



Warszawa, dnia 07 listopada 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:

MIRBUD S.A.

ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice

NIP: 8361702207, KRS 0000270385

zastępowana przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, r.pr. Żaklina Ossowska

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

tel. 664118801, e-mail: zossowska@kzp.net.pl

Zamawiający:

Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie

ul. Kanonicza 25, 31-002 Kraków

NIP: 6761011948, REGON 003871913

osoby do kontaktu:

Urszula Giza, Angelika Szweduk

Biuro Zamówień Publicznych UPJPII

ul. Bernardyńska 3, 31-069 Kraków

E-mail: zp@upjp2.edu.pl

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym
w trybie przetargu nieograniczonego w pn.: „*Budowa budynku dydaktycznego wraz z
garażem podziemnym polegająca na rozbudowie i przebudowie budynku biblioteki
Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie*”, numer referencyjny: ZP.240.22 – 32
(dalej: „**Postępowanie**”)

Upzejmie prosimy o nie wyznaczanie terminu posiedzenia na dzień 02 grudnia 2022 r.
W tym dniu wszyscy pracownicy i współpracownicy Kancelarii Ziemiński & Partnerzy będą
na wyjazdowym szkoleniu (w Katowicach). Będziemy szalenie wdzięczni, jeżeli Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej zechce uwzględnić naszą prośbę przy wyznaczaniu terminów
posiedzeń. Z góry serdecznie dziękujemy za zrozumienie.

I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy MIRBUD SA z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „**Odwołujący**”), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

II. Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku dydaktycznego wraz z garażem podziemnym polegająca na rozbudowie i przebudowie budynku biblioteki Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie wraz z przebudową parkingu oraz budową nowej infrastruktury w zakresie układu placów i dróg wewnętrznych, w tym drogi pożarowej, sieci wewnętrznych.

Planowana inwestycja znajduje się w Krakowie przy ul. Michała Bobrzyńskiego, na działkach: nr 35/8, 37/7, 38/3, 39, 40, 62/7, 105/3, 50/2, 57/1, 57/4 jedn. ewid. Podgórze, w funkcjonalnym centrum miasta, w sąsiedztwie głównych arterii komunikacyjnych, na terenie kompleksu UP JP II w Krakowie.

Zamawiający przewiduje realizację budowy w 2 etapach (Etap I i Etap II).

Zamawiający wprowadził następującą regulację dot. prawa opcji: wykonanie przedmiotu umowy w zakresie Etapu II, objęte jest prawem opcji, co oznacza, że wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na następujących zasadach:

- a) gwarantowany zakres przedmiotu Umowy, który zostanie wykonany przez Wykonawcę obejmuje Etap I; Etap I obejmuje swym zakresem wykonanie stanu surowego zamkniętego wraz z przebudową przyłączy i instalacji.

- b) najpóźniej w terminie 3 miesięcy przed umownym terminem zakończenia realizacji Etapu I, Zamawiający może wykonać prawo opcji; Etap II obejmuje swym zakresem prace wykończeniowe budynku wraz z wykonaniem robót instalacji elektrycznej, teletechnicznej i sanitarnej oraz zagospodarowaniem terenu.
- Zamawiający zleci Wykonawcy wykonanie prawa opcji na piśmie realizację Etapu II. Jeżeli Zamawiający nie wykona prawa opcji w tym terminie, Strony przyjmują, że jako przedmiot umowy należy traktować Etap I.
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 października 2022 r. pod numerem 2022/S 209-593059. Ogłoszenie jest dostępne na stronie: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:593059-2022:TEXT:PL:HTML>.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.).
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 28 października 2022 r., w którym Wykonawca zapoznał się w publikacją ogłoszenia i odnośną specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 07 listopada 2022 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.
- VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:
1. sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia wykonawcy, w sposób nieproporcjonalny i wygórowany,
 2. sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia kierownika budowy, w sposób nieproporcjonalny i wygórowany,
 3. sformułowaniu terminu realizacji zamówienia dla Etapu I w sposób nierealny, i nie uwzględniający specyfiki przedmiotu zamówienia,
 4. sformułowanie warunków realizacji zamówienia z rażącym naruszeniem zasady równowagi stron stosunku prawnego,

5. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w Postępowaniu.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania::

1. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się „realizacją na kwotę: min. 60.000.000 zł brutto”, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wygórowaną wartość referencyjnej roboty budowlanej, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,
2. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się budową ściśle zdefiniowanego przez Zamawiającego „budynku użyteczności publicznej”, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na zbyt wąską definicję budynku użyteczności publicznej, która w bezpodstawnym sposób wyklucza obiekty handlowe oraz sportowe przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,
3. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie kierownika budowy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się kierowaniem/nadzorowaniem robót budowlanych, w których zakres wchodzi zarówno realizacja robót w technologii TBW, jak i realizacja robót w technologii palowania

fundamentów/ścian szczelinowych, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, gdyż tak sformułowany warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, z uwagi na możliwość należytej realizacji przedmiotowego zamówienia jeżeli specjalista ma doświadczenie w kierowaniu/nadzorowaniu robót realizowanych w technologii TBW lub w technologii palowania fundamentów/ścian szczelinowych, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;

4. **art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 17 pkt 1 i 2 ustawy Pzp a także art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie w ust. 7 SWZ terminu realizacji zamówienia „Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy, w tym: Etap I: do 9 miesięcy od daty podpisania umowy (...)”, który to termin przy uwzględnieniu zakresu zamówienia, a następnie terminów dostaw oraz technologii prowadzenia robót jest terminem nierealnym i zbyt krótkim w stosunku do zakresu robót i świadczeń, które ma wykonać wykonawca, co narusza równowagę stron umowy,
5. **art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2022.1360 t.j. z dnia 2022.06.29; dalej „KC”), art. 3531 KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez przygotowanie i prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności oraz współdziałania stron - a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób zapewniający najlepszą jakość robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, wobec sformułowania niżej przytoczonych postanowień umownych w sposób wykorzystujący pozycję dominującą organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współdziałania, równoważenia interesów stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zasad współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego:

5.1. „§5

Do obowiązków Wykonawcy należy:

22. Wykonawca zobowiązuje się **do zatrudnienia (przez siebie lub przez podwykonawcę) w oparciu o umowę o pracę** w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, **osób wykonujących czynności polegające na wykonaniu:** robót ziemnych, robót wyburzeniowych, robót demontażowych, robót brukarskich, prac ogrodniczych, robót murarskich, robót tynkarskich, robót żelbetowych, robót drogowych, montażu ślusarki wewnętrznej i zewnętrznej, robót wykończeniowych, robót dociepleniowych i elewacyjnych, układaniu kabli elektrycznych i teletechnicznych, montażu instalacji sanitarnych; wentylacji, klimatyzacji wraz z urządzeniami, montażu instalacji wod.-kan. wraz z urządzeniami, montażu instalacji c.o. wraz z urządzeniami, montażu instalacji, osprzętu i urządzeń elektrycznych w tym dźwigowych, montażu instalacji słaboprądowych – objętych przedmiotem Umowy”

– poprzez zbyt szerokie określenie katalogu osób, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę, co skutkuje faktycznym obowiązkiem zatrudnienia niemalże wszystkich osób wykonujących roboty budowlane na podstawie umowy o pracę;

5.2. „§ 6

4. Umowa pomiędzy Wykonawcą, a Podwykonawcą nie może pozostawać w sprzeczności z postanowieniami niniejszej Umowy a w szczególności: (...) 3) **termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy** nie może być dłuższy niż **13 dni** od daty otrzymania faktury przez Wykonawcę ze względu na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu dokumentu określonego w ust. 21”

oraz

„§ 6

9. Zamawiający zgłosi w terminie określonym w ust. 8 w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w szczególności w następujących przypadkach: (...) 4) określenia **terminu zapłaty wynagrodzenia** dłuższego niż **13 dni** od doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku za wykonane roboty budowlane”

oraz

„§ 6

15. Wykonawca, Podwykonawca, lub dalszy Podwykonawca przedmiotu niniejszej Umowy na roboty budowlane, przedkłada Zamawiającemu oraz Wykonawcy poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5 % wartości Umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany w SWZ jako niepodlegający temu obowiązkowi, przy czym wyłączenie nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Jeżeli **termin zapłaty wynagrodzenia**, określony w umowie o podwykonawstwo, jest dłuższy niż **13 dni** Zamawiający informuje o tym Wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej”

oraz

„§ 6

16. Wykonawca ma obowiązek doprowadzenia do zmiany umowy o podwykonawstwo w przypadku określonym w ust. 13 oraz na wezwanie Zamawiającego w przypadku przedłożenia umowy o podwykonawstwo, o której mowa w ust. 15, zawierającej **termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 13 dni** od dnia doręczenia faktury lub rachunku. Wykonawca nie może powierzyć Podwykonawcy realizacji przedmiotu umowy o podwykonawstwo w przypadku braku jej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego”

– poprzez zbyt krótkie określenie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, co stanowi zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu potencjalnego kwartalnego rozliczenia robót budowlanych przez Zamawiającego;

5.3. „§ 6

8. Projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, będzie uważany za zaakceptowany przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający **w terminie 30 dni** od dnia przedłożenia mu projektu nie zgłosi na piśmie zastrzeżeń. Za dzień przedłożenia projektu przez Wykonawcę uznaje się

dzień przedłożenia projektu w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), na zasadach określonych w ust. 7”

– poprzez zbyt długie określenie terminu akceptacji projektu/wnoszenia zastrzeżeń, co w sposób nadmierny i zbędny przedłuża termin realizacji zamówienia, który i tak jest nadmiernie krótki;

5.4. „§ 6

21. Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wraz z okresowym rozliczeniem należnego mu wynagrodzenia oświadczenia Podwykonawców lub dowody* dotyczące zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom za ten okres. (...)

