokościach:

§7 ust. 2 Umowy „Zamawiający może obciążyć Wykonawcę następującymi karami umownymi: (...) f) **w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.**



*g) w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy w przypadku rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy".*

7. Jak wynika z powyższego, kary umowne za odstąpienie od umowy zostały zastrzeżenie na niższym poziomie niż maksymalny limit kar umownych określony przez Zamawiającego.
8. W tym miejscu warto przytoczyć także stanowisko jako zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: *„Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności”.*
9. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilku lub odpowiednio kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), Odwołujący podkreśla zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie (zgodnie z wnioskiem konkretnej modyfikacji poniżej).
10. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, lub nieco wyższym, ale przy tym znacznie niższym niż przewidział Zamawiający w niniejszym postępowaniu.
11. Odwołujący powołuje się na następujące postępowania, w których zamawiający ustalili niższy poziom procentowy maksymalnej wysokości kar umownych, tj. niższy niż przewidziane przez Zamawiającego 30% wartości wynagrodzenia umownego brutto:
  - 1) Postępowanie pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynku Laboratorium w Wejsunach” (roboty budowlane), numer postępowania: ZP-TP/RB/2023/05/15 (limit kar umownych na poziomie **10%** przy wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy na poziomie 5%);
  - 2) Postępowanie pn. „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku – ETAP I FAZA 2 inwestycji”, numer postępowania: ZP/01/23 (§ 13 ust. 2 umowy „ (...) łączna wysokość kar umownych **nie może przekroczyć 20%** wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy”)





- 3) Postępowanie pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu budynków dawnego szpitala dziecięcego przy ul. Nowowiejskiego w Poznaniu”, numer postępowania: ODN-KG.224.2.2024

*„Zamawiającemu przysługuje prawo sumowania (kumulowania) kar umownych naliczonych z różnych tytułów, z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie ma prawa kumulowania kar umownych na wypadek zwłoki z karą za opóźnienia, karą za opóźnienia z karą umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy, **z zachowaniem maksymalnego limitu z tytułu łączenia kar w wysokości do 20% wartości Wynagrodzenia całkowitego** określonego w § 3 ust. 1 Umowy”*

- 4) Postępowanie pn. „Realizacja zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa budynku użyteczności publicznej położonego w Sieradzu przy ul. 3-go Maja 7” numer postępowania: OR.262.030.2024.ZP

*„Łączna wysokość kar umownych ze wszystkich tytułów **nie przekroczy 20% wartości wynagrodzenia brutto**, o którym mowa w § 18 ust. 1 Umowy”*

- 5) Postępowanie pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Prokuratura Okręgowa Warszawa - Praga w Warszawie, ogłoszenie nr 2023/S 043-125850 z dnia 01.03.2023 r.:

- § 25 ust. 8 umowy: „Z zastrzeżeniem ust. 4, łączna wysokość naliczanych kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 15% Wynagrodzenia brutto określonego w § 18 ust. 1 Umowy”.

12. W tym miejscu Odwołujący zwraca również uwagę na wydany niedawno najnowszy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie limitu kar umownych, tj. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3724/23), w którym Izba uwzględniła odwołanie Odwołującego Budimex S.A. i nakazała ustalić maksymalny limit kar umownych, do którego zaliczałyby się również kara umowna za odstąpienie na poziomie 20% - ze wszystkich tytułów. Analogicznie na poziomie 20% Izba nakazała ustalić maksymalny limit kar umownych ze wszystkich tytułów w wyroku z dnia 11 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3515/23. Podane sygnatury najnowszych wyroków wskazują kierunek, w którym obecnie, tj. z uwzględnieniem aktualnej sytuacji rynkowej, kształtuje się jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy SM) w następujący sposób:**

§ 7 ust. 6 Umowy „Łączna wysokość kar umownych wynikających z niniejszej umowy, do których zapłaty zobowiązany jest Wykonawca **nie może przekroczyć 20 % ogólnej maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 2 umowy**. Jeżeli szkoda przewyższa wysokość kary umownej, stronie uprawnionej przysługuje roszczenie o zapłatę odszkodowania uzupełniającego do wysokości szkody na zasadach ogólnych”



### I.7. Zarzut dotyczący braku określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia (zarzut nr 6)

1. Zamawiający wprowadził do Umowy postanowienie o następującej treści:

§ 14 ust. 10 Umowy *"Za roboty budowlane niewykonane lub uznane jako zbędne, choć objęte ofertą, wynagrodzenie nie przysługuje"*.

2. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że powyższe postanowienie, zostało sformułowane w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały. Zamawiający nie określił co należy rozumieć, przez niewykonane roboty budowlane oraz roboty budowlane uznane za zbędne, co więcej – skoro są objęte ofertą. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia (tj. ofertą), m.in. w postaci zapłaty kar umownych, kosztów wykonania zastępczego.
3. Należy podkreślić, że wykonawca przygotowuje ofertę i kalkuluje jej cenę (w tym ryzyka realizacji) na podstawie dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego. Należy zatem uznać, że przygotowana przez profesjonalnego wykonawcę oferta musi uwzględniać wszystkie prace i czynności (w tym ich koszty), które są konieczne (niezbędne) do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że w ramach Umowy RB wykonawca ma oświadczyć, że *"wynagrodzenie określone w niniejszej umowie obejmuje wszelkie wydatki i koszty, jakie zostaną poniesione w celu prawidłowego wykonania prac"* (§6 ust. 2 pkt 1) Umowy) i *"W cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji przedmiotu niniejszej umowy"* (§6 ust. 2 pkt 2) Umowy).
4. Natomiast jeżeli jakiegokolwiek prace na etapie realizacji zamówienia Zamawiający uzna za zbędne lub uzna, że nie będą wykonane (niewykonany zakres przedmiotu zamówienia/robót budowlanych), to tym samym dokonuje de facto ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia. Zamawiający w powyższym postanowieniu wskazał zatem na ograniczenie (zmniejszenie) zakresu zamówienia, jednakże z treści Umowy RB, nie wynika jaki jest minimalny gwarantowany zakres świadczenia stron, zobowiązań po stronie wykonawcy, w tym gwarantowana minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy, z tytułu realizacji zamówienia, co stanowi wprost o naruszeniu przepisów ustawy Pzp.
5. Zgodnie bowiem, z treścią art. 433 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp *"Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron"*. Zamawiający nie wypełnił nawet formalnie dyspozycji powyższego przepisu.
6. Jak podkreśla się bowiem chociażby w ramach Komentarza do ustawy Pzp, wydanego pod auspicjami Urzędu Zamówień Publicznych: *art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców (...)* W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób **rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją** [vide komentarz do art.



433 ustawy Pzp [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021].

7. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

- 1) wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., KIO 3233/21: „Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. **A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego.** Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia”;
- 2) wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. KIO/UZP: „określenie przez zamawiającego tylko górnej granicy jego zobowiązania bez określania minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia, nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 p.z.p. z 2004 r., który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”
- 3) wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. KIO 2346/16: „Zastrzeżenie przez zamawiającego w § 2 ust. 2 projektu umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym”
- 4) wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn.. KIO 1372/15: „Wykonawca wycenia ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. (...) Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty”.

8. Zamawiający określając limit możliwego ograniczenia zakresu zamówienia powinien wziąć pod uwagę, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji biorąc pod uwagę wykonanie całości inwestycji. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc **koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ubezpieczeń, ochrony itp.** W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją. W skrajnych



przypadkach wyłączenia części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy. Byłoby to nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie. W sytuacji, w której doszłoby do zmniejszenia zakresu rzeczowego realizacji, **wykonawca niezmiennie ponosić musiałby koszty stałe (plac budowy, ubezpieczenia, sprzęt itp.) na analogicznym poziomie jak przy wykonywaniu całej inwestycji.**

9. Innymi słowy, Wykonawcy nie otrzymali od Zamawiającego pełnej wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia, tj. opisu wyczerpującego i dokładnego, uwzględniającego wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty, w tym niezbędnego minimum robót do wykonania, które muszą uwzględnić w kalkulacji ceny oferty, w tym kalkulacji ryzyka wykonywania zamówienia.
10. Ryzyko nieopłacalności i nierentowności przedsięwzięcia spotęgowane jest zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, które cechują się niską marżowością. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wziął realnie pod uwagę wszystkich czynników charakteryzujących planowanie robót budowlanych i specyfikę ich realizacji, wiążącej się z długookresowym planowaniem i zabezpieczaniem niezmiennych kosztów. Brak wskazania przez Zamawiającego zakresu zamówienia, które może nie zostać zrealizowane, zaburza więc równowagę ekonomiczną pomiędzy stronami, nie wykazując cech racjonalności i proporcjonalności, które winny cechować każde działanie Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
11. Urealnienie zakresu możliwego ograniczenia zamówienia uzasadnione jest tym bardziej jeśli uwzględnić praktykę rynku, która również, co było sygnalizowane już we wcześniejszej części uzasadnienia, winna zostać uwzględniona przy określaniu wymagań nakładanych na wykonawców. Praktyka rynkowa unaocznia bowiem, że pewnym standardem wśród publicznych Zamawiających jest obecnie określanie wielkości ograniczenia zakresu zamówienia na poziomie maksymalnie 10%, który to został **pozytywnie zweryfikowany poprzez zainteresowanie wykonawców w uczestnictwie i wykonawstwie postępowań opartych na takich warunkach realizacyjnych:**
  - postępowanie pn. „*Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku*” - maksymalne ograniczenie do 10%;
  - postępowanie pn. „*Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową*” - maksymalne ograniczenie do 5%;
  - postępowanie pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy* – maksymalne ograniczenie do 10%;
  - postępowanie pn. *Budowa hali lekkoatletycznej i strzelectwa sportowego na terenie kompleksu sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163 w Bydgoszczy* – maksymalne ograniczenie do 10 % (*minimalna wartość świadczenia stanowić będzie nie mniej niż 90% wynagrodzenia pierwotnego wskazanego w ofercie wykonawcy*).



**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy RB) poprzez:**

- 1) usunięcie postanowienia §14 ust. 10 Umowy *"Za roboty budowlane niewykonane lub uznane jako zbędne, choć objęte ofertą, wynagrodzenie nie przysługuje"*.

**Alternatywnie:**

- 2) modyfikację postanowienia §14 ust. 10 Umowy, w taki sposób, aby przewidywało wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania wykonawcy, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany, w tym określenia gwarantowanej wysokości wynagrodzenia wykonawcy nie mniej niż 90% wynagrodzenia pierwotnego wskazanego w ofercie.

**I.8. Zarzut dotyczący stosowania postanowień umowy do wykonawcy pomimo wygaśnięcia umowy, rozwiązania lub odstąpienia od umowy (zarzut nr 7)**

1. Zamawiający wprowadził do Umowy RB postanowienie o następującej treści:

§21 ust. 17 Umowy *„Postanowienia dotyczące kar umownych obowiązują pomimo wygaśnięcia umowy, rozwiązania lub odstąpienia od niej przez jedną ze Stron”*.

2. Wprowadzenie do Umowy RB powyższego postanowienia, w ocenie Odwołującego stanowi nadużycie pozycji dominującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i naruszenie swobody kształtowania umowy. Postanowienie zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny, niejednoznaczny. Z powyższego wynika bowiem, że wszystkie postanowienia umowne dotyczące kar umownych będą obowiązywały, pomimo zakończenia obowiązywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego (w tym odstąpienia od umowy), bez względu na to kiedy nastąpiło naruszenie postanowień umownych.
3. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zasadami konstrukcji stosunku zobowiązaniowego, zastrzeżenie kary umownej przybiera postać klauzuli, tj. stanowi część umowy, stosunku zobowiązaniowego między stronami. Tym samym wygaśnięcia (zakończenia) kontraktu powoduje ten efekt, że przestaje istnieć możliwość dochodzenia zastrzeżonej kary umownej w wygasłym już kontrakcie.
4. Argumentację potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych, gdzie przykładowo Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 27 lutego 2001 r. (sygn. akt I ACa 981/00), stwierdził, że *„przepisy umowy o dzieło nie przewidują wypowiedzenia tej umowy, natomiast regulują możliwość odstąpienia od umowy, czyli złożenia oświadczenia woli, na skutek którego stosunek prawny wygasa od momentu zawarcia umowy (ex tunc). Wskutek odstąpienia wygasa nie tylko zobowiązanie główne, ale i akcesoryjne: zobowiązanie zapłaty kary umownej”*.
5. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny obowiązek zapłaty kary umownej występuje tylko w przypadku, gdy doszło do naruszenia przez dłużnika obowiązku jeszcze przed wygaśnięciem zobowiązania (umowy), za którego naruszenie została zastrzeżona kara





umowna (Komentarz do art. 483 KC pod red. dr hab. Konrada Osajdy 2017, wyd. 15 W. Borysiak).  
Takiego zastrzeżenia brak jest jednak w treści Umowy RB.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (postanowień Umowy RB) poprzez:**

- 1) usunięcie postanowienia §21 ust. 17 Umowy ~~„Postanowienia dotyczące kar umownych obowiązują pomimo wygaśnięcia umowy, rozwiązania lub odstąpienia od niej przez jedną ze Stron”.~~

**Alternatywnie:**

- 2) modyfikację postanowienia §21 ust. 17 Umowy, w taki sposób, aby przewidywało wprowadzenie zastrzeżenia, że odpowiednie postanowienia dotyczące kar umownych będą obowiązywały pomimo wygaśnięcia umowy, rozwiązania lub odstąpienia od niej przez jedną ze Stron, jedynie w takim zakresie w jakim doszło do naruszenia postanowień umowy przed jej wygaśnięciem, odstąpieniem od umowy lub rozwiązaniem umowy.

**I.9. Zarzut dotyczący odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający (zarzut nr 8)**

1. Zamawiający wprowadził do Umowy RB postanowienie o następującej treści:

§6 ust. 2 pkt 2) Umowy „W cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji przedmiotu niniejszej umowy. Przed podpisaniem umowy zapoznał się również z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz dostępną dokumentacją urządzeń podziemnych i ich lokalizacją oraz że **otrzymał od Zamawiającego wszelkie niezbędne informacje, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu niniejszej umowy. W związku z powyższym, jakiegokolwiek zastrzeżenia zgłoszone po zawarciu umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń o dodatkową zapłatę lub o zmianę terminu zakończenia robót budowlanych**”.

2. Zgodnie z treścią art. 433 pkt 3) ustawy Pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”.
3. Natomiast Zamawiający w §6 ust. 2 pkt 2) Umowy próbuje przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za działania lub zaniechania, do których może dojść ze strony Zamawiającego. Należy podkreślić, że wykonawca zapoznaje się z dokumentacją postępowania przygotowaną przez Zamawiającego i to na jej podstawie przygotowuje ofertę (w tym harmonogram prac) i dokonuje kalkulacji jej ceny (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia), a następnie realizuje umowę o określonej treści.
4. Wykonawca nie ma natomiast wpływu na to czy faktycznie wszelkie niezbędne informacje i pełna wiedza co do przedmiotu zamówienia, tym bardziej wszelkie „ryzyka i okoliczności” jakie



potencjalnie mogą wpłynąć na realizację Umowy, zostały mu przekazane przez Zamawiającego. Mało realne jest aby nawet sam Zamawiający był w stanie przekazać wiedzę co do każdego możliwego ryzyka czy okoliczności mogących mieć wpływ na realizację przedmiotu umowy. Wykonawca nie może zatem złożyć oświadczenia o treści wskazanej w §6 ust. 2 pkt 2) Umowy, a żądanie zaakceptowania Umowy z uwzględnieniem tego postanowienia stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego i próby przerzucenia odpowiedzialności na wykonawcę, za działania lub zaniechania, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. braki lub błędy w dokumentacji przetargowej lub informacjach przekazywanych przez Zamawiającego).

5. Wykonawca ma wiedzę i informacje co do zakresu zamówienia wynikające z dokumentacji przetargowej (akceptuje treść SWZ i jej modyfikacje) i z jego doświadczenia (posiada wiedzę, doświadczenie i zasoby do realizacji zamówienia). Nie odpowiada natomiast za treść informacji i dokumentacji nie przekazanej mu przez Zamawiającego, w tym przekazanych, ale w formie niepełnej lub błędnej.
6. Dodatkowo postanowienie jest sformułowane w sposób niejednoznaczny i bardzo ogólny. Pozostawienie go w takim kształcie generuje odpowiedzialność wykonawcy w przypadku zaistnienia jakichkolwiek rozbieżności lub wystąpienia błędów w przekazywanych przez Zamawiającego informacjach (dokumentach). Bowiem w przypadku ich wystąpienia wykonawca, zgodnie z treścią powyższego postanowienia, w trakcie realizacji umowy nie będzie mógł dochodzić jakichkolwiek roszczeń o dodatkową zapłatę (dodatkowego wynagrodzenia) lub wystąpić o zmianę terminu zakończenia robót budowlanych (wydłużenia terminu realizacji umowy), jeżeli te błędne informacje przekazane lub informacje nieprzekazane przez Zamawiającego będą miały wpływ na realizację obowiązków umownych wykonawcy.
7. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:
  - 1) Wyrok z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. KIO 3335/21: *„Za niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 3 p.z.p. należałoby uznać takie postanowienia umowne, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej, którą zamawiający przekazał wykonawcy w celu realizacji zamówienia”*
  - 2) Wyrok z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. KIO 3260/21: *„Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców”*
8. Zamawiający poprzez takie ukształtowanie warunku możliwości wydłużenia terminu zakończenia umowy, dokonuje de facto przerzucenia odpowiedzialności za opóźnienia w realizacji inwestycji, które wynikają z okoliczności, na które nie ma wpływu, a które będą miały wpływ na obowiązki wykonawcy.



9. Z przywołanego postanowienia wynika, że wykonawca de facto będzie ponosił odpowiedzialność za opóźnienia w realizacji zamówienia, tj. za nieterminowe wykonanie prac, nawet w przypadku, gdy wystąpią opóźnienia w realizacji inwestycji z przyczyn od niego niezależnych, tj. opóźnienie w wydaniu określonych dokumentów przez instytucje lub podmioty trzecie.
10. Skoro wykonawca nie ma wpływu na okoliczności związane z działaniem lub zaniechaniem instytucji lub innych podmiotów trzecich, to tym samym zupełnie nieuzasadnionym i pozbawionym podstawy prawnej jest uzależnienie możliwości wnioskowania przez wykonawcę o wydłużenie terminu zakończenia umowy w związku z wystąpieniem tych okoliczności, tj. umożliwienie wnioskowania pod warunkiem nieziszczenia się konkretnych okoliczności. Tym bardziej, że w przypadku złożenia takiego wniosku, zamawiający będzie miał możliwość arbitralnego uznania, czy w czasie przerwania robót zostały wykonane jakiekolwiek prace lub czynności, nawet nie mające większego wpływu i znaczenia dla realizacji inwestycji, tj. nie przyspieszające w żaden sposób jej wykonania.
11. Należy podkreślić, że wykonawca przygotowuje ofertę (w tym harmonogram prac) i kalkuluje jej cenę (wraz z ryzykiem realizacji zamówienia) na podstawie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji.
12. Brak realizacji zamówienia w terminie lub w sposób nienależyty jest obciążony odpowiedzialnością odszkodowawczą, w tym naliczeniem wykonawcy kar umownych. Tym samym zaistnienie opóźnień zależnych od podmiotów trzecich, na które wykonawca nie ma wpływu nie powinno generować odpowiedzialności po stronie wykonawcy za terminy realizacji obowiązków wykonawcy. W przypadku takich opóźnień wykonawca powinien mieć każdorazowo możliwość wnioskowania o zmianę terminu realizacji zamówienia, bez spełnienia w tym zakresie konkretnych warunków, zwłaszcza takich, które podlegają arbitralnej ocenie Zamawiającego (jak ma to miejsce w ramach § 4 ust. 6 pkt 6.7 Umowy).

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Umowy RB) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

*§6 ust. 2 pkt 2 Umowy „W cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji przedmiotu niniejszej umowy. Przed podpisaniem umowy zapoznał się również z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz dostępną dokumentacją urządzeń podziemnych i ich lokalizacją. oraz że otrzymał od Zamawiającego wszelkie niezbędne informacje, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu niniejszej umowy. W związku z powyższym, jakiekolwiek zastrzeżenia zgłoszone po zawarciu umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń o dodatkową zapłatę lub o zmianę terminu zakończenia robót budowlanych”.*

**I.10. Zarzut dotyczący dowodów dotyczących wynagrodzenia podwykonawcy i wstrzymania wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy (zarzut nr 9)**

1. Zamawiający wprowadził do Umowy RB i Załącznika nr 6 do Umowy RB postanowienia o następującej treści:



§12 ust. 27 Umowy „Wykonawca zobowiązuje się załączyć **do każdej wystawionej faktury oraz dostarczyć - na każde żądanie Zamawiającego - oświadczeń Podwykonawców potwierdzających fakt, że Wykonawca nie zalega z żadnymi płatnościami na jego rzecz.** W przypadku niedostarczenia oświadczeń w powyższym terminie Zamawiający **ma prawo do wstrzymania płatności wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedłożenia przez Wykonawcę stosownych dokumentów.** Wzór oświadczenia Podwykonawcy stanowi załącznik nr 6 do umowy.”

Załącznik nr 6 do Umowy

„ (...) \* **nie zalega z płatnościami wynagrodzenia** na moją rzecz za wykonane zadanie.  
\* **zalega z płatnością wynagrodzenia** na moją rzecz za wykonane zadanie z wysokości..... (...)”.

2. Mając na uwadze treść wyżej przywołanych postanowień, Odwołujący zwraca uwagę, że one próbę rozszerzenia uprawnień Zamawiającego poza treść obowiązujących przepisów, w szczególności art. 447 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji wymaga korekty poprzez dostosowanie ich do aktualnie obowiązującego prawa. Uprawnienia Zamawiającego w zakresie ewentualnego wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy **winny być bowiem ograniczone jedynie do wstrzymania płatności co do wymagalnych kwot niepotwierdzonych stosownymi dowodami zapłaty.**
3. Zamawiający nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem określonych przez niego dowodów potwierdzających zapłatę „wszelkich płatności”, a nie jedynie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (tak KIO w wyroku z 11.2.2014 r., KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14, KIO/UZP 150/14, niepubl.). Co za tym idzie, *gdy wykonawca tylko częściowo udokumentuje rozliczenia z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. **Wstrzymuje się zatem odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty*** (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, komentarz do art. 143a ustawy Pzp z 2004 r. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Lex, 2020 r.).
4. Nadto, należy podkreślić, że zupełnie nieuzasadnione i nadmiarowe jest wymaganie przedstawienia przez wykonawcę dokumentów (oświadczeń podwykonawców) potwierdzających fakt, że **wykonawca nie zalega z żadnymi płatnościami** na jego rzecz. Tym bardziej, że Zamawiający od ich przedstawienia uzależnia w ogóle wypłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wystarczającym i proporcjonalnym do okoliczności jakie mają zostać potwierdzone (tj. wypłata wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom) jest przedstawienie oświadczeń podwykonawców o zapłacie na ich rzecz wymagalnego wynagrodzenia.
5. Natomiast Zamawiający domaga się przedstawienia oświadczenia podwykonawcy w zakresie „wszelkich płatności”, tj. nawet niezwiązanych z wynagrodzeniem umownym lub wymagalnym wynagrodzeniem należnym podwykonawcy. Takie ukształtowanie procedury wypłaty



wynagrodzenia nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia, ani podstawy w przepisach ustawy Pzp.

6. Należy wskazać, że opisana procedura wypłaty wynagrodzenia wykonawcy może prowadzić do absurdalnych sytuacji, w których Zamawiający wstrzyma wypłatę całego wynagrodzenia wykonawcy, który nie dostarczy oświadczenia podwykonawcy, pomimo, że wynagrodzenie podwykonawcy dotyczy niewielkiej części realizacji zamówienia i nie jest jeszcze wymagalne, a wykonawca zrealizował należycie zamówienie w terminie.
7. Ukształtowanie takich zasad wypłaty wynagrodzenia, w ramach których w przypadku niewymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy zagrożone byłoby całe lub istotna część wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie tylko jest wprost sprzeczne z przywołanymi powyżej, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, ale też byłoby postanowieniem nadmiernym i nieadekwatnym. W konsekwencji, pozostawienie dotychczasowych postanowień Umowy RB budzi wątpliwości co do realnych intencji i uprawnień przysługujących Zamawiającemu, co z kolei stanowi istotne ryzyko realizacyjne, które wykonawca miałby obowiązek wkalkulować w cenę swojej oferty, które to będzie kolejnym kosztem w ramach kalkulowanej oferty i może przyczynić się do nieporównywalności złożonych ofert.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (postanowień projektu Umowy RB i Załącznika nr 6 do Umowy RB) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

§12 ust. 27 Umowy „Wykonawca zobowiązuje się załączyć do każdej wystawionej faktury oraz dostarczyć - na każde żądanie Zamawiającego - oświadczeń Podwykonawców potwierdzających fakt, że Wykonawca nie zalega z **żadnymi wymagalnym wynagrodzeniem płatnościami na jego rzecz**. W przypadku niedostarczenia oświadczeń w powyższym terminie Zamawiający ma prawo do wstrzymania płatności wynagrodzenia Wykonawcy **w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów dotyczących zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego Podwykonawcy**, do czasu przedłożenia przez Wykonawcę stosownych dokumentów. Wzór oświadczenia Podwykonawcy stanowi załącznik nr 6 do umowy”.

Załącznik nr 6 do Umowy:

„ (...) \* nie zalega z **płatnościami wymagalnego** wynagrodzenia na moją rzecz za wykonane zadanie.  
\* zalega z płatnością **wymagalnego** wynagrodzenia na moją rzecz za wykonane zadanie z wysokości (...)”.