W przypadku wystąpienia jakichkolwiek potrąceń pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą oświadczenie powinno zawierać informację o akceptacji dokonanego potrącenia. Oświadczenie winno być podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji podwykonawcy na zewnątrz. Jeżeli oświadczenie będzie podpisane przez pełnomocnika wraz z oświadczeniem należy przedłożyć pełnomocnictwo (oryginał lub uwierzytelniona kopia pełnomocnictwa). Wzór oświadczenia Podwykonawcy stanowi załącznik nr 3 do niniejszej Umowy”

– poprzez zbyt dużą ingerencję w swobodne ukształtowanie umowy wykonawcy z podwykonawcą, co nie jest uzasadnione w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp uznają, że dostatecznym środkiem zabezpieczającym jest ograniczenie możliwości potrącenia do wzajemnych wierzytelności z tego samego stosunku prawnego;

5.5. „§ 7

3. Strony ustalają, że **rozliczenie Wykonawcy** za przedmiot Umowy, będzie się odbywało **fakturami przejściowymi (kwartalnymi, przy czym przez „kwartał” należy rozumieć kwartał kalendarzowy)**, z zastrzeżeniem, że pierwsze rozliczenie nastąpi po zakończeniu pierwszego pełnego kwartału następującego po dniu zawarcia niniejszej Umowy. Rozliczenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym będzie następować na podstawie podpisanych przez Kierownika budowy i upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego, protokołów odbioru wykonanych elementów robót spisanych w ostatnim dniu roboczym każdego kwartału (z wyjątkiem czwartego kwartału, w którym protokół wykonanych elementów robót zostanie spisany wg stanu na dzień 16 grudnia), zgodnie z

Harmonogramem. W przypadku, gdy ostatnim dniem roboczym kwartału jest sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy, to dniem odbioru robót jest dzień poprzedzający. W każdym z protokołów odbioru winien być określony kwotowy udział robót, dostaw lub usług wykonanych przez Podwykonawcę/ów w odbieranym zakresie prac. Zapłata nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonanych robót, dostaw lub usług, które zostało określone w niniejszej Umowie”

– poprzez zbyt rzadkie określenie terminu zapłaty wynagrodzenia częściowego wykonawcy, co stanowi zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu potencjalnego 13-sto dniowego rozliczenia robót budowlanych z podwykonawcą;

5.6. „§ 7

1. Wykonawca wnosi na zasadach określonych w przepisach Prawa zamówień publicznych zabezpieczenie należytego wykonania Umowy (dalej jako „Zabezpieczenie”) w kwocie.....zł (słownie:), co stanowi **5% ceny całkowitej podanej w ofercie.**

2. W przypadku, gdy Zamawiający nie skorzysta z Prawa Opcji, o którym mowa w § 2 ust. 4 niniejszej Umowy w terminie tam wskazanym, z dniem upływu tego terminu Zabezpieczenie ulegnie ograniczeniu(zwolnieniu)do wysokościzł (słownie:), **co stanowi 5 % podanej w ofercie ceny za wykonanie Etapu I**, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy. Ograniczenie (zwolnienie) Zabezpieczenia nastąpi w sposób właściwy dla formy, w jakiej zostało ono udzielone”

– poprzez żądanie zbyt wysokich kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które nie koresponduje ze zleconym zakresem prac, ani też nie zostało podane uzasadnienie dla odstąpienia – w ramach wyjątku – od maksymalnego progu 5%, co stanowi nielegalne żądanie i zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu preferowanych przez Zamawiającego warunków płatności wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy;

5.7. „§ 12

3. Wykonawca (Kierownik budowy) zgłosi Zamawiającemu pisemnie **gotowość do odbioru końcowego** (wpisem do dziennika budowy oraz odrębnym pismem złożonym w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), **co najmniej na 35 dni przed terminem określonym w §3 ust. 2**. Potwierdzenie tego zgłoszenia lub brak ustosunkowania się przez Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od daty dokonania zgłoszenia oznaczać będzie osiągnięcie przez Wykonawcę gotowości do odbioru w dacie pisemnego zgłoszenia”

– poprzez ustalenie terminu realizacji zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia, gdyż tak sformułowany termin zgłoszenia gotowości faktycznie skraca o przeszło miesiąc i tak zbyt krótki termin realizacji zamówienia, co z kolei nie zapewnia najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

5.8. „§ 14

1. Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w formie kar umownych, w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:

a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy–w wysokości **0,2% całkowitego wynagrodzenia** brutto określonego w §7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w §3 ust. 2;

b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, w okresie gwarancji lub okresie rękojmi za wady–w wysokości **0,2% całkowitego wynagrodzenia** brutto określonego w §7 ust. 1 za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”

– poprzez zbyt wysokie ustanowienie progów kary umownej, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

5.9. „§ 14

3. Łączna wysokość kar umownych nie **przekroczy 25% całkowitego wynagrodzenia** brutto określonego w § 7 ust. 1”

- poprzez zbyt wysokie ustanowienie progów maksymalnych kar umownych, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi zbyt duże obciążenie finansowe wykonawcy w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

VIII. Wskazując na powyższe, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ (w tym Załącznika nr 3 'Wzór umowy') w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. dokonaną zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
3. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował warunki udziału w postępowaniu oraz sposób wykazania ich spełniania, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowane warunki, pomimo wyjątkowo bogatego doświadczenia wykonawcy. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z

przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ, w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu sposób, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym, dopiero gdy Zamawiający doprowadzi ogłoszenie o zamówieniu i SWZ do zgodności z przepisami ustawy, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę, a oferta ta będzie miała szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenie oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik Postępowania.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 07.11.2022 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

- A. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP ORAZ ART. 17 UST 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 112 UST. 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 112 UST. 2 PKT 4 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 116 UST.**

**1 USTAWY PZP, POPRZEC WADLIWE OKREŚLENIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE
ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ I ZAWODOWEJ WYKONAWCY – DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY**

1. W ust. 8 SWZ 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu' w pkt 4 lit b) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek:

8. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ.

4.	<p><u>Zdolność techniczna i zawodowa</u></p> <p>Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże łączne spełnianie następujących wymagań:</p> <p>b) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed dniem upływu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 (jedną) realizację na kwotę: min. 60 000 000,00 zł brutto, polegającą na budowie¹ lub przebudowie² budynku użyteczności publicznej³ obejmującą swym zakresem wykonanie palowania fundamentów⁵ i/lub ścian szczelinowych⁶;</p> <p>3) <i>Przez BUDYNEK UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ – należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, a także budynek biurowy i socjalny;</i></p>
----	--

2. Odwołujący wskazuje, że cytowany warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy został określony wadliwie, gdyż Zamawiający określił go w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

3. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym bogate doświadczenie, pozwalającym na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie jest jednak w stanie wykazać spełnienia części warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, nabywanego podczas realizacji inwestycji, polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej, obejmującej swym zakresem wykonanie palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych, w przypadku, w którym wartość inwestycji została ustalona na wysokim pułapie 60.000.000.00 zł brutto oraz w przypadku wąskiego zdefiniowania budynku użyteczności publicznej. Przedmiotowy warunek, w jego obecnym brzmieniu, jest nadmierny i nie spełnia

wymogu minimalnych poziomów. W ocenie Odwołującego przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie został ustalony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a został sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny, w konsekwencji ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