## **II. Zarzuty dotyczące warunków udziału w Postępowaniu i kryteriów oceny ofert**

### **II.1. Uwagi wstępne – nadmierność warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy i doświadczenia osób dedykowanych do realizacji zamówienia**





1. Oceniając prawidłowość zdefiniowanych w ramach Postępowania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podkreśla na wstępie, że jakkolwiek określenie warunków udziału w postępowaniu jest decyzją Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania ma uprawnienie do ustanawiania wymogów w tym zakresie w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie zamierzonego celu, o tyle swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego. **Po pierwsze, Zamawiający winien bowiem tak kształtować warunki udziału w postępowaniu aby pozwoliły mu one na wybór takiego wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia.** Zamawiający ma jednocześnie obowiązek określać warunki udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Po drugie, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wreszcie po trzecie, **nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.**
2. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został jednolity pogląd, że formułowanie warunków udziału w postępowaniu dokonywane być musi **z uwzględnieniem celu, jakiemu ma służyć, czyli zapewnieniu wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.** Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, **by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy jest wystarczająca dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie** zgodnie z wymaganiami zamawiającego. **W celu zapewnienia związku stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia zamawiający przy ustalaniu tego opisu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji.** Proporcjonalność treści warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być **adekwatne do celu**, dla którego w danym postępowaniu są określone oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. **Zachowanie zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.**
3. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, **czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.** Przekładając tę zasadę na formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu należałoby więc stwierdzić, że podjęte przez zamawiającego działania w tym zakresie **służyć powinny zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.** Podkreślenia wymaga, że poza art. 112 ustawy Pzp formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie **najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie**



**zrealizować zamówienie.** Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu nie może być **narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów** z udziału w postępowaniu, co potwierdza wskazane interpretowane w drodze analogii, wskazane poniżej orzecznictwo w tym zakresie, wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, zachowujące jednak swoją aktualność przez wzgląd na niezmiennosć regulacji Prawa zamówień publicznych w tym przedmiocie

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r., KIO 412/15:**

*„Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.”*

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. KIO 2358/14:**

*„Warunki udziału w postępowaniu służą wyborowi wykonawcy, który zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia to wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być sformułowane w taki sposób, aby do udziału w postępowaniu zostali dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie sprostać zamówieniu. Z drugiej strony, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ZamPublU, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. **Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia.**”*

- **Uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., KIO/KD 20/18**

*„Zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy*



*czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.”*

4. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał uwagę także Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-12169, wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, **niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów**. Z kolei w wyr. z 27.10.2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA v. Instituto Nacional de Gestion Sanitaria, Zb.Orz. 2005, s. I-9315, wywiedziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto ETS w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są **adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu**.
5. Reasumując, Odwołujący nie kwestionuje, że tak określenie warunków udziału w postępowaniu, jest decyzją Zamawiającego, ponieważ jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć. Jednakże **Zamawiający powinien dokonać tych czynności w zgodzie z przepisami ustawy Pzp**. Celem Odwołującego jest zatem wyłącznie doprowadzenie do opisanie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem, a w konsekwencji **konkurencyjność Postępowania**.
6. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że **zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią podstawowe zasady ustawy Pzp, które podporządkowane są przede wszystkim celom tej ustawy, a mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania**. Żadna z chronionych w ten sposób wartości nie może przeważać w działaniach Zamawiającego, który powinien zachować między nimi odpowiedni balans i równowagę. W odniesieniu do określanych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający **nie powinien posługiwać się takim ich opisem, który nie miałby należytego uzasadnienia w przedmiocie i zakresie Postępowania**.
7. **W konsekwencji, Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu winien każdorazowo wziąć pod uwagę powyższe wytyczne**, a także możliwości rynkowe spełnienia określonych przez siebie warunków przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając charakterystykę i wartości postępowań dotychczas zrealizowanych, a także dynamikę rynku budowlanego na przestrzeni referencyjnego czasookresu.

## II.2. Zarzut dotyczący warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy (zarzut nr 10)



1. W ramach pkt 5 ppkt 5.1.4.1 SWZ, Zamawiający sformułował następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy:

*w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył **dwa zadania budowlane** polegające na wykonaniu **przebudowy, budowy lub rozbudowy** obejmującej zakresem **budynek/ budynki o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>** i obejmujące między innymi **szpitalne oddziały łóżkowe (min. 40 łóżek)**. Wartość każdej roboty powinna być nie mniejsza niż **40 000 000,00 zł brutto**, a **każde zadanie zrealizowano w formule „zaprojektuj i wybuduj”** polegającej na wykonaniu prac budowlanych oraz kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy) wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.*

**Co najmniej jedno z wyżej wskazanych zadań referencyjnych (dowolne w zakresie poniższych warunków):**

- a) dotyczyło budynku objętego ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowano na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,
- b) zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych,
- c) zrealizowana w formule zaprojektuj, wybuduj i wyposaż, a wartość dostarczonego sprzętu medycznego wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.

2. Cechą tak zdefiniowanego warunku udziału w postępowaniu jest więc to, że Zamawiający oparł się na ściśle określonych i rozbudowanych parametrach referencyjnego doświadczenia, wskazując na:
  - kategorię wykonanych prac budowlanych (przebudowa, budowa, rozbudowa);
  - rodzaj budynku będącego przedmiotem referencyjnego doświadczenia (budynki z zakresu opieki medycznej posiadające szpitalne oddziały łóżkowe);
  - wartość robót w ramach referencyjnego doświadczenia (min. 40 mln zł brutto);
  - powierzchnię całkowitą budynku (min. 3 tys. m<sup>2</sup>);
  - krotność doświadczenia referencyjnego (dwa zadania);
  - czasookres nabycia referencyjnego doświadczenia (ostatnie 7 lat);
  - **wymóg realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”;**
  - skalę obiektu definiowaną poprzez **liczbę łóżek na oddziałach szpitalnych;**
  - prace prowadzone pod ochroną konserwatorską (co najmniej jedno zamówienie);
  - prace prowadzone na czynnym obiekcie (co najmniej jedno zamówienie);
  - realizację w ramach umowy dostawy sprzętu medycznego (co najmniej jedno zamówienie);

z czego Odwołujący kwestionuje powyższe parametry, jako nie posiadające cech niezbędności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, mając przy tym charakter niejednoznaczny, nie spełniający zasad przejrzystości.

- **wymóg realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”**



1. W ramach cytowanych na wstępie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający sformułował wymaganie aby obie z referencyjnych inwestycji zostały zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zdaniem Odwołującego również takie zastrzeżenie nie posiada cech niezbędności i proporcjonalności, uwzględniając, że **tożsamy zakres kompetencji może być zweryfikowany poprzez rozdzielenie warunku dotyczącego zaprojektowania i budowy obiektu.**
2. Uzasadniając celowość takiej zmiany, należy podkreślić z jednej strony, że wykonawcy nie mają wpływu na przyjętą przez Zamawiającego formułę realizacji, z drugiej zaś, że zakres projektowania przy tak skomplikowanych inwestycjach dedykowany jest specjalistycznym biurom projektowym, odpowiedzialnym za tę część realizacji. W konsekwencji, nawet jeśli referencyjna inwestycja byłaby wykonana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, to i tak realnie za zakres dotyczący projektowania odpowiedzialne byłoby specjalistyczne biuro projektowe. **Nośnikiem wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania inwestycji szpitalnych jest więc zasadniczo specjalistyczne biuro projektowe,** które w konsekwencji powinno mieć możliwość samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.
3. Rozdzielenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykonawstwa i projektowania inwestycji, a w konsekwencji umożliwienie polegania na podmiocie trzecim celem wykazania spełniania wymagań w zakresie projektowania, po pierwsze oddawałoby więc realia rynkowe związane z nabywaniem kompetencji w tym zakresie, po drugie zaś **nie niosłoby dla Zamawiającego jakiegokolwiek ryzyka zmniejszonej jakości świadczenia.** Zgodnie bowiem z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podmioty udostępniające zasoby dotyczące kwalifikacji zawodowych są zobowiązane do wykonania tych usług czy robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Co za tym idzie, biuro projektowe, które wykazywałoby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w projektowaniu obiektu o określonej skali i charakterystyce, na etapie realizacji tę część zamówienia by wykonywało. Zamawiający dzięki regulacjom ustawowym ma więc pewność, że za realizację odcinka prac wymagających specjalistycznej wiedzy czy umiejętności odpowiadał będzie ten podmiot, który posiada realne kompetencje w tym zakresie.
4. W konsekwencji, nawet przy rozdzieleniu warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, Zamawiający **ma pewność powierzenia realizacji doświadczonym podmiotom tak w zakresie projektowania, jak i wykonawstwa.** Taki sposób świadczenia byłby zresztą tożsamy z sytuacją, w której Zamawiający utrzymałby wymóg posiadania doświadczenia w realizacji inwestycji wykonanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” – realnie bowiem i tak za zakres projektowania inwestycji odpowiadałoby biuro projektowe specjalizujące się w tego typu realizacjach.
5. W tym kontekście, Odwołujący podkreśla, że – uwzględniając specyfikę realizacji tego typu obiektów i fakt, że projektowanie w tym zakresie powierzane jest specjalistycznym biurom projektowym – **rola generalnego wykonawcy nawet w zadaniach realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” sprowadza się w aspekcie projektowania co najwyżej do czynności nadzorczych i koordynacyjnych.** Trudno więc uzasadnić aby tego typu kompetencje (nadzorowanie i koordynowanie podmiotów realizujących część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy) mogły być uzyskane wyłącznie w realizacjach typu „zaprojektuj i wybuduj” i aby





wykonawca legitymujący się tego typu inwestycją przedstawiał jakiś konkretny walor, który uzasadniałby wyeliminowanie innych wykonawców budowlanych dających rękojmię należytego wykonania inwestycji. Brak uzasadnienia dla takiego zawężania warunku udziału w postępowaniu unaoczniony jest tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę, że przy takiej skali inwestycji jakiej wymaga Zamawiający standardowo wykonawcę zawsze obciąża jakiś element projektowania związany czy to z koniecznością eliminacji błędów projektowych zidentyfikowanych na etapie wykonawstwa, czy przygotowaniem dokumentacji zamiennej, dokumentacji warsztatowej czy dokumentacji związanej z robotami dodatkowymi. Zamawiający nabywanie doświadczenia w takich warunkach jednak dyskwalifikuje, stawiając wyłącznie na klasyczną formułę „zaprojektuj i wybuduj”, podczas gdy skala i zakres czynności projektowych dla doświadczenia generalnego wykonawcy (który tej dokumentacji standardowo i tak nie przygotowuje) nie ma w istocie większego znaczenia. **Skoro rola generalnego wykonawcy sprowadza się bowiem w tym zakresie w zasadzie do koordynacji i nadzorowania, to tego rodzaju kompetencje nabywane są bez względu na zakres ewentualnych czynności projektowych powierzanych podmiotom trzecim.**

6. Utrzymanie omawianego wymagania legitymowania się inwestycją zrealizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nie dość, że nie znajduje merytorycznego uzasadnienia, to przede wszystkim **ogranicza w sposób nieuzasadniony konkurencyjność w ramach przedmiotowego postępowania**. Zgodnie z wiedzą Odwołującego znaczna część inwestycji szpitalnych o reprezentatywnej skali i wartości historycznie realizowana była dwustopniowo poprzez odrębne zlecenie wykonania projektu, a następnie jego realizacji. Najpewniej wynikało to z faktu konieczności „rozciągnięcia” w czasie wydatkowania środków publicznych i zapewnienia finansowania dla danej inwestycji, dla którego uzasadnieniem byłby istniejący już projekt, wskazujący na poziom wartości realizacji robót wykonanych na jego podstawie.
7. Uzasadniając nieproporcjonalność i nadmierność omawianego wymagania, Odwołujący wskazuje też na praktykę rynkową innych publicznych zamawiających dotyczącą ustalania warunków udziału w postępowaniu mających weryfikować przygotowanie wykonawców do realizacji obiektów szpitalnych w formule „zaprojektuj i buduj”:
  - *Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie* (zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 519.785.000,00 zł) - **rozdzielenie warunków referencyjnych dotyczących budowy oraz projektowania**; jednokrotność każdej z referencji<sup>4</sup>;
  - *„Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) w zakresie Modułów 1, 2a, 2b i 3b w formule „zaprojektuj i wybuduj”* (zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 224.874.644,80 zł) - **rozdzielenie warunków referencyjnych dotyczących budowy oraz projektowania**; jednokrotność każdej z referencji<sup>5</sup>;
  - *Rozbudowa WSzZ o Blok Operacyjny wraz z salami intensywnej terapii, pracowniami diagnostycznymi, centralną sterylizatornią i niezbędną infrastrukturą* (zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 104.995.666,00 zł) - warunki

<sup>4</sup> Źródło: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/718668>

<sup>5</sup> Źródło: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/367016>



referencyjne dotyczące doświadczenia wykonawcy **wyłącznie w zakresie robót budowlanych**, kompetencje do projektowania weryfikowane wyłącznie poprzez wskazany zespół projektowy<sup>6</sup>;

- *Budowa budynku szpitala – Centrum Kardiologii Ambulatoryjnej z częścią mieszkalną, budynku technicznego wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną, wraz z budową instalacji fotowoltaicznej oraz rozbiórkami budynków na terenie Narodowego Instytutu Kardiologii Stefana kardynała Wyszyńskiego w Warszawie* (zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 135.124.110,00 zł) - warunki referencyjne dotyczące doświadczenia wykonawcy **wyłącznie w zakresie robót budowlanych**, kompetencje do projektowania weryfikowane wyłącznie poprzez wskazany zespół projektowy<sup>7</sup>.