4. Odwołujący podnosi, że wymaganie doświadczenia w tak wąskim zakresie jak zdefiniowany budynek użyteczności publicznej o wartości 60.000.000,00 zł brutto, powoduje, że według najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego w Polsce są jedynie nieliczne firmy budowlane, które byłyby w stanie spełnić kwestionowany warunek udziału co do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy. Odwołujący zaznacza, że w ramach Postępowania w pierwszej kolejności, jako zakres gwarantowany, będzie realizowany Etap I ww. inwestycji. Roboty w Etapie I, które ma wykonać wykonawca, polegać mają jedynie na wybudowaniu budynku o określonej powierzchni i kubaturze w stanie surowym zamkniętym. Natomiast Etap II, objęty prawem opcji, nie zawiera jakichkolwiek rozwiązań konstrukcyjnych, które byłyby charakterystyczne wyłącznie dla budynku o docelowym przeznaczeniu, czyli budynku dydaktycznym. Etap II obejmuje bowiem swym zakresem prace wykończeniowe budynku wraz z wykonaniem robót instalacji elektrycznej, teletechnicznej i sanitarnej oraz zagospodarowaniem terenu. Innymi słowy w ramach Postępowania powstanie typowy obiekt (budynek) kubaturowy, o przeznaczeniu publicznym, o stosunkowo niskim stopniu skomplikowania, który po wyposażeniu go w sprzęt i meble będzie pełnił funkcje budynku dydaktycznego. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia technicznego dla zawężania warunku doświadczenia w realizacji palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych wyłącznie do ściśle określonej grupy budynków użyteczności publicznej i to o określonej wartości, oderwanej od robót palowania.

5. Analizując cel, dla realizacji którego Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu z pkt 4 lit b) SWZ, należy przyjąć, że zamiarem Zamawiającego było zweryfikowanie, czy wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne dla wykonania umiarkowanej skomplikowanej roboty budowlanej, polegającej na palowaniu fundamentów

i/lub ścian szczelinowych. Tym samym, to na samych robotach dotyczących palowania należy się skupić, w celu określenia, jakie doświadczenie byłoby adekwatne dla wykazania, że dany wykonawca należy wykonać palowanie, podczas realizacji przedmiotowego zamówienia.

6. Palowanie to proces, który polega na tym, że stosując odpowiednie technologie, w gruncie głęboko **osadza się na stałe pale, które będą w sposób pośredni przekazywać obciążenia**. W zależności od tego, w jaki sposób przekazują one owe obciążenia, możemy podzielić pale na trzy kategorie. I tak **pale zawieszone** przekazują obciążenie na grunt poprzez tarcie na bocznicę, pale stojące robią to za pomocą stopy, natomiast pale normalne wykorzystują oba te sposoby, łącząc je dla większej efektywności. Palowanie wykonuje się między innymi w miejscach, gdzie **duże skoncentrowane obciążenia trzeba przenieść na głębsze, a zatem również wytrzymalsze warstwy gruntu, ponieważ w tych górnych, przypowierzchniowych mamy do czynienia z gruntami o niewielkiej nośności** i dużej podatności na odkształcenia. Do takich gruntów słabej jakości zaliczyć można na przykład torfy, namuły, luźne nasypy oraz komunalne odpady. Inną sytuacją, w której palowanie okazuje się niezbędne, jest ta, kiedy na fundament/ściany szczelinowe i grunt przenoszone będą duże obciążenia skupione. Z takimi warunkami mamy do czynienia w przypadku wysokich budynków, obiektów typu wieżowego, podpór mostowych oraz obiektów zaliczających się do budownictwa morskiego, pełnomorskiego i hydrotechnicznego. Wzmocnienia palowe stosuje się także do stabilizowania skarp, **obudowywania głębokich wykopów, wzmocniania już istniejących fundamentów i ograniczenia bezwzględnej wielkości lub różnicy osiadań**.

7. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że nie jest istotny budynek czy też obiekt pod którym wykonuje się palowanie, nie jest istotna wartość robót budowlanych, lecz stopień skomplikowania tych robót wzmocnieniowych, głębokość palowania czy też obszar palowania. Odwołujący zauważa więc, że doświadczenie w wykonaniu adekwatnego palowania jest oderwane od okoliczności, pod jakim obiektem budowlanym palowanie jest wykonywane. Okoliczność, iż palowanie zostało wykonane np. pod obiektem biurowym, a nie pod obiektem handlowym czy sportowym, nie ma żadnego znaczenia dla zdobywania doświadczenia adekwatnego dla wykonania budynku dydaktycznego wraz z garażem podziemnym. **Tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu posadowienie pośrednie poprzez oczepty oparte na palach fundamentowych CFA dotyczy obszaru zadaszenia PATIO, a nie stricte budowanego budynku dydaktycznego. Dodatkowo, w dokumentacji przetargowej w opisie konstrukcji jest**

jasno napisane, iż ostateczne rozwiązania technologiczne palowania pozostają w gestii **Wykonawcy, który będzie wykonywać te roboty**. Podobnie w zakresie wartości robót – sama robota budowlana może mieć znaczną wartość, lecz palowanie np. na niewielkim fragmencie nasypu może stanowić roboty poboczne, o wartości będącej niewielkim procentem wartości tych robót. Zatem, wymóg wykazania się doświadczeniem w robocie o wartości 60.000.000,00 zł brutto w żaden sposób nie jest powiązany z zakresem palowania, wykonywanym w ramach tej inwestycji. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, **zasadne byłoby zastąpienie wymogu realizacji budynku użyteczności publicznej wymogiem realizacji obiektu kubaturowego, oraz zrezygnowanie z wymogu realizacji palowania w ramach inwestycji o wskazanej wartości**

8. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako **zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia**. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy **winien być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie**. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, ma być w badanym zakresie tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

9. Zaprezentowane wyżej stanowisko Odwołującego znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2015 roku, sygn. akt: KIO 2112/16, sygn. akt: KIO 2122/16 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp), w którym: *„Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa decydowania o kształcie warunku udziału w postępowaniu, niemniej powinno się to odbywać w określonych ramach: z jednej strony, ustalony warunek powinien być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z drugiej – nie może bez uzasadnienia ograniczać uczciwej konkurencji. Niewątpliwie warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ (w ogłoszeniu w pkt. III.1.3 „Zdolność techniczna i kwalifikacje*

zawodowe Zamawiający jedynie odesłał do SIWZ). **Nie oznacza to, że Zamawiający tak powinien sformułować warunek, aby mógł go spełnić każdy wykonawca, ale powinien uczynić to tak, aby spełniał go wykonawca, który rzeczywiście jest zdolny do wykonania zamówienia; Zamawiający nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji.**"

10. Co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SWZ, jaką wiedzę i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca (również w zakresie zasobów osobowych, na co Odwołujący szerzej wskazuje poniżej), aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

11. W kontekście powyższego, Odwołujący podnosi, że stawianie warunku, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji **bardzo wąsko określonych budynków użyteczności publicznej**, które równocześnie nie posiadają waloru unikalności, stanowi realną barierę dla Odwołującego oraz wielu innych konkurentów, którzy w normalnym toku mogliby wykazać się dostatecznym doświadczeniem do realizacji tego typu zamówienia. Nie ma żadnego uzasadnienia dla wykluczania w Postępowaniu możliwości posługiwania się doświadczeniem w **palowaniu przy realizacji subiektywnie określonego zbioru obiektów kubaturowych**. Dodatkowo, wprowadzenie **progu wartości inwestycji, który w żaden sposób nie jest związany z zakresem palowania**, nie pozwala na ocenę przydatności danego wykonawcy, lecz wyłączną rolę tego warunku jest wprowadzenie do Postępowania bariery dla wykonawców, którzy mogą rzetelnie i terminowo wykonać zamówienie. Tym bardziej, że **próg wartości inwestycji został wprowadzony do pkt 4 lit a) SWZ, gdzie został ustanowiony na jeszcze wyższym poziomie – 80.000.000,00 zł brutto – co gwarantuje możliwość weryfikacji umiejętności realizacji przez wykonawcę dużych inwestycji budowlanych**. W odniesieniu do tego progu Odwołujący nie podnosi żadnych zastrzeżeń, gdyż widzi związek i zasadność żądania w ramach warunku z pkt 4 lit a) SWZ wykazania się realizacją o wartości 80.000.000,00 zł brutto. W odniesieniu jednak do tak specyficznych robót jak palowanie, wprowadzanie warunku dotyczącego nie tych konkretnych robót lecz wartości całej inwestycji jest pozbawione związku, gdyż **to wartość robót**

dot. palowania, obszar palowania, czy też głębokość palowania stanowiłaby wymierny wymóg dla oceny pożądaných przez Zamawiającego zdolności.

12. Zawężenie prac polegających na palowaniu do doświadczenia do enumeratywnie wymienionych obiektów budowlanych dodatkowo zawężonych wartością inwestycji, określić należy nawet nie jako maksymalne poziomy zdolności, nie uzasadnione charakterystyką robót, polegających na palowaniu, zaś wymóg dot. wartości jako zupełnie niezwiązany z robotami palowania. Dlatego też, Odwołujący wnosi o wprowadzenie modyfikacji do SWZ, która dopuszczałaby do realizacji zamówienia wykonawców, którzy faktycznie posiadają doświadczenie, zapewniające należytą realizację zamówienia. Tym sposobem, Zamawiający zapewni, że omawiany warunek SWZ wypełni dyspozycję normy, zawartej w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Przytoczony przepis zaś stanowi, że Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy zdolności**.

13. Również Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując wykładni przedmiotowej normy podkreśla, że „**opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia**” (wyrok z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1431/15, który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp). Zatem, żądanie przez Zamawiającego **wykazania się doświadczeniem w realizowaniu prac polegających na palowaniu tyjących się tylko enumeratywnie wymienionych obiektów budowlanych dodatkowo zawężonych wartością inwestycji, stanowi daleko idące przekroczenie progu minimalności, i w sposób nieuzasadniony stanowi barierę dla realizacji zamówienia.**

14. Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że sformułowanie odpowiednich warunków udziału w Postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy posiadają doświadczenie odpowiednie do wykonania przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób. Wykonawca wskazuje, że wykładnia zaprezentowana powyżej jest zgodna z orzecznictwem Izby. Tytułem przykładu warto wskazać, że w myśl wyroku KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej

ustawy Pzp), „to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. **Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia.** Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.”

15. Odwołujący nadmienia również, że choć wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia i mogą łączyć swoje potencjały celem wykazania spełnienia warunków udziału opisanych przez zamawiającego, to jednak z uwagi na oderwane od realiów rynkowych żądania zawarte w omawianym warunku powodują, że niełatwo jest przedsiębiorcę, który spełniałaby tak postawiony warunek Ponadto, **możliwość zawierania konsorcjum dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może stanowić usprawiedliwienia dla zaniechania stosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wymogu stosowania minimalnych poziomów weryfikowanych zdolności, które obligatoryjnie powinny być związane z zamówieniem. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.** Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący podkreśla, że istotą warunków jest weryfikacja wykonawców oraz dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich tych podmiotów, które są w stanie samodzielnie lub w konsorcjum lub polegając na potencjale podmiotów trzecich spełnić warunki udziału w postępowaniu. Jednak dobrodziejstwo konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, oraz potencjału

technicznego, zawodowego, a także dobrodziejstwo polegania na potencjale osób trzecich, nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla stawiania zbyt rygorystycznych warunków (tu: w zakresie minimalnego doświadczenia, warunkującego możliwość złożenia oferty). Zatem, dopiero dostosowanie brzmienia warunku doświadczenia do wymogów ustawy Pzp urealni możliwość składania ofert również przy wykorzystaniu instytucji konsorcjum oraz polegania za zasobach podmiotu trzeciego.

16. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu ust. 8 SWZ 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu' w pkt 4 lit b) SWZ następującym brzmieniem:

„8 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ:

4) zdolność techniczna i zawodowa:

Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże łącznie spełnianie następujących wymagań:

b) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed dniem upływu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 (jedną) realizację ~~na kwotę: min. 60.000.000,00 zł brutto~~, polegającą na budowie¹ lub przebudowie² **budynku kubaturowego**³ obejmującego swym zakresem wykonanie palowania fundamentów⁵ i/lub ścian szczelinowych⁶;

3) **Przez BUDYNEK KUBATUROWY – należy rozumieć każdy budynek posiadający parametr objętościowy (tj. z wyłączeniem obiektów kubaturowych / zabudowy kubaturowej w zakresie budownictwa liniowego);**”

alternatywnie:

„8 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ:

4) zdolność techniczna i zawodowa:

Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże łącznie spełnianie następujących wymagań:

b) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed dniem upływu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej

1 (jedną) realizację na kwotę: min. **20.000.000,00** zł brutto, polegającą na budowie¹ lub przebudowie² budynku użyteczności publicznej³ obejmującego swym zakresem wykonanie posadowienia pośredniego;

3) Przez **BUDYNEK UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ** – należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, usług, **handlu**, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, **obiekty sportowe**, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, a także budynek biurowy i socjalny;”

(żądanie nr 1).

B. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP ORAZ ART. 17 UST 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 112 UST. 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 112 UST. 2 PKT 4 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 116 UST. 1 USTAWY PZP, POPRZEC WADLIWE OKREŚLENIE WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ I ZAWODOWEJ WYKONAWCY, TJ. DOŚWIADCZENIE PERSONELU KLUCZOWEGO – KIEROWNIK BUDOWY

17. W ust. 8 SWZ 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu' w pkt 4 lit c) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek:

8. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ.

4.	<p><u>Zdolność techniczna i zawodowa</u></p> <p>Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże łączne spełnianie następujących wymagań:</p> <p>c) dysponuje lub będzie dysponował osobą która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która w dniu podpisania umowy będzie członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów; posiadającą co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie/ rozbudowie/ przebudowie budynku/ów użyteczności publicznej (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy na każdej inwestycji), których wartość</p>
----	---

realizacyjna (kontraktowa) wynosiła minimum 50.000.000,00 zł brutto (pięćdziesiąt milionów 00/100 zł) dla każdej inwestycji, przy czym co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była w oparciu o technologię TBW i co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom;

18. Odwołujący wskazuje, że **rozważania z ust. A powyżej, dot. proporcjonalności warunków, minimalnych poziomów i związania z przedmiotem zamówienia, a także powołane w ust. A powyżej orzecznictwo, pozostają adekwatne dla uzasadnienia konieczności dokonania modyfikacji warunku z ust. 8 SWZ 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu' w pkt 4 lit c) SWZ.** Podstawa prawna niniejszego zarzutu jest tożsama z podstawą prawną wskazaną w ust. A powyżej, dlatego też, Odwołujący uważa za zbędne powtarzanie argumentacji dotyczącej naruszonych przepisów i ich wykładni, a także stanowiska judykatury w tym zakresie. Niemniej jednak Odwołujący podkreśla, że argumentację wskazaną w ust. A powyżej pragnie uwzględnić jako uzasadnienie również i omawianego zarzutu.

19. Odmienne od wskazanej w ust. A powyżej argumentacji pozostaje uzasadnienie faktyczne, odnoszące się do innego stanu faktycznego, tj. do zbyt rygorystycznie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w przedmiocie doświadczenie personelu kluczowego – kierownika budowy. W celu wykazania więc, że Zamawiający bezzasadnie żąda, aby wykonawcy dysponowali kierownikiem budowy, który ma doświadczenie zarówno w realizacjach opartych o technologię TBW jak i w realizacjach z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych, Odwołujący wskazuje co następuje.

20. W ocenie Odwołującego **łącznie** spełnienie wymagań dla kierownika budowy wykazaniem się realizacjami, w zakresie których wchodziły roboty budowlane realizowane oparciu o technologię TBW oraz roboty budowlane realizowane z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych jest warunkiem wysoce nadmiernym. Wykonawca, zatrudniając kilkudziesięciu kierowników budowy, nie dysponuje kierownikiem, który budował dwa budynki użyteczności publicznej po 50 milionów złotych każdy, z który jeden był realizowany w oparciu i technologię TBW, a drugi z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian. Zawężając dodatkowo warunek do obiektów użyteczności publicznej niezwykle trudno znaleźć kierownika budowy spełniającego te wymagania. Budowanie budynków zarówno w technologii TBW, jak i technologii palowania fundamentów i/lub ścian

dotyczy nie tylko obiektów użyteczności publicznej. Bardzo często takie technologie są stosowane w obiektach mieszkaniowych, obiektach przemysłowych, magazynowych. Przy stosowaniu tej technologii nie ma znaczenia przeznaczenie obiektu.

21. Odwołujący wyjaśnia, że technologia TBW to technologia betonu wodoszczelnego, nazywana też technologią „białej wanny”. Polega ona na wykonaniu hydroizolacji bezpowłokowej w wylewanej konstrukcji żelbetowej i jest stosowana głównie z poziomach poniżej poziomu 0 (piwnice, garaże itp.), gdzie narażenie na wilgoć jest realne. Podstawowymi zaletami skorzystania z technologii TBW jest dokładność uszczelnienia obiektu, możliwość prowadzenia prac bez względu na niesprzyjające warunki atmosferyczne, brak konieczności późniejszej regularnej konserwacji, oraz fakt, że z biegiem czasu wodoszczelność obiektu wzrasta. **Technologia TBW pełni również funkcję nośną, gdyż wzmacnia konstrukcyjnie obiekt. Tym samym, technologia TBW używana jest nie tylko na podmokłych terenach lecz również podczas realizacji inwestycji, których elementy należy wzmocnić dodatkową konstrukcją nośną.** Mając na uwadze tę funkcję nośną, stwierdzić należy, że technologia TBW może być używana w szczególności w przypadku wysokich budynków, obiektów typu wieżowego, podpór mostowych oraz obiektów zaliczających się do budownictwa morskiego, pełnomorskiego i hydrotechnicznego.