8. Powyższe zestawienie obrazuje, że przy inwestycjach o znacznie większej skali i wartości publiczni zamawiający nie dostrzegali zasadności zabezpieczenia prawidłowości realizacji danej inwestycji poprzez weryfikację doświadczenia wykonawcy w ramach identycznej formuły w jakiej prowadzone były postępowania (zaprojektuj i wybuduj). Takie sformułowanie wymagań nie skutkowało też jakimikolwiek dolegliwościami dla danych przedsięwzięć – w postępowaniach zapewniona była konkurencja umożliwiająca prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, a zgodnie z wiedzą Odwołującego ww. inwestycje w większości na obecnym etapie znajdują się już w fazie realizacji, po pozytywnej weryfikacji ze strony organów kontrolujących.
9. Nadmierność omawianego wymagania w przedmiotowym Postępowaniu jest tym większa jeśli uwzględnić, że Zamawiający w przedmiotowym przypadku oczekuje dwukrotności tak określonego doświadczenia, co stanowiłoby w istocie powielenie zakresu przedmiotowego zamówienia, co samo w sobie jest działaniem nieakceptowalnym i sankcjonowanym w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 08.02.2022 r. (sygn. akt KIO 224/23): *warunki udziału w postępowaniu **nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia**. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do OPZ. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. **Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym**.*

- **wymóg liczby łóżek na referencyjnych oddziałach szpitalnych**

10. Zamawiający w ramach ppkt 5.1.4.1 SWZ wskazał na wymóg aby każda z referencyjnych inwestycji obejmowała szpitalne oddziały łóżkowe obejmujące minimum 40 łóżek. Zamawiający nie zdefiniował przy tym w sposób jednoznaczny czy wskazana wartość miałaby dotyczyć jednego oddziału czy też możliwe byłoby sumowanie liczby łóżek dotyczących wszystkich oddziałów zrealizowanych w ramach danego referencyjnego zamówienia.
11. Uwzględniając, że w zakresie tak newralgicznej części zamówienia jak treść warunków udziału w Postępowaniu wyłączona winna być jakkolwiek uznaniowość i dowolna interpretacja, Odwołujący

<sup>6</sup>Źródło: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-194f18f0-a568-11ee-953e-c2ea26915e21>

<sup>7</sup> Źródło: <https://ikard.ezamawiajacy.pl/pn/ikard/demand/notice/public/82375/details?folder=0001&>



wskazuje na zasadność doprecyzowania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, podkreślając jednocześnie, że winien on pozostawać w rozsądnej proporcji względem przedmiotu zamówienia. W tym kontekście Odwołujący wskazuje więc, że zgodnie z postanowieniami Programu Funkcjonalno- Użytkowego **w ramach przedmiotowego Postępowania poszczególne oddziały realizowanego szpitala planowo obejmować mają odpowiednio:**

- **13 łóżek (oddział hematologii i onkologii dla dzieci 4 piętro– vide. Rys.7 P4 w ramach załączników do PFU);**
- **25 łóżek (oddział hematologii i onkologii dla dzieci 3 piętro – vide. Rys. 6 P.3. w ramach załączników do PFU);**
- **25 łóżek (oddział hematologii i onkologii dla dzieci – piętro 2 – vide Rys.5.P.2 w ramach załączników do PFU).**

12. Co za tym idzie, wymóg aby każdy z oddziałów wyposażony był w 40 łóżek jest całkowicie nieproporcjonalny, abstrahując od przedmiotu niniejszego zamówienia. W konsekwencji, treść SWZ wymaga korekty poprzez jednoznaczne wskazanie, że oczekiwana przez Zamawiającego liczba łóżek szpitalnych odnoszona ma być łącznie do wszystkich oddziałów składających się na referencyjną inwestycję. Takie doprecyzowanie jest tym bardziej uzasadnione jeśli uwzględnić, że wykonawcy zasadniczo nie mają wpływu na kształt realizowanej inwestycji i zapotrzebowanie medyczne danego szpitala determinujące powierzchnię poszczególnych oddziałów. Co więcej, oczekiwanie aby poszczególne oddziały szpitalne samodzielnie wyposażone były w 40 łóżek byłoby o tyle nieuzasadnione, że fikcyjnym czyniłoby to dopuszczenie legitymowania się inwestycjami o powierzchni 3 tys. m2 oraz 40 mln zł brutto. Tego rodzaju inwestycje, kwalifikowane w ramach inwestycji szpitalnych jako inwestycje o średniej skali, nie charakteryzują się bowiem taką powierzchnią oddziałów, która umożliwiałaby wyposażenie ich w 40 łóżek szpitalnych.

• **dodatkowe wymagania szczegółowe co do referencyjnych inwestycji**

13. Jak zostało wskazane powyżej w ramach pkt 5 ppkt 5.1.4.1. SWZ, Zamawiający wskazał, że *Co najmniej jedno z wyżej wskazanych zadań referencyjnych (dowolne w zakresie poniższych warunków):*

- a) dotyczyło budynku objętego ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowano na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,*
- b) zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych,*
- c) zrealizowana w formule zaprojektuj, wybuduj i wyposaż, a wartość dostarczonego sprzętu medycznego wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.*

14. Jakkolwiek Odwołujący nie kwestionuje weryfikacji ww. parametrów w ramach warunków udziału w postępowaniu to wobec niejednoznaczności postanowień SWZ w tej kwestii podnosi, że **treść ww. warunku udziału w Postępowaniu sugeruje, że wszystkie powyżej wymienione, specyficzne parametry realizacyjne miałyby być zrealizowane w ramach jednego zamówienia.** Takie ukształtowanie wymagań Zamawiającego należałoby z kolei ocenić jako nieadekwatne i nieproporcjonalne, w sposób nadmierny ograniczające konkurencję w Postępowaniu.



15. W związku z tym, że elementy, na które wskazuje ta część warunku udziału w postępowaniu są elementami specyficznymi (co potwierdza zresztą sam Zamawiający poprzez oczekiwanie jednokrotności doświadczenia w tych elementach), zupełnie niespotykanym na rynku jest aby dana realizacja szpitalna łączyła w sobie wszystkie tak zdefiniowane składowe, przy jednoczesnym respektowaniu pozostałych wymaganych parametrów referencyjnej inwestycji. W tym kontekście Odwołujący podkreśla w szczególności, że:
- dostawa sprzętu medycznego standardowo nie jest objęta umową na roboty budowlane, względnie objęta jest prawem opcji uruchamianym w zależności od dysponowanych przez Zamawiającego środków finansowych. Objęcie daną umową o roboty budowlane dostawy sprzętu samo w sobie jest więc dość niespotykane, nie determinując przy tym nabywania żadnych realnych i weryfikowalnych kompetencji przez wykonawcę robót budowlanych;
  - oczekiwanie aby dana realizacja dotyczyła budynku pod ochroną konserwatorską eliminuje z możliwości legitymowania się budową szpitali od podstaw, która co do zasady również dopuszczona jest w ramach warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji, wymaganie w tym zakresie ogranicza krąg inwestycji, które mogłyby spełniać zasadnicze parametry wymagane przez Zamawiającego, które to ograniczenie nie powinno być definiowane w sposób jeszcze dalej idący poprzez wymóg prac na obiekcie czynnym i jednoczesnej dostawy sprzętu.
16. Z punktu widzenia zabezpieczenia interesów Zamawiającego **wtórne jest czy omawiane elementy realizacyjne (prace pod ochroną konserwatorską; prace na czynnym obiekcie czy też dostawa sprzętu medycznego) byłyby wykonywane łącznie na jednej inwestycji czy też na różnych inwestycjach będących przedmiotem doświadczenia wykonawcy.** Na nabywanie doświadczenia w danym zakresie nie mają bowiem wpływu pozostałe zmienne weryfikowane w ramach tej części warunku. Przykładowo, oczywistym wydaje się, że na umiejętność wykonywania prac pod ochroną konserwatorską nie ma wpływu okoliczność czy równolegle w danym postępowaniu dostarczany był sprzęt medyczny. Podobnie dostawa sprzętu medycznego nie ma wpływu na kompetencje w zakresie prowadzenia prac na czynnym obiekcie.
17. Tak jak Odwołujący szeroko uzasadniał już w ramach pkt 1- 9 tej części uzasadnienia, **tożsame kompetencje wykonawcy co do prac na budynku pod ochroną konserwatorską, prac na czynnym obiekcie czy też wyposażenia obiektu, Zamawiający może zweryfikować tak poprzez legitymowanie się tymi elementami w ramach jednej inwestycji, jak i poprzez ich rozdzielenie na kilka inwestycji realizowanych przez wykonawcę.** Uwzględniając powyższe, a także okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu nie powinny eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do jego realizacji, pozostawienie postanowień w obecnym, nieprecyzyjnym kształcie, do takiego efektu mogłoby zdaniem Odwołującego doprowadzić, co wymaga korekty, o którą Odwołujący niniejszym wnosi.

\*\*\*

18. Reasumując, wszystkie powyższe uwagi dotyczące sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy, **Odwołujący**



**podkreśla, że podnoszone przez niego wnioski o stosowną modyfikację nie wypaczają samej koncepcji Zamawiającego co do zakresu koniecznej weryfikacji,** dążą jedynie do urealnienia tychże wymagań. W konsekwencji, Odwołujący nie kwestionuje przede wszystkim doświadczenia w realizacji obiektów o określonej skali i wartości, dostrzegając też walor w „krotności” doświadczenia tego rodzaju. Proponowane zmiany nie ingerują też co do zasady w założenie dotyczące konieczności weryfikacji poszczególnych kategorii robót czy pomieszczeń, a związane są jedynie z ich urealnieniem i sprecyzowaniem.

19. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wprowadzenie postulowanych zmian, nie będąc dolegliwym dla zabezpieczenia potrzeb i interesów Zamawiającego, umożliwi w ramach postępowania realną konkurencję, przekładającą się na możliwość pozyskania korzystniejszych ofert cenowych. Przy utrzymaniu obecnych wymagań Zamawiającego, konkurencyjność postępowania została w sposób poważny zaburzona, naruszając w konsekwencji podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści pkt 5 ppkt 5.1.4.1. SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

- 1) *w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwa zadania budowlane polegające na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/ budynki o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup> i obejmujące między innymi szpitalne oddziały łóżkowe (**oddziały łóżkowe wyposażone łącznie na danej realizacji w min. 40 łóżek**).*

*Wartość każdej roboty powinna być nie mniejsza niż 40 000 000,00 zł brutto, a każde zadanie zrealizowano w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na wykonaniu prac budowlanych oraz kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy) wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.*

***Wymienione powyżej zadania referencyjne obejmowały łącznie dodatkowo:***

- a) prace na budynku objętym ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowane na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,*  
*b) prace realizowane w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych,*  
*c) zrealizowana w formule „zaprojektuj, wybuduj i wyposaż”, umowa na realizację zamówienia obejmowała dostawę wyposażenia, a wartość dostarczonego sprzętu medycznego wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.*
- 2) *w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej dwie usługi polegające na wykonaniu kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy) dotyczącej przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/ budynki o*





powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup> i obejmujące między innymi szpitalne oddziały łóżkowe (**oddziały łóżkowe wyposażone łącznie na danej realizacji w min. 40 łóżek**).

Wartość kosztorysowa roboty budowlanej realizowanej na podstawie każdej z ww. dokumentacji projektowych powinna być nie mniejsza niż 40 000 000,00 zł brutto, ~~a każde zadanie zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na wykonaniu prac budowlanych oraz kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany, projekt wykonawczy) wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.~~

**Celem wykazania spełniania warunków, o których mowa w pkt 1) i 2) Wykonawca może posłużyć się tą samą inwestycją, zrealizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj”.**

### **II.3. Zarzut dotyczący nadmiernego wymagania w zakresie warunku dotyczącego kadry dedykowanej do realizacji zamówienia (zarzut nr 11)**

1. Zamawiający w ramach pkt 5 ppkt 5.1.4.2. SWZ wprowadził następujące wymagania dotyczące kadry dedykowanej do realizacji przedmiotowego zamówienia:

1) Zespół projektowy:

a) projektant w branży architektonicznej, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,
- doświadczenie w pełnieniu funkcji Głównego projektanta/ architekta przy zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej (z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę), o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>, o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji Głównego projektanta w zakresie max. 2 inwestycji.

b) projektant w branży konstrukcyjno-budowlanej, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń,
- doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta konstrukcji przy zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>, o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto.

c) projektant w branży instalacyjnej w zakresie instalacji sanitarnych, który posiada:

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta instalacji sanitarnych przy zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na



*budowę, o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup> o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto.*

*d) projektant w branży instalacyjnej w zakresie instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,*
- doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta instalacji elektrycznych przy zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>, o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto.*

*e) projektant w branży instalacyjnej w zakresie instalacji teletechnicznych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń,*
- minimum 10-letnie doświadczenie w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych,*
- doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta instalacji teletechnicznych zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>, o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto.*

*2) Zespół wykonawczy:*

*a) Kierownik budowy, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń,*
- doświadczenie przy kierowaniu robotami budowlanymi podczas całego trwania umowy, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, **przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.***

*b) Kierownik robót sanitarnych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,*
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży sanitarnej **podczas całego trwania umowy**, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, **przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.***

*c) Kierownik robót elektrycznych, który posiada:*



- *wykształcenie wyższe,*
- *uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,*
- *doświadczenie przy kierowaniu robotami branży elektrycznej **podczas całego trwania umowy,** przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, przy czym **ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.***

2. Odwołujący celowo przywołuje wymagania Zamawiającego w zakresie kadry dedykowanej do realizacji zamówienia w sposób kompleksowy, gdyż **ich łączne zestawienie obrazuje niekonsekwencję w działaniach samego Zamawiającego, świadczącą już poprzez dokonanie porównania warunków w odniesieniu do poszczególnych osób, o nieadekwatności i nieproporcjonalności zdefiniowanych przez Zamawiającego wymagań,** co Odwołujący dodatkowo uzasadnia jak poniżej.