22. Powyższe wskazuje, że nie jest istotny budynek czy też obiekt pod którym wykonuje się technologie TBW lub palowanie ani jego wartość. Tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu posadowienie pośrednie poprzez oczepy oparte na palach fundamentowych CFA dotyczy obszaru zadaszania PATIO, a nie stricte budowanego budynku dydaktycznego. Zatem, żądanie wykazania się takim doświadczeniem w budynku użyteczności publicznej za 50 mln jest wysoce wyolbrzymione.

23. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu ust. 8 SWZ ‘Informacja o warunkach udziału w postępowaniu’ w pkt 4 lit c) SWZ następującym brzmieniem:

„8 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ:

4) zdolność techniczna i zawodowa:

Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże łącznie spełnianie następujących wymagań:

- c) dysponuje lub będzie dysponował osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która w dniu podpisania umowy będzie członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów; posiadającą co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu co najmniej ~~dwoma robotami budowlanymi~~ **jedną robotą budowlaną** polegającą na budowie / rozbudowie / przebudowie budynku użyteczności publicznej (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy ~~na każdej inwestycji~~), dla których wartość realizacyjne (kontraktowa) wynosiła minimum 50.000.000,00 zł brutto (pięćdziesiąt milionów 00/100 zł) ~~dla każdej inwestycji~~, przy czym ~~co najmniej jedna z tych~~ inwestycja realizowana była w oparciu o technologię TBW ~~i co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była i/lub~~ z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom”

alternatywnie:

„8 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ:

- 4) zdolność techniczna i zawodowa:

Zamawiający uzna wyżej wymieniony warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże łącznie spełnianie następujących wymagań:

- c) dysponuje lub będzie dysponował osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która w dniu podpisania umowy będzie członkiem właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz ustawą o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów; posiadającą co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na

budowie / rozbudowie / przebudowie budynku/ó ~~użyteczności publicznej~~ kubaturowych³ (przez okres co najmniej 12 (dwunastu) miesięcy na każdej inwestycji), dla których wartość realizacyjna (kontraktowa) wynosiła minimum 30.000.000,00 zł brutto (trzydzieści milionów 00/100 zł) dla każdej inwestycji, przy czym co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była w oparciu o technologię TBW i co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była i/lub z zastosowaniem technologii palowania fundamentów i/lub ścian szczelinowych, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom”

3) Przez BUDYNEK KUBATUROWY – należy rozumieć każdy budynek posiadający parametr objętościowy (tj. z wyłączeniem obiektów kubaturowych / zabudowy kubaturowej w zakresie budownictwa liniowego);”

(żądanie nr 2).

C. NARUSZENIE ART. 99 UST. 1 I 2 USTAWY PZP W ZW. ART. 433 PKT 4) USTAWY PZP W ZW. Z ART. 17 PKT 1 I 2 USTAWY PZP A TAKŻE ART. 8 UST. 1 USTAWY PZP POPRZEC OKREŚLENIE W UST. 7 SWZ TERMINU REALIZACJI ZAMÓWIENIA NA OKRES: ETAP I – DO 9 MIESIĘCY OD DATY PODPISANIA UMOWY, KTÓRY TO TERMIN PRZY UWZGLĘDNIENIU ZAKRESU ZAMÓWIENIA, A NASTĘPNIE TERMINÓW DOSTAW ORAZ TECHNOLOGII PROWADZENIA ROBÓT JEST TERMINEM NIEREALNYM I ZBYT KRÓTKIM W STOSUNKU DO ZAKRESU ROBÓT I ŚWIADCZEŃ, KTÓRE MA WYKONAĆ WYKONAWCA, CO NARUSZA RÓWNOWAGĘ STRON UMOWY,

24. W ust. 7 SWZ Zamawiający ustanowił następujący realizację poszczególnych etapów zamówienia w sposób następujący:

7. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy, w tym:

- Etap I: do 9 miesięcy od daty podpisania umowy;
- Etap II: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy.

25. Biorąc pod uwagę złożoność świadczeń, do których wykonania zobowiązany jest wykonawca, należy termin ten uznać za nierealny. Stwierdzenie to Odwołujący formułuje w pełni świadomie i odpowiedzialnie, opierając je na dokumentacji Postępowania, z której wynika realny czas wykonania zamówienia **wynoszący 15 miesięcy dla Etapu I** od daty zawarcia umowy.

(Odwołujący nie kwestionuje, że 12-sto miesięczny termin na wykonanie Etapu II jest realny – w tym zakresie zmiana z 21 miesięcy na 27 miesięcy wynikałaby wyłącznie z przesunięcia terminu, stosownie do zakończenia Etapu I, a nie z przedłużenia terminu na realizację Etapu II.)

26. Wyliczenia Odwołującego zostały dokonane na podstawie obiektywnych kryteriów wynikających z danych udostępnionych wykonawcom przez Zamawiającego. Uwzględniają także dwuzmianowość i pracę w sobotę. Okolicznością dodatkowo skutkującą koniecznością weryfikacji przyjętego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia jest obowiązek, zgodnie z którym w ramach realizacji zamówienia Wykonawca jest zobligowany do spełnienia wszystkich wymagań i zobowiązań zawartych we wszystkich częściach dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, **decyzjach administracyjnych, uzgodnieniach, opiniach**, zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami, zarówno tych, które zostały wyraźnie określone bądź jedynie zasygnalizowane lub wynikają z zasad sztuki budowlanej. Przy czym, termin uzyskania i uzgodnienia niezbędnych warunków zależy od tego, jak sprawnie będzie działał dany podmiot. Mogą to być np. dwa (2) tygodnie, miesiąc lub dłużej.

27. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 223/15 „*obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych **niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy***”. Odwołanie niniejsze ma służyć uniknięciu takiej praktyki. Okolicznością dodatkową, którą należy wziąć pod uwagę przy kalkulacji czasu koniecznego dla zrealizowania umowy muszą być **aktualne warunki rynkowe wynikające z szalejącej w Polsce inflacji oraz z konfliktu wojennego w Ukrainie**, a także z sankcji, które zostały nałożone na Rosję i Białoruś.

28. Zamawiający w żaden sposób nie dowiódł w dokumentacji przetargowej tego, aby wziął te okoliczności pod uwagę. Jak można stwierdzić **na bazie publikacji Urzędu Zamówień Publicznych**: „*Doświadczamy obecnie zjawiska **zmieniających się warunków realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, wywołanego czynnikami zewnętrznymi, m.in. konfliktem zbrojnym w Ukrainie. Zauważalne i problematyczne z punktu widzenia realizacji kontraktów są***

rynkowe konsekwencje tych zdarzeń, np. wzrost cen materiałów i kosztów pracowniczych, przerwanie łańcucha dostaw, ograniczenia w dostępności produktów i materiałów, czy też wyjazd z Polski pracowników, będących obywatelami Ukrainy” (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosczmiany-umowy-wsprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf). **Brak realnego oszacowania terminu koniecznego na wykonanie zamówienia** ma być dalej odzwierciedlony w §3 ust. 2 umowy, w którym Zamawiający planuje uzupełnienie terminów zgodnie z ust. 7 SWZ, po dostosowaniu ich do daty zawarcia umowy.

29. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu ust. 7 SWZ następującym brzmieniem:

„7 TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA:

Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: do ~~21~~ 27 miesięcy od daty podpisania umowy, w tym:

- *Etap I: do ~~9~~ 15 miesięcy od daty podpisania umowy;*
- *Etap II: do ~~21~~ 27 miesięcy od daty podpisania umowy”*

(żądanie nr 3).