### **II.3.1. Nadmierność wymagań względem projektanta w branży instalacyjnej w zakresie instalacji teletechnicznych (ppkt 5.1.4.2. pkt 1) lit. d) SWZ)**

1. W odniesieniu do projektanta w zakresie instalacji teletechnicznych Zamawiający zastosował schemat weryfikacji jego kompetencji poprzez równoległą weryfikację globalnego czasookresu doświadczenia posiadanego przez tę osobę (min. 10- letnie doświadczenie) oraz weryfikację doświadczenia szczegółowego zdobytego na konkretnie zdefiniowanej inwestycji (ograniczenie rodzaju robót, ograniczenie rodzaju obiektów, wartość kosztorysowa robót, skala obiektu). O ile weryfikacja „doświadczenia szczegółowego” na analogicznych zasadach została zastosowana przez Zamawiającego w odniesieniu do całej kadry dedykowanej do realizacji przedmiotowego zamówienia, o tyle weryfikacja globalnego doświadczenia w skali 10 lat, abstrahuje tak od wymagań Zamawiającego przewidzianych w ramach tego Postępowania, jak również od rynkowej praktyki w tym zakresie.
2. **Nieadekwatnym i nieproporcjonalnym zdaniem Odwołującego jest definiowanie przez Zamawiającego znacznie wyższych wymagań względem doświadczenia projektanta w zakresie instalacji teletechnicznych niż względem pozostałej kadry,** w odniesieniu do której nie pojawia się wymóg globalnego 10- letniego doświadczenia zawodowego, formułowanego obok rozbudowanego już warunku posiadania doświadczenia na realizacji o konkretnych parametrach. W tym kontekście Odwołujący zwraca szczególną uwagę na wymagania dotyczące projektanta branży architektonicznej, względem którego Zamawiający nie formułował wymogu globalnego 10- letniego doświadczenia, a który (zgodnie z dalszą treścią warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do jego osoby) zdaniem Zamawiającego w ramach czynności projektowych pełni wiodącą rolę (co wynika z wymogu pełnienia na referencyjnych inwestycjach przez osobę w tej specjalności funkcji Głównego Projektanta).
3. **Branża „teletechniczna” (telekomunikacyjna) nie stanowi na inwestycjach szpitalnych branży w jakikolwiek sposób dominującej czy wiodącej,** co miałyby uzasadniać różnicowanie wymagań w odniesieniu do projektanta w tym zakresie względem pozostałej kadry projektowej i



wykonawczej. Potwierdzeniem marginalnego znaczenia tego zakresu prac jest już chociażby okoliczność, że w ramach przedmiotowego Postępowania w zakresie kadry wykonawczej w ogóle nie został wyodrębniony (a w konsekwencji nie jest odrębnie weryfikowany) kierownik robót telekomunikacyjnych mający odpowiadać za ten wycinek prac. Zamawiający ograniczył się (w zakresie kadry wykonawczej) do weryfikacji wyłącznie kierownika robót elektrycznych, względem którego wymiar „ogólnego” doświadczenia również nie jest zresztą weryfikowany.

4. Cechą charakterystyczną inwestycji szpitalnych jest co prawda konieczność wykonania szeregu prac instalacyjnych o wysokim poziomie skomplikowania, ale dotyczy to instalacji sanitarnych i elektrycznych, wynikając z zabezpieczenia podstawowych funkcji jakie pełni obiekt szpitalny. Rozbudowany charakter instalacji elektrycznych i sanitarnych wynika z konieczności zapewnienia odpowiedniej wentylacji i czystości powietrza w ramach opieki nad chorymi czy zabezpieczenia dostaw prądu celem nieprzerwanego prowadzenia terapii. Ten poziom skomplikowania i rozbudowany charakter projektowanych i realizowanych prac nie dotyczy jednak instalacji telekomunikacyjnych, mających drugorzędne znaczenie.
5. To drugorzędne znaczenie instalacji teletechnicznej w ramach realizacji obiektu szpitalnego i ich relatywnie nieskomplikowany charakter potwierdza też analiza Programu Funkcjonalno – Użytkowego dotyczącego tego Postępowania. Zgodnie z postanowieniami w PFU, większość systemów teletechnicznych projektowanych i realizowanych w ramach przedmiotowej realizacji ma być kompatybilna i musi współpracować z rozwiązaniami zastosowanymi na istniejącym obiekcie. **Praca projektanta będzie więc polegała na powieleniu gotowych rozwiązań teletechnicznych i dostosowaniu ich do nowoprojektowanego obiektu.** Systemy teletechniczne, które będą zaprojektowane i zainstalowane na obiekcie nie odbiegają też od standardowych rozwiązań, stosowane są powszechnie nie tylko na obiektach szpitalnych, ale na wszelkich innych obiektach użyteczności publicznej.
6. W konsekwencji, poziom skomplikowania prac z zakresu teletechniki w ramach przedmiotowego Postępowania nie uzasadnia stawiania tak rozbudowanych i wygórowanych wymagań względem projektanta instalacji teletechnicznych, różnicując je od wymagań względem pozostałej kadry dedykowanej do realizacji zamówienia. Standardowość rozwiązań teletechnicznych stosowanych na przedmiotowej realizacji nie uzasadnia w żaden sposób oparcia weryfikacji doświadczenia projektanta instalacji teletechnicznych na ponadstandardowych parametrach weryfikacji 10-letniej skali doświadczenia zawodowego, zwłaszcza przy równoległej weryfikacji doświadczenia szczegółowego.
7. W kontekście wymagania ogólnego 10- letniego stażu zawodowego i niezasadności oparcia weryfikacji kompetencji projektanta z zakresu teletechniki na tym parametrze, podkreślenia dodatkowo wymaga, że ogólny staż zawodowy, wobec braku jakichkolwiek szczegółowych wymagań względem niego, może być zdobyty na inwestycjach o zupełnie innej charakterystyce niż przedmiotowe zamówienie, nie dając więc Zamawiającemu gwarancji pozyskania kandydata posiadającego realnie „lepsze” przygotowanie zawodowe niż osoby z mniejszym globalnym stażem zawodowym. Standardowo (jeśli taki parametr w ogóle brany jest pod uwagę przez publicznych zamawiających) weryfikacja globalnego doświadczenia kierowników robót czy projektantów opiera się na maksymalnie 5- letnim stażu zawodowym, co znajduje też aprobatę w ramach orzecznictwa



Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1586/13) wskazane zostało, że „*zdaniem Izby, wymóg legitymowania się przez inżyniera koordynatora budowy i kierownika budowy **dziesięcioletnim doświadczeniem zawodowym jest warunkiem nadmiernym**, nieuzasadnionym potrzebą zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywane przez odpowiednio wykwalifikowaną kadrę(...). W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez obniżenie wymaganego okresu doświadczenia zawodowego dla inżyniera koordynatora budowy oraz kierownika budowy, uznając, że wymóg pięcioletniego stażu, wraz z pozostałymi elementami sformułowanych przez Zamawiającego warunków, w sposób wystarczający zapewnia posiadanie stosownego doświadczenia, adekwatnego do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.*”

8. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację warunku udziału w postępowaniu dotyczącego projektanta instalacji teletechnicznych poprzez jego zrównanie z warunkami udziału w postępowaniu dotyczącymi pozostałej kadry projektantów, a w konsekwencji rezygnację z parametru 10-letniego globalnego stażu zawodowego.

### II.3.2. Nadmierność wymagań względem kadry kierowniczej (ppkt 5.1.4.2. pkt 2) lit. a) – c) SWZ)

- **wymóg trzykrotności doświadczenia na ściśle określonych realizacjach**

1. W przypadku zespołu wykonawczego Zamawiający oparł weryfikację doświadczenia kadry kierowniczej na rozbudowanych parametrach dotyczących referencyjnych inwestycji, wskazując na:
  - określoną kategorię robót budowlanych (przebudowa/ budowa/ nadbudowa/ rozbudowa/ modernizacja);
  - określony rodzaj obiektu (szpital lub zakład opieki medycznej);
  - wartość referencyjnego zamówienia (min. 40 mln zł brutto);
  - czasookres zaangażowania (cały czas trwania umowy);
  - krotność referencyjnego doświadczenia (trzykrotność doświadczenia o tak zdefiniowanych parametrach).
2. O ile Odwołujący nie neguje, że o jakości doświadczenia kadry kierowniczej świadczy co do zasady długość zaangażowania w referencyjną inwestycję, nie negując w konsekwencji co do zasady wymagania uczestnictwa w pełnym zakresie prac na danej realizacji, o tyle wymóg trzykrotności tak określonego referencyjnego doświadczenia jest wymaganiem nieadekwatnym i niewspółmiernym, abstrahującym też od pozostałych wymagań Zamawiającego.
3. Celem warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do postępowania wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia przy jednoczesnym ich ukształtowaniu w taki sposób aby z postępowania nie zostały wyeliminowane podmioty zdolne do jego realizacji. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego **kompetencje do wykonania przedmiotowego zamówienia w sposób wystarczający weryfikowane są już poprzez wymóg jednokrotnego doświadczenia dotyczącego analogicznego obiektu o analogicznej skali i wartości**. Kadra kierownicza, która zgodnie z wymaganiem Zamawiającego prowadziłaby w





pełnym zakresie analogiczną realizację bez wątpienia posiada bowiem kompetencje możliwe do przełożenia na przedmiotowe zamówienie. Niezrozumiałym jest, z jakich względów osoba, która z powodzeniem uczestniczyła w pełnym zakresie w realizacji historycznej inwestycji szpitalnej miałaby nie podołać realizacji przedmiotowego zamówienia i być wyeliminowaną z uczestnictwa w nim.

4. Jednokrotność doświadczenia w realizacji analogicznych obiektów jako parametr wystarczający dla oceny rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia potwierdza też sam Zamawiający, który w odniesieniu do zespołu projektantów formułował właśnie takie wymaganie dotyczące ich doświadczenia. Retorycznym wydaje się w konsekwencji pytanie z jakich względów jednokrotne doświadczenie projektantów w zaprojektowaniu obiektu szpitalnego daje już rękojmię należytego wykonania zamówienia, której nie dawałaby kadra kierownicza posiadająca analogiczne doświadczenia z fazy wykonawstwa?
5. **Zestawienie poszczególnych wymagań Zamawiającego odnoszących się do osób dedykowanych do realizacji zamówienia samo w sobie obrazuje już niewspółmierność i nieproporcjonalność wymagań Zamawiającego odnoszących się do zespołu wykonawczego.** Niewspółmierność ta uwypuklona jest tym bardziej jeśli uwzględnić, że o ile w przypadku biur projektowych (a w konsekwencji projektantów) niejednokrotnie są to podmioty specjalizujące się w projektowaniu konkretnego rodzaju inwestycji (co Odwołujący omawiał w ramach pkt I.2. niniejszego odwołania), o tyle generalni wykonawcy robót budowlanych (a w konsekwencji współpracująca z nimi kadra kierownicza) opierają zasadniczo swoją działalność na dywersyfikacji poszczególnych segmentów budownictwa, wymuszoną czynnikami makroekonomicznymi i koniecznością zabezpieczenia zatrudnienia dla znacznie większej ilości osób pracujących w danej organizacji. W konsekwencji, doświadczenie kadry kierowniczej nie jest i nie może być ograniczone wyłącznie do realizacji inwestycji szpitalnych, stąd też wymóg trzykrotnego pełnienia funkcji przez kadrę kierowniczą wyłącznie na tego typu realizacjach eliminuje z Postępowania osoby doświadczone również w innych segmentach budownictwa, nie różniących się pod kątem budowlanym od realizacji szpitalnych.
6. Nierynkowość tak sformułowanych wymagań Zamawiającego względem kadry kierowniczej potwierdza też analiza innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach których przy inwestycjach tego rodzaju publiczni zamawiający nie formułowali tak daleko idących warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do kadry kierowniczej:
  - *Rozbudowa WSzZ o Blok Operacyjny wraz z salami intensywnej terapii, pracownikami diagnostycznymi, centralną sterylizatornią i niezbędną infrastrukturą* (zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 104.995.666,00 zł) - weryfikacja szczegółowego doświadczenia zawodowego wyłącznie w odniesieniu do kierownika budowy; weryfikacja oparta na **jednokrotnej referencji z zakresu realizacji obiektu szpitalnego bez dookreślania okresu zaangażowania**<sup>8</sup>;
  - *Budowa budynku szpitala – Centrum Kardiologii Ambulatoryjnej z częścią mieszkalną, budynku technicznego wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną, wraz z budową instalacji fotowoltaicznej oraz rozbiórkami budynków na terenie Narodowego Instytutu Kardiologii Stefana kardynała Wyszyńskiego w Warszawie* (zamówienie realizowane w formule

<sup>8</sup> Źródło: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-194f18f0-a568-11ee-953e-c2ea26915e21>



„zaprojektuj i buduj”, wartość najniższej oferty: 135.124.110,00 zł) - weryfikacja doświadczenia kadry kierowniczej **oparta na ogólnym stażu zawodowym** (bez znaczenia rodzaj obiektu)<sup>9</sup>;

- Budowa REGIONALNEGO CENTRUM Pulmonologii – Etap I”mprzy ul. Herberta 21 w Lublinie, Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego SP ZOZ w Lublinie ” (wartość wybranej oferty: 36.518.774,97 zł)- weryfikacja szczegółowego doświadczenia kadry kierowniczej oparta na **jednokrotności referencyjnego doświadczenia na obiektach szpitalnych** (wyłącznie przy kierowniku budowy wymóg pełnego zaangażowania)<sup>10</sup>;
- Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu” (wartość wybranej oferty: 109.442.964,00 zł): weryfikacja szczegółowego doświadczenia kadry kierowniczej oparta na **jednokrotności referencyjnego doświadczenia na obiektach szpitalnych** bez wymogu co do czasookresu pełnienia funkcji<sup>11</sup>

7. Powyższe przykłady obrazują, że powszechną wśród publicznych zamawiających wiedzą jest to, że realizacja obiektów szpitalnych z punktu widzenia doświadczenia nabywanego przez kadrę wykonawczą nie stanowi nośnika nietypowej wiedzy, a w konsekwencji już chociażby jednokrotne uczestnictwo w realizacji tego rodzaju daje gwarancję rękojmi należytego wykonania kolejnych zamówień z tego zakresu. Kreowanie odmiennej praktyki w ramach przedmiotowego postępowania, które w odniesieniu do skali, wartości czy przewidywanych rozwiązań technicznych nie jest postępowaniem w żaden sposób nietypowym, prowadzi wyłącznie do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, dyskryminując osoby aktywne zawodowo posiadające wystarczającą wiedzę do realizacji przedmiotowego kontraktu.

8. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia kadry wykonawczej poprzez ich zrównanie z warunkami udziału w postępowaniu dotyczącymi kadry projektantów i oparcie ich o wymóg jednokrotnego wykazania się doświadczeniem na realizacji danego rodzaju.

• **czasookres zaangażowania w realizację kierownika robót sanitarnych oraz elektrycznych**

1. W odniesieniu do kadry wykonawczej Zamawiający zastosował względem każdej z osób analogiczny parametr dotyczący okresu obecności poszczególnych osób na referencyjnej inwestycji, będącej przedmiotem „doświadczenia szczegółowego”, wymagając aby osoby te zaangażowane były w realizację podczas całego trwania umowy.

<sup>9</sup> Źródło: <https://ikard.ezamawiajacy.pl/pn/ikard/demand/notice/public/82375/details?folder=0001&>

<sup>10</sup> Źródło: <https://szpital-lublin.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/388306/budowa-regionalnego-centrum-pulmonologii-etap-i>

<sup>11</sup> Źródło: <https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=7d61f8a4-00be-4197-bfc5-db525a0baaa3>



2. O ile, Odwołujący konsekwentnie **nie neguje, że takie zastrzeżenie ma uzasadniony charakter**, a im dłuższa obecność danej osoby na danej inwestycji, tym w sposób dogłębniejszy może ona zapoznać się ze specyfiką danego kontraktu związaną z zakresem jego uprawnień, nabywając w konsekwencji szerszej wiedzy w tym przedmiocie, **o tyle nieuzasadniony charakter ma zastosowanie tożsamej gradacji (tożsamej nomenklatury) w odniesieniu do wszystkich osób zaangażowanych w proces realizacyjny**. O ile bowiem zakres czynności i obowiązków przypisanych kierownikowi budowy wiąże się z różnymi fazami realizacji inwestycji i wymagana jest od samego momentu przejścia placu budowy, o tyle **roboty branżowe, za które odpowiadają kierownik robót sanitarnych czy elektrycznych, nie zawsze wykonywane przez cały okres trwania umowy, co uzależnione jest od specyfiki danej inwestycji**. Przykładowo w sytuacji objęcia zakresem umowy również prac rozbiórkowych czy budowy obiektu od podstaw wymagającej robót ziemnych, roboty branżowe nie są wykonywane przez cały okres realizacji, nie wymagając zaangażowania kierowników robót branżowych w początkowej fazie.
3. W konsekwencji, rzeczywisty okres zaangażowania kierownika robót sanitarnych czy elektrycznych nie zawsze jest zbieżny z okresem niezbędnego zaangażowania w daną realizację kierownika budowy, odpowiadającego wszak za cały proces realizacji bez względu na jej składowe. Co za tym idzie stosowanie tożsamych wymagań (tożsamej nomenklatury) co do czasowego zaangażowania osób zajmujących takie stanowiska nie jest uzasadnione, będąc oderwanym od praktyki realizacji robót budowlanych. Tym samym, również w tym przypadku już całościowa analiza treści SWZ, stawiającej względem osób o zupełnie różnym znaczeniu i odpowiedzialności w procesie realizacyjnym, identyczne wymagania co do czasookresu ich zaangażowania, świadczy o nieproporcjonalności i nieadekwatności wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego.
4. Reasumując, Odwołujący wnioskuje o modyfikację warunków dotyczących doświadczenia szczegółowego kierownika robót elektrycznych i sanitarnych poprzez dookreślenie, iż wymagane jest ich zaangażowanie na referencyjnych inwestycjach w pełnym zakresie trwania robót danej branży. Wnosząc o modyfikację tego rodzaju Odwołujący podkreśla przy tym, że postulowana zmiana nie wypacza przyjętego przez Zamawiającego mechanizmu weryfikacyjnego opartego na kompleksowym zaangażowaniu w realizację danego rodzaju.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację pkt 5 ppkt 5.1.4.2. SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**

*1) Zespół projektowy:*

*e) projektant w branży instalacyjnej w zakresie instalacji teletechnicznych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych bez ograniczeń,
  - *minimum 10-letnie doświadczenie w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych,*
  - *doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta instalacji teletechnicznych zaprojektowaniu co najmniej przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowy lub/i nadbudowy lub/i rozbudowy budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na*



*budowę, o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>, o łącznej wartości kosztorysowej co najmniej 40 000 000,00 zł brutto.*

*2) Zespół wykonawczy:*

*a) Kierownik budowy, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń,*
- doświadczenie przy kierowaniu robotami budowlanymi podczas całego trwania umowy, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto (**minimum 1 umowa**), przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.*

*b) Kierownik robót sanitarnych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,*
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży sanitarnej **podczas całego trwania robót tej branży**, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto (**minimum 1 umowa**) przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.*

*c) Kierownik robót elektrycznych, który posiada:*

- wykształcenie wyższe,*
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,*
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży elektrycznej **podczas całego trwania robót tej branży**, przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto (**minimum 1 umowa**) przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.*

## II.4. Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert (zarzut nr 12)

### I. Zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert dotyczących doświadczenia kierownika budowy

1. Zamawiający w ramach pkt 18.1. SWZ wskazał, że dokona wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:



Lp.	KRYTERIUM	WAGA
1.	Cena	60 %
2.	Doświadczenie projektanta w branży architektonicznej w ostatnich 10 latach	20%
3.	Doświadczenie kierownika budowy w ostatnich 10 latach	20%
	Razem	100 %

Punkty przyznane za podane w pkt. 18.1 kryterium będą liczone według następującego wzoru:

Nazwa kryterium	Wzór:
<b>Cena</b>	Liczba punktów badanej oferty w ramach kryterium $= (C_{min}/C_{of}) * 100 * waga$ gdzie: - $C_{min}$ – najniższa cena spośród wszystkich ofert - $C_{of}$ – cena podana w ofercie
<b>Doświadczenie projektanta w branży architektonicznej w ostatnich 10 latach</b>	Liczba punktów: Pełnienie funkcji projektanta w branży architektonicznej dla <b>3 do 5 pełnobrazowych dokumentacjach projektowych</b> – 10 pkt Pełnienie funkcji projektanta w branży architektonicznej dla <b>6 i więcej pełnobrazowych dokumentacjach projektowych</b> – 20 pkt Liczba punktów badanej oferty $= (G_{of}/G_{max}) * 100 * waga$

	<p>Gdzie:  <math>G_{of}</math> – ilość punktów oferty badanej  <math>G_{max}</math> – najwyższa ilość punktów spośród ważnych ofert</p> <p><b>UWAGA:</b>  Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium na podstawie deklaracji Wykonawcy wprowadzonej do Formularza oferty i dotyczącej doświadczenia projektanta w branży architektonicznej w zakresie przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej.  W sytuacji, gdy Wykonawca w formularzu „Oferta” nie zaznaczy X żadnej z dwóch opcji doświadczenia projektanta w branży architektonicznej lub/i nie uzupełni punktu „Kryterium oceny ofert – Doświadczenie projektanta w branży architektonicznej” otrzyma 0 pkt.</p>
<b>Doświadczenie kierownika budowy w ostatnich 10 latach</b>	<p>Liczba punktów:</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika budowy <b>od 4 do 9 zadań polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, a obiekt ten miała pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika</b> – 10 pkt</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika budowy <b>dla 10 i więcej zadań polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej, a obiekt ten miała pozostać w czynnej eksploatacji przez użytkownika</b> – 20 pkt</p> <p>Liczba punktów badanej oferty  <math display="block">= (G_{of}/G_{max}) * 100 * waga</math> <p>Gdzie:  <math>G_{of}</math> – ilość punktów oferty badanej  <math>G_{max}</math> – najwyższa ilość punktów spośród ważnych ofert</p> <p><b>UWAGA:</b>  Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium na podstawie deklaracji Wykonawcy wprowadzonej do Formularza oferty i dotyczącej doświadczenia projektanta w branży architektonicznej w zakresie przebudowy lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków szpitala lub zakładu opieki medycznej.  W sytuacji, gdy Wykonawca w formularzu „Oferta” nie zaznaczy X żadnej z dwóch opcji doświadczenia kierownika budowy lub/i nie uzupełni punktu „Kryterium oceny ofert – Doświadczenie kierownika budowy” otrzyma 0 pkt.</p> </p>





2. Wobec tak określonych kryteriów oceny ofert, Odwołujący kwestionuje kryterium dotyczące doświadczenia kierownika budowy (20%) wskazując w pierwszej kolejności, że podobnie jak w przypadku formułowania warunków udziału w postępowaniu, tak w przypadku formułowania kryteriów oceny ofert Zamawiający związany jest zasadą adekwatności i proporcjonalności. Co za tym idzie, również w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a **ustanowione kryteria oceny nie mogą mieć cech nadmierności, eliminując z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia**. W konsekwencji, aktualne pozostają uwagi poczynione w kontekście proporcjonalności i adekwatności formułowanych wymagań poczynione w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (pkt II uzasadnienia niniejszego odwołania), do których Odwołujący w tym miejscu w całej rozciągłości się odwołuje.
3. Zauważyć też należy, że **Zamawiający winien tak kształtować kryteria oceny ofert aby pozwoliły mu one na wybór i premiowanie takiego wykonawcy, którego oferta przedstawia konkretną przewagę, pozwalającą na ocenę, iż istotnie jest to oferta najlepsza z perspektywy warunków realizacyjnych danego zamówienia**. Nade wszystko ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny być tak sformułowane aby każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia miał możliwość **realnego konkurowania** w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. W konsekwencji, formułując kryteria oceny ofert Zamawiający winien każdorazowo wziąć pod uwagę uwarunkowania rynkowe spełnienia tak określonych kryteriów przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając, że **przy obecnej sytuacji na rynku budowlanym w Polsce i agresywnej konkurencji cenowej, pozbawienie wykonawców możliwości uzyskania maksymalnej punktacji w ramach kryteriów pozacenowych *de facto* eliminuje ich z danego postępowania**.
4. Każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia winien mieć szansę realnego konkurowania (realnego pozyskania maksymalnej liczby punktów) w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. Na ten aspekt Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę przykładowo w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1611/18), gdzie wskazane zostało, że „*określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji*”.
5. Przed przystąpieniem do oceny zasadności zastosowania przez Zamawiającego parametrów w opisie wymaganego doświadczenia kierownika budowy, warto odnotować, iż artykuł 242 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp 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** (tak wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO



777/17). Sytuacja rynkowa pokazuje w związku z tym obecnie tendencję do odstępowania od tego rodzaju kryterium o tyle, że formułowanie kryteriów tego rodzaju nie gwarantuje wcale znaczącego zwiększenia jakości realizowanego zamówienia (doświadczenie kilku osób niekoniecznie przełoży się bowiem na cały proces realizacyjny, który częstokroć jest wynikiem decyzji biznesowych wykonawcy czy inwestora), determinując natomiast ryzyko uzyskania wyższych cen w ramach Postępowania zwłaszcza przy zawyżonym i restrykcyjnym charakterze kryterium jak w przedmiotowym przypadku (oferenci dysponujący nieliczną kadrą mogącą spełniać zawyżone warunki mogą pozwolić sobie na „windowanie” ceny ofertowej). W przedmiotowym przypadku to ryzyko „windowania” cen jest o tyle realne i ma znaczący charakter, że **dla kryterium dodatkowego doświadczenia kierownika budowy przypisana została waga aż 20 %, co w ujęciu wartościowym przekładać się może na kwotę około 30 mln zł<sup>12</sup>**. Powyższe, w połączeniu z warunkami dostępowymi sformułowanymi tak względem wykonawcy, jak i względem kadry kierowniczej znacznie, w sposób nieuzasadniony, ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami.