D. NARUSZENIE ART. 99 UST. 1, 2 I 4 USTAWY PZP, ART. 431 USTAWY PZP, ART. 433 PKT 3) USTAWY PZP ORAZ ART. 647 KC”, ART. 3531 KC, ART. 58 KC W ZW. Z ART. 8 UST. 1 USTAWY PZP POPRZECZ PRZYGOTOWANIE I PROWADZENIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO POSTĘPOWANIA W SPOSÓB NARUSZAJĄCY ZACHOWANIE UCZCIWEJ KONKURENCJI ORAZ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW, JAK RÓWNIEŻ ZASADĘ PROPORCJONALNOŚCI ORAZ WSPÓŁDZIAŁANIA STRON, WOBEC SFORMUŁOWANIA NIŻEJ PRZYTOCZONYCH POSTANOWIEŃ UMOWNYCH W SPOSÓB WYKORZYSTUJĄCY POZYCJĘ DOMINUJĄCĄ ORGANIZATORA PRZETARGU I RAŻĄCE UPRIWILEJOWANIE W TREŚCI PROJEKTU UMOWY POZYCJI ZAMAWIAJĄCEGO, WOBEC ZASADOM WSPÓŁDZIAŁANIA, RÓWNOWAŻENIA INTERESÓW STRON UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO, A TAKŻE ZASAD WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO I WŁAŚCIWOŚCI STOSUNKU PRAWNEGO

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.1.**

30. W § 5 ust. 22 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„§5 Do obowiązków Wykonawcy należy:

22. Wykonawca zobowiązuje się **do zatrudnienia (przez siebie lub przez podwykonawcę) w oparciu o umowę o pracę** w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, **osób wykonujących czynności polegające na wykonaniu:** robót ziemnych, robót wyburzeniowych, robót demontażowych, robót brukarskich, prac ogrodniczych, robót murarskich, robót tynkarskich, robót żelbetowych, robót drogowych, montażu ślusarki wewnętrznej i zewnętrznej, robót wykończeniowych, robót dociepleniowych i elewacyjnych, układaniu kabli elektrycznych i teletechnicznych, montażu instalacji sanitarnych; wentylacji, klimatyzacji wraz z urządzeniami, montażu instalacji wod.-kan. wraz z urządzeniami, montażu instalacji c.o. wraz z urządzeniami, montażu instalacji, osprzętu i urządzeń elektrycznych w tym dźwigowych, montażu instalacji słaboprądowych – objętych przedmiotem Umowy”.

31. Zamawiający w sposób zbyt szeroki określił katalog osób, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę. Powyższe skutkuje faktycznym obowiązkiem zatrudnienia niemalże wszystkich osób wykonujących roboty budowlane na podstawie umowy o pracę. Jest to wymóg nieuzasadniony w okolicznościach tego konkretnego Postępowania.

32. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w [art. 22 § 1](#) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. [poz. 1510](#)). Zgodnie zaś z art. 22 kodeksu pracy poprzez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

33. Definicja stosunku pracy stanowiła przedmiot wielu analiz sądowych (np. wyr. SN z 25.11.2005 r., I UK 68/05, Wokanda 2006, Nr 4, s. 26; wyr. SA w Poznaniu z 12.2.2013 r., III AUa 1068/12, Legalis; wyr. SA w Gdańsku z 26.7.2016 r., III AUa 490/16, Legalis), które umożliwiły wyznaczenie kryteriów, którymi powinien kierować się zamawiający w trakcie analizy czynności w zakresie cech stosunku pracy, a mianowicie:

- 1) czy ma ona charakter czynności wykonywanej w określonych godzinach i miejscu oraz warunkach podporządkowania określonym normom porządkowym (np. regulamin pracy), czy też **czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu** oraz
- 2) czy ma być realizowana pod kierownictwem i zgodnie z poleceniami i konkretnymi wytycznymi wykonawcy, czy też osoba wykonująca tę czynność w ramach realizacji zamówienia będzie miała swobodę odnośnie organizacji swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu. Warto wskazać, iż sam Urząd Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej art. 29 ust. 3a ustaw Pzp wskazał, które czynności w ocenie UZP, co do zasady, mogą polegać na świadczeniu pracy, a które nie, zastrzegając przy tym, że jest to katalog przykładowy i otwarty, a jego konkretyzacja następuje w odniesieniu do stanu faktycznego zamówienia (vide: Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych pod red. Sieradzkiej).

34. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający sformułował wymóg w taki sposób, że niemal wszystkie osoby, jakie będą zaangażowane do realizacji zamówienia, zgodnie z zapisem SWZ, mają być zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Tego typu wymóg jest nadmiarowy, sprzeczny z zasadą proporcjonalności oraz z zasadami doświadczenia życiowego. Nigdy bowiem nie jest tak, żeby Wykonawca realizujący zamierzenie inwestycyjne o takim stopniu skomplikowania i złożoności, jak przedmiotowe postępowanie zatrudniał praktycznie wszystkie osoby zaangażowane w jego realizację na podstawie umowy o pracę (dotyczy to także podwykonawców). Taki wymóg jest nieuzasadniony. W ocenie Odwołującego, **wskazane w przedmiotowym wymogu czynności nie wpisują się w art. 22 ustawy kodeks pracy**. Mają one bowiem charakter czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu.

35. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 5 pkt 22 Umowy następującym brzmieniem:

„22. Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej 2 pracowników bezpośrednio realizujących czynności na terenie budowy w trakcie realizacji przedmiotu umowy w tym np.: prace murarskie, prace tynkarskie, prace spawalnicze, prace zbrojarskie, prace malarskie, prace glazurnicze, prace elektryczne, prace ciesielskie- jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U.2020, poz. 1320 z późn. zm.): art. 22 § 1 Kodeksu pracy: przez nawiązanie stosunku pracy pracownik

zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem”.

(żądanie nr 4).

➤ ZARZUT Z PKT VII.5.2.

36. W § 6 ust. 4 oraz § 6 ust. 9 oraz § 6 ust. 15 oraz § 6 ust. 16 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia „§ 6

4. Umowa pomiędzy Wykonawcą, a Podwykonawcą nie może pozostawać w sprzeczności z postanowieniami niniejszej Umowy a w szczególności: (...) 3) **termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy** nie może być dłuższy niż **13 dni** od daty otrzymania faktury przez Wykonawcę ze względu na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu dokumentu określonego w ust. 21”

oraz

„§ 6

9. Zamawiający zgłosi w terminie określonym w ust. 8 w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w szczególności w następujących przypadkach: (...) 4) określenia **terminu zapłaty wynagrodzenia** dłuższego niż **13 dni** od doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku za wykonane roboty budowlane”

oraz

„§ 6

15. Wykonawca, Podwykonawca, lub dalszy Podwykonawca przedmiotu niniejszej Umowy na roboty budowlane, przedkłada Zamawiającemu oraz Wykonawcy poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5 % wartości Umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany w SWZ jako niepodlegający temu obowiązkowi, przy czym wyłączenie nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Jeżeli **termin zapłaty wynagrodzenia**, określony w umowie o podwykonawstwo, jest dłuższy niż **13 dni** Zamawiający

informuje o tym Wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej”

oraz

„§ 6

*16. Wykonawca ma obowiązek doprowadzenia do zmiany umowy o podwykonawstwo w przypadku określonym w ust. 13 oraz na wezwanie Zamawiającego w przypadku przedłożenia umowy o podwykonawstwo, o której mowa w ust. 15, zawierającej **termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 13 dni** od dnia doręczenia faktury lub rachunku. Wykonawca nie może powierzyć Podwykonawcy realizacji przedmiotu umowy o podwykonawstwo w przypadku braku jej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego”*

37. Ustalony przez Zamawiającego termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest zbyt krótki. Stanowi to zbytnie obciążenie finansowe wykonawcy, w szczególności w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz przy uwzględnieniu potencjalnego kwartalnego rozliczenia robót budowlanych przez Zamawiającego.

38. Zgodnie z art. 464 ust. 2 ustawy Pzp *Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, **nie może być dłuższy niż 30 dni** od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.*

39. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający przewidział bardzo niekorzystne warunki płatności wynagrodzenia wyłonionemu w postępowaniu wykonawcy, ustalając, że będzie dokonywał płatności fakturami przejściowymi (kwartalnymi, przy czym przez kwartał należy rozumieć kwartał kalendarzowy) (§7 ust. 3 Umowy). Jednocześnie Zamawiający mając możliwość ustalenia płatności podwykonawcom na okres 30 dni, skrócił ten czas o ponad połowę – tj. do 13 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której wykonawca, otrzymując wynagrodzenie w systemie kwartalnym, ma obowiązek uiszczania wynagrodzenia podwykonawcom w tak krótkim terminie jak 13 dni od dnia dostarczenia faktury lub rachunku, a zatem wykonawca zobligowany jest finansować koszt podwykonawców z własnych rezerw, co stanowi dla niego bardzo duże obciążenie finansowe. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla tak zdecydowanego skrócenia dozwolonego przepisami ustawy Pzp terminu uiszczania wynagrodzenia podwykonawcom.

40. Należy mieć na uwadze okoliczność, że sytuacja na rynku jest trudna, z uwagi na inflację, konflikt zbrojny na Ukrainie a także duże koszty kredytowe. W tej sytuacji formułowanie nadmiarowych, nieuzasadnionych potrzebą prawidłowej realizacji zamówienia wymogów, jest tym bardziej krzywdzące dla wykonawców i świadczy o wykorzystaniu dominującej pozycji Zamawiającego.

41. Zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp **zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny**. Oznacza to, że **każdy element** postępowania zamówieniowego powinien zostać ukształtowany zgodnie z tą zasadą, co potwierdza wyrok KIO 927/20 z 6 lipca 2020 r. „wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania”.

42. Badając zasadę proporcjonalności, zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem krajowym jak i unijnym, zawsze należy mieć na uwadze cel, jakiemu ma służyć formułowanie określonych wymogów. W wyroku TSUE z 28.2.2018 r. w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)* (EU:C:2018:122), Trybunał wskazał, że **zgodnie z zasadą proporcjonalności przyjęte środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu**.

43. Ustalenie, czy określone działania zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności, wymaga zatem określenia **celu**, jaki zamierza on osiągnąć, podejmując te działania. Generalnym celem przeprowadzenia każdego postępowania jest udzielenie zamówienia, tj. zawarcie umowy na wykonanie określonego przedmiotu zamówienia, służącego zaspokojeniu obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego z wykonawcą zdolnym do jego należytej realizacji. Zasada proporcjonalności wyraża się więc w formułowaniu wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w **sposób adekwatny** do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym niestawianiu **nadmiernych wymagań, ograniczających bez uzasadnienia prawa wykonawców czy też stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu i pozyskaniu zamówienia**. (Komentarz Pzp, red. Jaworska).

44. W tym przypadku, Zamawiający nie potrzebuje dla osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie uiszczenia wynagrodzenia podwykonawcom, formułować wobec wykonawców tak zaostrego, niczym nieuzasadnionego wymogu. Jest to działanie całkowicie zbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania i ochrony praw podwykonawców, a jednocześnie w sposób nadmierny obciąża wykonawców.

45. Nadto na podstawie przepisów ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do nadzorowania, aby w umowach podwykonawczych nie zostały określone dłuższe terminy zapłaty niż określone w art. 464 ust. 2 ustawy Pzp, a żaden przepis prawa nie przyznaje Zamawiającemu prawa do skracania, czy też wydłużania terminów określonych w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, czyli ingerowania w zasadę swobody umów (pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą).

46. Ukształtowanie ww. wymogów leży w sprzeczności z zasadami określonymi w powołanych w zarzucie przepisach ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego.

47. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 6 pkt 4, 9, 15,16 Umowy następującym brzmieniem:

§ 6

4. *Umowa pomiędzy Wykonawcą, a Podwykonawcą nie może pozostawać w sprzeczności z postanowieniami niniejszej Umowy a w szczególności: (...) 3) **termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy** nie może być dłuższy niż **30 dni** od daty otrzymania faktury przez Wykonawcę ze względu na konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu dokumentu określonego w ust. 21"*

oraz

„§ 6

9. *Zamawiający zgłosi w terminie określonym w ust. 8 w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w szczególności w następujących przypadkach: (...) 4) określenia **terminu zapłaty wynagrodzenia** dłuższego niż **30 dni** od doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku za wykonane roboty budowlane"*

oraz

„§ 6

15. Wykonawca, Podwykonawca, lub dalszy Podwykonawca przedmiotu niniejszej Umowy na roboty budowlane, przedkłada Zamawiającemu oraz Wykonawcy poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5 % wartości Umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany w SWZ jako niepodlegający temu obowiązkowi, przy czym wyłączenie nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Jeżeli **termin zapłaty wynagrodzenia**, określony w umowie o podwykonawstwo, jest dłuższy niż **30 dni** Zamawiający informuje o tym Wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej”

oraz

„§ 6

16. Wykonawca ma obowiązek doprowadzenia do zmiany umowy o podwykonawstwo w przypadku określonym w ust. 13 oraz na wezwanie Zamawiającego w przypadku przedłożenia umowy o podwykonawstwo, o której mowa w ust. 15, zawierającej **termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni** od dnia doręczenia faktury lub rachunku. Wykonawca nie może powierzyć Podwykonawcy realizacji przedmiotu umowy o podwykonawstwo w przypadku braku jej pisemnej akceptacji przez Zamawiającego”

(żądanie nr 5).

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.3.**

48. W § 6 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„§ 6

8. Projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, będzie uważany za zaakceptowany przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający **w terminie 30 dni** od dnia przedłożenia mu projektu nie zgłosi na piśmie zastrzeżeń. Za dzień przedłożenia projektu przez Wykonawcę uznaje się dzień przedłożenia projektu w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), na zasadach określonych w ust. 7”

49. Zamawiający określił zbyt długi termin akceptacji projektu umowy podwykonawczej /wnoszenia zastrzeżeń do ww. umowy, co w sposób nadmierny i zbędny przedłuża termin realizacji zamówienia, który i tak jest nadmiernie krótki.

50. Powyższy wymóg ustanowiony został z naruszeniem zasady proporcjonalności, stanowi wymóg nadmiarowy, nieuzasadniony celem zamówienia i wyrażający uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego. Nadto ww. regulacja leży w sprzeczności z zasadami określonymi w powołanych w zarzucie przepisach ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego. Zamawiający jest zobowiązany w taki sposób ukształtować wymogi zamówienia, aby nie obciążały one wykonawców w sposób nieuzasadniony potrzebą zamówienia, ale także, aby wspólnie zmierzać, do jego prawidłowej realizacji. Zamawiającemu w równym stopniu, co wykonawcy powinno zależeć na terminowej realizacji zamówienia. Termin realizacji zamówienia został w sposób zdecydowany skrócony w stosunku do realnych uwarunkowań, w jakich realizuje się tego typu inwestycje. Jednocześnie, decydując się na tak krótki okres realizacji zamówienia, Zamawiający zapewnia sobie bardzo długi czas (aż 30 dni) na akceptację bądź wnoszenie uwag do umów podwykonawczych. Powyższe w sposób realny będzie wpływać na opóźnienie realizacji zamówienia, co docelowo, obciąży wykonawcę, choć rzeczywista przyczyna opóźnienia będzie w takim przypadku spowodowana zbyt wolną reakcją Zamawiającego na przedłożone mu umowy podwykonawcze.

51. Oczywistym jest, że od zamawiającego oczekuje się takiego samego profesjonalizmu jak od wykonawców. Wobec powyższego, w sytuacji, gdy Zamawiający oczekuje realizacji zamówienia w krótkim terminie, jest zobligowany (nie uprawniony) do tego aby ze swojej strony dochować wymaganej okolicznościami, należytej staranności i podejmować konieczne dla szybkiej realizacji Umowy decyzje bez niepotrzebnej zwłoki. W tej sytuacji nie ma żadnych obiektywnych przeszkód, aby Zamawiający dokonał akceptacji umowy podwykonawczej lub wniósł do niej uwagi w maksymalnym terminie 14 dni. Odwołujący wskazuje, że jest to termin stosowany w umowach o roboty budowlane w trybie zamówień publicznych i w znacznym stopniu usprawnia kontraktację.

52. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 6 pkt 8 Umowy następującym brzmieniem:

„§ 6

8. Projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, będzie uważany za zaakceptowany przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający **w terminie 14 dni** od dnia przedłożenia mu projektu nie zgłosi na piśmie zastrzeżeń. Za dzień przedłożenia projektu przez Wykonawcę uznaje się dzień przedłożenia projektu w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), na zasadach określonych w ust. 7”

(żądanie nr 6).

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.4.**

53. W § 6 ust. 21 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„§ 6

21. Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wraz z okresowym rozliczeniem należnego mu wynagrodzenia oświadczenia Podwykonawców lub dowody* dotyczące zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom za ten okres. (...)

W przypadku wystąpienia jakichkolwiek potrażeń pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą oświadczenie powinno zawierać informację o akceptacji dokonanego potrącenia. Oświadczenie winno być podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji podwykonawcy na zewnątrz. Jeżeli oświadczenie będzie podpisane przez pełnomocnika wraz z oświadczeniem należy przedłożyć pełnomocnictwo (oryginał lub uwierzytelniona kopia pełnomocnictwa). Wzór oświadczenia Podwykonawcy stanowi załącznik nr 3 do niniejszej Umowy”.

54. Powyższy wymóg stanowi zbyt dużą ingerencję w swobodne ukształtowanie umowy wykonawcy z podwykonawcą, co nie jest uzasadnione w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp uznają, że dostatecznym środkiem zabezpieczającym jest ograniczenie możliwości potrącenia do wzajemnych wierzytelności z tego samego stosunku prawnego.