6. Przekładając powyższe na grunt parametrów weryfikacyjnych zastosowanych przez Zamawiającego w ramach kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika budowy, Odwołujący wskazuje w konsekwencji co następuje.
- **wymóg dotyczący ilości zadań referencyjnych kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat**
7. Uwzględniając, że jak wskazywaliśmy powyżej kryteria oceny ofert winny zmierzać do wyboru takiej oferty, która istotnie posiada przewagę mogącą przełożyć się bezpośrednio na późniejszą realizację, podkreślenia wymaga, że w przypadku oceny kompetencji kierownika budowy współczynnikiem oceniającym powinna być przede wszystkim jakość posiadanego doświadczenia, która – co konsekwentnie podkreśla Odwołujący – ogniskuje się zasadniczo w czasookresie zaangażowania w realizację referencyjnej inwestycji. **O zagwarantowaniu zwiększonej jakości wykonywanych prac świadczy bowiem nie tyle fakt dysponowania kierownikiem budowy, który „ilościowo” obecny był na określonej liczbie inwestycji, ale fakt dysponowania osobą, która obecna była na takich inwestycjach przez okres gwarantujący zapoznanie się ze specyfiką tego typu realizacji.**
8. Przy obecnym kształcie kryterium oceny ofert, **wobec braku jakichkolwiek wymagań co do czasookresu zaangażowania w referencyjne inwestycje, Zamawiający zrównałby w ramach punktacji doświadczenie osoby obecnej na placu budowy dosłownie przez kilka dni, z osobami nadzorującymi prace przez kilka miesięcy czy nawet kilka lat.** Byłoby to działaniem dyskryminującym i naruszającym uczciwą konkurencję. Nie ulega bowiem wątpliwości, że im dłuższa obecność na danej inwestycji, tym w sposób dogłębniejszy zapoznać można się ze specyfiką danego kontraktu – uczestnicząc w realizacji jedynie kilku dni, tygodni czy nawet miesięcy dana osoba może realnie nie odpowiadać za żaden kluczowy zakres realizacji, który mógłby stanowić

<sup>12</sup> Symulacja kosztów przy założeniu złożenia oferty przez wykonawcę X o wartości 100 mln zł i uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium dotyczącym kierownika budowy. Spółka bez punktów w kryterium dot. doświadczenia kierownika budowy aby uzyskać sumarycznie taką samą liczbę punktów musiałaby wówczas zaoferować cenę ofertową na poziomie 66.666.666,67 zł.



nośnik jej wiedzy i doświadczenia możliwy do wykorzystania w przyszłości. **Co za tym idzie, zastosowana winna być taka gradacja punktacji, która tą zmienną w postaci długości zaangażowania w daną inwestycję będzie uwzględniała.**

9. Oderwanie się przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert od parametru czasowego zaangażowania kierownika budowy w realizację danego rodzaju na rzecz „ilości” referencyjnych inwestycji dziwi tym bardziej, że w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający akcentował konieczność posiadania przez kierownika budowy doświadczenia w realizacji inwestycji przez cały czas jej trwania. Paradoksalnie, wbrew zasadą ustawowym, warunki udziału w postępowaniu zdefiniowane przez Zamawiającego w aspekcie czasookresu zaangażowania kierownika budowy w daną realizację są więc bardziej restrykcyjne niż kryteria oceny ofert, determinując jakość posiadanego doświadczenia, która nie jest realnie weryfikowana w ramach obecnego brzmienia kryterium oceny ofert.
10. Poprzez narzuconą przez Zamawiającego treść kryteriów, premiowani są wykonawcy, którzy korzystają z kierowników budowy nabywających doświadczenie w niewielkim zakresie czasowym bądź też posiadających doświadczenie na wielu stosunkowo niewielkich inwestycjach (z uwagi również na brak jakichkolwiek wymogów co do wartości referencyjnych inwestycji), bądź też pełniący tę funkcję równolegle nie nabywając realnego doświadczenia bądź nabywając je jedynie formalnie poprzez dokonywanie wpisów w dzienniku budowy. Wadliwość takiej konstrukcji kryterium przedstawia poniższa symulacja, obrazująca, że z postępowania wyeliminowani byłiby doświadczeni kierownicy budowy dający rękojmię należytego wykonania inwestycji:

	Referencyjne inwestycje	Sumaryczne doświadczenie	Liczba punktów
Kierownik 1	3 inwestycje po 18 m-cy	54 m-ce	0 pkt
Kierownik 2	5 inwestycji po 6 m-cy	30 m-cy	10 pkt
Kierownik 3	10 inwestycji po 5 m-cy	50 m-cy	20 pkt
Kierownik 4	11 inwestycji po 1 m-c	11 m-cy	20 pkt

11. Ukształtowanie kryteriów oceny ofert w oparciu o „ilość” a nie jakość (wyrażającą się chociażby przez długość zaangażowania w ramach danej realizacji) doświadczenia posiadanego przez kierownika budowy jest tym bardziej niezasadne jeśli uwzględnić, że Zamawiający dokonał równolegle ograniczenia nabywanego doświadczenia do okresu ostatnich 10 lat przed datą składania ofert. Jakkolwiek Odwołujący zakłada, iż Zamawiającemu chodziło w tym zakresie o pozyskanie osób relatywnie aktywnych zawodowo i nie neguje tego parametru, to zwraca uwagę, że nabycie realnego (poprzez pełnienie funkcji w reprezentatywnym okresie czasu) doświadczenia kierownika budowy na 10 lub więcej inwestycjach jest *de facto* oczekiwaniem nierealnym, oderwanym od uwarunkowań rynku.
12. Z doświadczenia posiadanego przez Odwołującego, który koncentruje się na realizacjach o znacznej skali i poziomie skomplikowania, wynika, że realizacja obiektów użyteczności publicznej **niejednokrotnie** wymaga zaangażowania w skali nawet kilku lat. Powyższe determinuje, **że**



**kierownicy budowy, którzy prowadziliby tego typu realizacje od początku do końca, nie mieliby możliwości „zmieszczenia” w okresie 10 letnim liczby inwestycji w takiej ilości, która gwarantowałaby możliwość uzyskania liczby punktów reprezentatywnej względem ich kompetencji.**

13. Z powyższego wydaje się zdawać zresztą sprawę sam Zamawiający, który ponownie w sposób niekonsekwentny podchodzi do definiowania wymagań względem poszczególnych członków kadry dedykowanej do realizacji zamówienia. W przypadku doświadczenia projektanta branży architektonicznej Zamawiający zakłada bowiem punktowanie maksymalnie 6 inwestycji w okresie ostatnich 10 lat przed datą składania ofert. Uwzględniając powyższe, a także okoliczność, że faza projektowania zasadniczo trwa zdecydowanie krócej niż faza wykonawstwa, **ilość inwestycji wymagana od kierownika budowy winna być proporcjonalnie mniejsza niż w przypadku projektanta, nie zaś blisko dwukrotnie wyższa jak założył to Zamawiający.**
14. Reasumując, Odwołujący wnosi o urealnienie treści kryterium oceny ofert w tym zakresie poprzez zmniejszenie liczby referencyjnych inwestycji kierownika budowy (maksymalnie do 3 dodatkowych ponad warunki udziału w postępowaniu jako liczby zachowującej proporcję względem wymagań dotyczących projektanta) w sposób dopuszczający i premiujący osoby zaangażowane w daną realizację w pełnym jej zakresie.
- **ograniczenie referencyjnego doświadczenia wyłącznie do budynków szpitalnych i opieki medycznej**
15. Zamawiający definiując wymagania dotyczące przedmiotu referencyjnego doświadczenia kierownika budowy ograniczył zakres referencyjnych inwestycji wyłącznie do inwestycji szpitalnych. Zdaniem Odwołującego ma to o tyle nieuzasadniony charakter, że **inwestycje szpitalne pod względem konstrukcyjnym nie różnią się w żaden sposób od wykonywania prac konstrukcyjnych w ramach innych obiektów użyteczności publicznej.** Cechą charakterystyczną inwestycji szpitalnych jest jedynie konieczność wykonania szeregu prac instalacyjnych o dużo większym poziomie skomplikowania niż w typowym budynku kubaturowym – inwestycje tego rodzaju wymagają wielu rozwiązań instalacyjnych o ściśle określonych charakterystykach i rygorze wykonania, które stanowią znaczny udział rzeczowy i finansowy w ramach realizowanej inwestycji (przykładowo konieczność wykonania instalacji gazów medycznych; konieczność wykonania instalacji klimatyzacji i wentylacji gwarantujących dostęp do odpowiedniej klasy czystości powietrza). **Za ten zakres prac odpowiadają jednak kierownicy robót branżowych (kierownik robót sanitarnych oraz kierownik robót elektrycznych), którzy w ramach przedmiotowego postępowania podlegają ścisłej i rozbudowanej weryfikacji przez Zamawiającego w ramach postawionych warunków udziału w postępowaniu.**
16. Potwierdzeniem powyższej tezy jest chociażby analiza treści Wydawnictwa SEKOCENBUD, zawierającego bogaty wybór cen i wskaźników, przeznaczonych do sporządzania wszelkiego typu kalkulacji, opracowań i analiz, powszechnie stosowanego w ramach realizacji inwestycji budowlanych. W ramach rzeczowego publikatora dla obiektu PKOB 1264 „Pawilon szpitalny wojewódzkiego szpitala zespólnego” (PKOB 1264-101) udział robót „instalacje i urządzenia



techniczne” wynosi 33,5 % ceny całego obiektu. Natomiast dla obiektu znajdującego się w tej samej grupie obiektów wg. PKOB „Budynek dydaktyczny szkolnictwa wyższego” (PKOB 1263-201) udział robót „Instalacje i urządzenia techniczne” wynosi już 22,8% ceny całego obiektu. **Powyższe wskazuje więc, że obiekty szpitalne charakteryzują się co najwyżej większym skomplikowaniem prac z zakresu instalacji sanitarnych i elektrycznych, nie różniąc się natomiast i nie wykazując większego poziomu skomplikowania w zakresie prac konstrukcyjnych, objętych specjalnością osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.**

17. Realizacja każdego z budynków użyteczności publicznej cechuje się analogicznymi wymaganiami administracyjnymi, technicznymi i prawnymi, a obiekty szpitalne nie charakteryzują się w tych zakresach żadnymi odrębnościami, które uzasadniałyby zastosowane przez Zamawiającego ograniczenie. Mówiąc obrazowo, bez względu na to czy obiekt przeznaczony jest wyłącznie dla celów medycznych czy też nie, buduje się go w sposób analogiczny do innych budynków użyteczności publicznej. Innymi słowy, na każdym budynku użyteczności publicznej pod kątem budowlanym nabywa się analogiczne kompetencje, które wykorzystane mogą zostać podczas takiej realizacji jak budowa czy przebudowa obiektów szpitalnych.
18. Odwołujący zwraca jednocześnie ponownie uwagę na niekonsekwencję w działaniach Zamawiającego, który w przypadku kryterium dotyczącego doświadczenia projektanta, nie ograniczył premiowanego doświadczenia wyłącznie do obiektów szpitalnych, dopuszczając legitymowanie się wykonaniem wielobranżowej dokumentacji projektowej bez względu na rodzaj projektowanego obiektu. **Obrazuje to, że sam Zamawiający nie dostrzega aby nośnikiem zwiększonych kompetencji miało być doświadczenie dotyczące konkretnego typu obiektów kubaturowych.** Ponownie zachowując jednak proporcjonalność i przejrzystość w ramach postępowania wymagania względem projektanta i kierownika budowy winny być względem siebie symetryczne, co wymaga stosownej korekty treści SWZ.
19. Zdaniem Odwołującego o zwiększonej jakości doświadczenia nabywanego przez kierownika budowy świadczy nie tyle rodzaj obiektu co jego skala reprezentowana poprzez powierzchnię czy wartość obiektu. W przedmiotowym przypadku Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert dopuścił legitymowanie się realizacjami o niewielkiej skali i wartości, dyskwalifikując znaczące obiekty kubaturowe przeznaczone dla użyteczności publicznej. Ponownie Zamawiający zadziałał w tym zakresie w sposób niekonsekwentny i nieproporcjonalny o tyle, że zmniejszył oczekiwania co do jakości referencyjnego obiektu względem warunków udziału w postępowaniu, które z założenia winny być mniej dolegliwe.
20. Reasumując, Odwołujący wnosi o modyfikację treści kryterium oceny ofert w tym zakresie poprzez rozszerzenie referencyjnych obiektów, którymi mogłyby legitymować się kierownik budowy i dopuszczenie możliwości posłużenia się wszelkimi obiektami użyteczności publicznej. Odwołujący podnosi jednocześnie w tym kontekście zasadność weryfikacji doświadczenia kierownika budowy na obiektach o reprezentatywnej skali i wartości, determinujących realne zwiększenie jakości świadczenia.





21. W ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy Zamawiający ustanowił też wymóg aby w ramach realizacji punktowanych (dla uzyskania maksymalnej liczby punktów 10 (!)) inwestycji, obiekt pozostawał w czynnej eksploatacji przez użytkownika. Tak zdefiniowane wymaganie z jednej strony jest niespójnym względem pozostałej części treści kryterium oceny ofert, z drugiej zaś stanowi wymóg nieadekwatny dla zabezpieczenia zwiększonej jakości świadczenia w ramach przedmiotowej inwestycji.
22. Niespójność wymagań Zamawiającego w tym zakresie wynika z faktu, że Zamawiający jednocześnie dopuścił możliwość legitymowania się budową budynku szpitala bądź zakładu opieki medycznej, która zakłada też możliwość wzniesienia obiektu od podstaw. Dopuszczenie możliwości legitymowania się budową obiektu w rozumieniu jego wzniesienia od podstaw przy jednoczesnym wymogu prac na czynnym obiekcie miałyby w konsekwencji w istocie iluzoryczny charakter. Wznoszenie nowego obiektu nie wiąże się bowiem co do zasady z ingerencją w inne istniejące już i użytkowane części budynku.
23. Po drugie, nieadekwatność wymagania w tym zakresie wynika z zakresu przedmiotowej realizacji, która co do zasady nie zakłada znacznych ingerencji w istniejący obiekt. Analiza założeń zdefiniowanych w PFU prowadzi do wniosku, że budowa budynku będącego przedmiotem niniejszego zamówienia jest w zasadzie niezależna od istniejącego obiektu. Nowy budynek realizowany w ramach niniejszego zamówienia będzie stanowił element „dobudowany” do istniejącego obiektu, połączony z nim łącznikiem. Założenia PFU nie zakładają natomiast innych ingerencji w strukturę istniejącego obiektu, co obrazuje poniższa wizualizacja pochodząca z treści PFU (przedmiot niniejszego postępowania to biały kwadratowy obiekt na pierwszym planie rysunku):



24. Przedmiot zamówienia nie uzasadnia więc kładzenia nacisku i premiowania inwestycji wykonywanych wyłącznie na czynnym obiekcie. Omawiany łącznik oraz dobudowany do istniejącego budynku fragment, do którego łącznik ten będzie prowadził (również widoczne na powyższej wizualizacji) stanowi niewielki wycinek prac, które nie wymagają szczególnych reżimów w



odróżnieniu od klasycznej sytuacji modernizacji szpitali czy innych obiektów użyteczności publicznej przy jednoczesnej konieczności korzystania z tego samego budynku przez poszczególne osoby.

25. Reasumując Odwołujący wnosi o modyfikację treści kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy poprzez wykreślenie wymogu prowadzenia prac na czynnym obiekcie.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści pkt 18.1 SWZ w zakresie dotyczącym kryterium doświadczenia kierownika budowy poprzez: (i) zmniejszenie liczby premiowanych referencyjnych inwestycji do maksymalnie 3 dodatkowych ponad warunek udziału w postępowaniu, (ii) rozszerzenie rodzaju obiektów mogących być przedmiotem referencyjnego doświadczenia z uwzględnieniem wszelkich budynków użyteczności publicznej oraz (iii) usunięcie wymogu prac na czynnym obiekcie.**

**Uwzględniając treść warunku udziału w postępowaniu i zachowując względem niego konsekwencję, biorąc też pod uwagę okoliczność, że o zwiększonej jakości świadczenia decyduje w większym stopniu czasookres zaangażowania w daną realizację, jej skala i wartość, Odwołujący wnosi w konsekwencji o nadanie treści pkt 18.1. SWZ przykładowo następującej treści:**

*Doświadczenie kierownika budowy w ostatnich 10 latach:*

- *pełnienie funkcji kierownika budowy przez min. 12 m-cy na min. jednym zadaniu polegającym na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków użyteczności publicznej o wartości min. 40 mln zł – 5 pkt,*
- *pełnienie funkcji kierownika budowy przez min. 12 m-cy na min. dwóch zadaniach polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków użyteczności publicznej o wartości min. 40 mln zł – 10 pkt*
- *pełnienie funkcji kierownika budowy przez min. 12 m-cy na trzech i więcej zadaniach polegających na przebudowie lub/i modernizacji lub/i budowie lub/i nadbudowie lub/i rozbudowie budynku/ budynków użyteczności publicznej o wartości min. 40 mln zł – 20 pkt*

*Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium na podstawie deklaracji Wykonawcy wprowadzonej do Formularza oferty i dotyczącej doświadczenia kierownika budowy. Punktowane będą inwestycje ponad inwestycje wskazane celem wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika budowy.*

## **II.5 Zarzut dotyczący warunku posiadania polisy ubezpieczeniowej (zarzut nr 13)**

1. Zamawiający w ramach pkt 5 ppkt 5.1.3 lit. b) SWZ sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a związany z posiadaniem przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej:

*„posiada opłaconą polisę ubezpieczeniową OC, a w przypadku jej braku inny dokument, potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną na jedno i*



*wszystkie zdarzenia nie mniejszą niż 30 000 000,00 PLN. Polisa powinna potwierdzać ochronę ubezpieczeniową Wykonawcy do wysokości sumy gwarancyjnej z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe. **Zamawiający wyraża zgodę na udział własny (franszyzę) nie wyższy niż 10.000,00 PLN dla szkód rzeczowych i nie wyraża zgody na udział własny (franszyzę) dla szkód osobowych.** Jeżeli suma ubezpieczenia wyrażona jest w innej walucie, dla potrzeb sprawdzenia spełniania warunku, podana wartość zostanie przeliczona według kursu średniego NBP obowiązującego na dzień ogłoszenia zamówienia”.*

2. W ramach cytowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający przewidział, że wykonawcy zainteresowani udziałem w przedmiotowym Postępowaniu powinni wykazać, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, przy czym:
  - suma gwarancyjna zawartej umowy ubezpieczenia powinna wynosić nie mniej niż 30 000 000,00 PLN,
  - polisa ma potwierdzać ochronę ubezpieczeniową do wysokości sumy gwarancyjnej z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe,
  - udział własny (franszyza) ma być nie wyższa niż 10.000,00 PLN dla szkód rzeczowych,
  - polisa nie może uwzględniać udziału własnego dla szkód osobowych.
3. W ocenie Odwołującego **elementy opisane w tiret trzeci i czwarty powyżej są zbędnymi, nadmiernymi i nieproporcjonalnymi wymaganiami na tym etapie Postępowania**, generującymi ryzyko wyeliminowania z Postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, posiadających wystarczający potencjał ekonomiczny. Pozostawienie omawianego warunku udziału w Postępowaniu bez zmian, w formie zaproponowanej przez Zamawiającego, spowoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem wskazane elementy w żaden sposób nie obrazują rzeczywistej i faktycznej zdolności ekonomicznej wykonawcy.
4. Warto w tym miejscu podkreślić, że pod pojęciem zdolności ekonomicznej i finansowej kryje się wiele okoliczności w różnym stopniu wpływających na status wykonawcy. Z perspektywy publicznego zamawiającego kluczowe znaczenie powinna jednak mieć możliwość ustalenia, czy wykonawca spłaca wszystkie zobowiązania finansowe, czy posiada płynność finansową, ciągłość pracy nie jest w żaden sposób zagrożona, a także to, jak dużym i jak różnorodnym portfelem zamówień dysponuje. W dużym skrócie i uproszczeniu chodzi więc o to, by wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia, na co wskazywała również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2444/17): „*Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia*”.
5. Dodatkowo, zgodnie z zachowującym aktualność stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowanym w wyroku z dnia 19 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1626/16, KIO 1632/16 oraz KIO 1636/16) „*Ubezpieczenie w zamówieniach publicznych spełnia dwojaką rolę. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest elementem kondycji ekonomicznej lub finansowej*



*wykonawcy (art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp) ocenianym przez zamawiającego w toku badania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Natomiast na etapie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarcie umowy ubezpieczenia ma znaczenie dla uzyskania przez zamawiającego rekompensaty w razie niewywiązania się wykonawcy ze swoich zobowiązań umownych. Jest zatem prawem zamawiającego wymagać już od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia w wysokości proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia.*

6. Przyjmuje się więc, że jeśli zamawiający żąda od wykonawcy wykazania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, musi jednocześnie przestrzegać przepisów art. 16 oraz 112 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. musi prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także określić 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.
7. Zobowiązaniem Zamawiającego jest więc uwzględnienie celu, jakiemu mają służyć określone w konkretny sposób warunki udziału w postępowaniu, przy czym celem nadrzędnym jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który będąc zdolnym do poniesienia określonych kosztów pozyskania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz posiadając zdolność do ubezpieczenia własnej działalności na określoną sumę gwarancyjną, znajduje się w sytuacji ekonomicznej pozwalającej na uznanie, że daje jednocześnie rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. **Aby móc ocenić omawiane kwestie, kluczowe jest ustalenie wysokości sumy gwarancyjnej na odpowiednio wysokim poziomie, adekwatnym do przedmiotu zamówienia i proporcjonalnym w odniesieniu do niego.** To od wysokości sumy gwarancyjnej uzależniona jest wysokość składki ubezpieczeniowej, która ma znaczenie w kontekście ustalenia występowania stanu uczciwej konkurencji oraz przesądzenia, czy zamawiający nie nadużywa swojej pozycji dominującej określając warunki udziału w postępowaniu na niewspółmiernie nieproporcjonalnym poziomie, ograniczając tym samym dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia. Kluczowe jest bowiem, że warunki dostępowe należy formułować w sposób umożliwiający wybór wykonawcy, którego sytuacja ekonomiczna i finansowa zapewnia prawidłowe wykonanie umowy, **a sytuację tę może odzwierciedlać między innymi wysokość sumy gwarancyjnej, a tak naprawdę kwota składki wyznaczająca poziom potencjału finansowego.**
8. Zamawiający, poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób uwzględniający, poza konkretną wartością sumy gwarancyjnej stanowiącą raczej typową treść, również elementy wymienione w ramach tiret trzeci i czwarty powyżej (potwierdzenie udziału własnego nie wyższego niż 10.000,00 PLN dla szkód rzeczowych i zakaz udziału własnego dla szkód osobowych), **decyduje się na ocenę w ramach Postępowania elementów nie mających wpływu na ocenę potencjału ekonomicznego wykonawcy.**



9. **Należy więc przypomnieć, że celem żądania polisy jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, co może mieć miejsce dopiero na etapie realizacji przedmiotu umowy w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Szczegółowe wymagania co do treści polisy i konkretnego jej brzmienia, dostosowanego do potrzeb zamawiającego i przedmiotu zamówienia, przeniesiona jest więc na etap realizacji zamówienia.**
10. **Elementy nie wpływające na ocenę potencjału ekonomicznego nie powinny być weryfikowane na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, generując potrzebę przygotowywania polisy dostosowanej do brzmienia wymagań jednostkowej treści SWZ. Polisa przedkładana na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest polisą generalną, stanowiącą ubezpieczenie kompleksowej działalności wykonawcy.**
11. W kontekście niezasadności weryfikowania przez Zamawiającego omawianych elementów z treści polisy OC, Odwołujący w sposób szczególny zwraca uwagę na określony przez Zamawiającego poziom franszyzy, stanowiącej udział własny wykonawcy. Określenie przez Zamawiającego wymagania w tym zakresie **na poziomie zaledwie 10.000,00 zł, stanowi nieuzasadnioną eliminację dużych organizacji.** Należy bowiem podkreślić, że poziom franszyzy określa do jakiego poziomu szkody pokrywane są bezpośrednio przez ubezpieczonego, nie zaś przez ubezpieczyciela. Paradoksalnie więc, **im wyższy poziom franszyzy tym o większym potencjale ekonomicznym wykonawcy on świadczy – duże organizacje posiadają bowiem zasoby do bezpośredniego pokrywania szkód do większych wartości.** W przypadku dużych organizacji ubezpieczyciele narzucają zresztą wyższe poziomy wkładu własnego (franszyzy), tak aby nie ponosić nadmiernych kosztów likwidacji szkód, które potencjalnie mogą wystąpić częściej z uwagi na skalę działalności takich podmiotów. W zamian ubezpieczyciele zapewniają szerszy zakres ochrony, którego uzyskanie nie byłoby możliwe przy zachowaniu niskich udziałów własnych. **Wymóg posiadania niskiej franszyzy w polisie OC działalności gospodarczej naraża dużych wykonawców na nieuzasadnione koszty dodatkowe i ryzyko ograniczenia przez ubezpieczyciela oferowanego zakresu ochrony.**
12. Niezależnie, Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z §8 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „Rozporządzenie”):

*„w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...)*

*4) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.”*

13. Z treści przytaczanego paragrafu wynika więc, że sam ustawodawca elementu weryfikacyjnego co do potencjału ekonomicznego wykonawcy upatruje **w określonej polisie sumie ubezpieczenia**, determinującej wysokość składki, którą wykonawca zobowiązany byłby opłacać, a





która świadczyłaby o określonym poziomie jego potencjału. Tym samym takie ukształtowanie treści warunku przez Zamawiającego nie ma merytorycznego uzasadnienia, a jednocześnie może w sposób nieuzasadniony wyeliminować z udziału w Postępowaniu wykonawców będących większymi organizacjami (o większym potencjale ekonomicznym) i dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie postanowieniom pkt 5 ppkt 5.1.3 lit. b) SWZ następującego brzmienia:**

*„posiada opłaconą polisę ubezpieczeniową OC, a w przypadku jej braku inny dokument, potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną na jedno i wszystkie zdarzenia nie mniejszą niż 30 000 000,00 PLN. Polisa powinna potwierdzać ochronę ubezpieczeniową Wykonawcy do wysokości sumy gwarancyjnej z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe. Zamawiający wyraża zgodę na udział własny (franszyzę) nie wyższy niż 10.000,00 PLN dla szkód rzeczowych i nie wyraża zgody na udział własny (franszyzę) dla szkód osobowych. Jeżeli suma ubezpieczenia wyrażona jest w innej walucie, dla potrzeb sprawdzenia spełniania warunku, podana wartość zostanie przeliczona według kursu średniego NBP obowiązującego na dzień ogłoszenia zamówienia”.*

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.**

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.