55. Standardowe umowy o roboty z podwykonawcami zawierają postanowienia umownie regulujące dokonywanie potrąceń przykładowo z tytułu partycypacji podwykonawcy w kosztach obsługi budowy lub na kaucję gwarancyjną. Te potrącenia nie wymagają składania dodatkowych oświadczeń dla swojej skuteczności (kompensaty).

56. Zgodnie z wyrażoną w art. 353¹ kodeksu cywilnego zasadą swobody umów, wykonawcy i podwykonawcy mogą ułożyć łączący je stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

57. Zamawiający nie ma podstawy prawnej, która upoważniałaby go do żądania ww. oświadczenia. Jest to zatem wymóg nadmierny, sprzeczny z zasadą proporcjonalności opisaną już w treści niniejszego odwołania. Zamawiający nie jest uprawniony do kształtowania wymogów postępowania w sposób dowolny, wykraczający poza minimalne środki konieczne do osiągnięcia celu jakim jest prawidłowa realizacja postępowania.

58. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 6 pkt 21 Umowy następującym brzmieniem:

„§ 6

21. Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wraz z okresowym rozliczeniem należnego mu wynagrodzenia oświadczenia Podwykonawców lub dowody* dotyczące zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom za ten okres. (...)

~~W przypadku wystąpienia jakichkolwiek potrażeń pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą oświadczenie powinno zawierać informację o akceptacji dokonanego potrażenia. Oświadczenie winno być podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji podwykonawcy na zewnątrz. Jeżeli oświadczenie będzie podpisane przez pełnomocnika wraz z oświadczeniem należy przedłożyć pełnomocnictwo (oryginał lub uwierzytelniona kopia pełnomocnictwa). Wzór oświadczenia Podwykonawcy stanowi załącznik nr 3 do niniejszej Umowy”.~~

(żądanie nr 7).

➤ ZARZUT Z PKT VII.5.5.

59. W § 7 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następującą zasadę realizacji przedmiotowego zamówienia:

*„Strony ustalają, że rozliczenie Wykonawcy za przedmiot Umowy, będzie się odbywało **fakturami przejściowymi (kwartalnymi, przy czym przez „kwartał” należy rozumieć kwartał kalendarzowy)**, z zastrzeżeniem, że pierwsze rozliczenie nastąpi po zakończeniu pierwszego*

pełnego kwartału następującego po dniu zawarcia niniejszej Umowy. Rozliczenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym będzie następować na podstawie podpisanych przez Kierownika budowy i upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego, protokołów odbioru wykonanych elementów robót spisanych w ostatnim dniu roboczym każdego kwartału (z wyjątkiem czwartego kwartału, w którym protokół wykonanych elementów robót zostanie spisany wg stanu na dzień 16 grudnia), zgodnie z Harmonogramem. W przypadku, gdy ostatnim dniem roboczym kwartału jest sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy, to dniem odbioru robót jest dzień poprzedzający. W każdym z protokołów odbioru winien być określony kwotowy udział robót, dostaw lub usług wykonanych przez Podwykonawcę/ów w odbieranym zakresie prac. Zapłata nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonanych robót, dostaw lub usług, które zostało określone w niniejszej Umowie”.

60. Wykonawca zauważa, że chociaż jest dużym przedsiębiorcą, o stabilnej i dobrej kondycji finansowej, to sformułowane w § 7 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, **zasady wypłacania wynagrodzenia stanowią nadmierne obciążenie i realną barierę, nie pozwalającą na przystąpienie do przetargu lub bezprawnie nie ograniczającą konkurencję w Postępowaniu.** Tym bardziej więc średni przedsiębiorcy, którzy chcieliby przystąpić do przetargu, nie będą w stanie złożyć oferty, z uwagi na zbyt rzadkie, kwartalne, terminy rozliczeń (okresów fakturowania). **Termin płatności, w sposób oczywisty stanowi element cenotwórczy dla wykonawcy,** który musi zostać każdorazowo uwzględniony przy kalkulacji ceny oferowanej w danym postępowaniu przez każdego wykonawcę – zatem nawet jeżeli średni przedsiębiorcy złożą ofertę, to nie będzie ona miała szansy na posiadanie waloru konkurencyjności. Wykonawca również obawia się, że nawet jak wkalkuluje ryzyka na odpowiednim poziomie, to i tak jego oferta nie będzie konkurencyjna, gdyż jako polski przedsiębiorca **nie dysponuje potencjałem podejmowania ryzyka na tak wysokim poziomie, jak zagraniczni przedsiębiorcy.** Zatem, Zamawiający **de facto wyklucza z postępowania wszystkich średnich (i mniejszych) przedsiębiorców** oraz wszystkich **przedsiębiorców z polskim kapitałem,** gdyż te podmioty będą obliczały koszty ryzyka zaburzenia płynności finansowej na zupełnie innym poziomie niż duże, zagraniczne przedsiębiorstwa. Istotną okolicznością jest również fakt, że **umowa nie przewiduje również zaliczek,** więc rozliczeniowe kwartalne nie zapewnia wykonawcy możliwości zachowania płynności finansowej w ramach rozliczeń Inwestycji – **szczególnie w taki krótkiej fazie budowy.**

61. Reasumując, terminy płatności w sposób prosty **przekłada się na kalkulację kosztu pieniądza w czasie**, co z kolei ma **bezpośredni wpływ na kalkulację oferowanej** w postępowaniu ceny. Dłuższy niż 30 dni termin płatności oznacza bowiem dla przedsiębiorcy (z polskim kapitałem lub mniejszego) dodatkowe obciążenia z uwagi na konieczność finansowania dłuższej luki finansowej przy realizacji kontraktu oraz konieczności odmiennego od dużych, zagranicznych przedsiębiorstw kalkulowania kosztu ryzyka zaburzenia płynności finansowej.

62. Odwołujący zauważa, że w odniesieniu do przedsiębiorców dużych obowiązuje maksymalnie 60-dniowy termin płatności, a ustawa o terminach zapłaty jedynie na zasadzie wyjątku dopuszcza stosowanie dłuższego terminu płatności. Warunki zastosowania tego wyjątku nie zostały jednak w niniejszej sprawie spełnione, dlatego też Zamawiający wprowadzając jednostronnie termin płatności 90 dni **naruszył postanowienia art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty**. Skoro ustawodawca wprowadza wyjątek od zasadniczej regulacji, to po pierwsze nie można go interpretować rozszerzająco, a po drugie muszą być ściśle spełnione przesłanki jego zastosowania. W Postępowaniu Zamawiający dla zastrzegł 90- dniowy termin zapłaty bez jakichkolwiek ustaleń z wykonawcą oraz bez badania czy taki termin nie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy. Wprowadzenie takiej regulacji umownej powoduje, że konieczne jest uznanie, że została ona wprowadzona z naruszeniem art. 353KC w. zw. z art. 5 KC i w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i wyrażonej w niej zasady swobody umów.

63. Ponadto, taki sposób wprowadzenia dłuższego niż 60 dniowy terminu płatności do umowy, jest sprzeczne z ustawą tj. z art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, gdyż postanowienie o zastosowaniu na zasadzie wyjątku dłuższego 90 dniowego terminu płatności powinno być indywidualnie ustalone przez strony umowy w drodze negocjacji, a nie narzucone przez jedną ze stron będącą autorem wzoru umownego, na który to wzór druga strona nie ma żadnego wpływu. Z całą pewnością nie spełnia to wymogu „ustalenia takiego postanowienia przez strony”. Z tego też względu, wprowadzenie takiego terminu do wzoru przyszłej umowy jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż zobowiązuje wykonawcę, którego oferta będzie oceniona jako najkorzystniejsza do akceptacji terminu, który jest dla niego rażąco nieuczciwy i nie został z nim ustalony.

64. Odwołujący wskazuje jednak, że nawet 60-cio dniowy termin zapłaty nie byłby wystarczający dla zapewnienia przestrzegania reżimu Pzp. Nie wszyscy przedsiębiorcy

zainteresowani niniejszym przetargiem to duże przedsiębiorstwa. Ponadto, tak sformułowane warunki finansowania realizacji zamówienia (czy to 90-cio czy 60-cio dniowy termin płatności) w ogóle nie uwzględniają obecnej sytuacji gospodarczo-politycznej, o której Odwołujący pisał przy okazji uzasadniania zarzutu zbyt krótkiego terminu realizacji Etapu I. Dodatkowo, tak sformułowane warunki finansowania realizacji zamówienia stanowią dodatkowe obciążenie, przy założeniu, że wykonawca ma 13-sto dniowy termin na rozliczenie z podwykonawcą zrealizowanych przez podwykonawców robót budowlanych, co również Odwołujący kwestionuje, w ramach zarzutu VII.5.2 powyżej. Dlatego, maksymalnie 30 dniowy termin płatności przywróci równowagę stosunku prawnego.

65. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 7 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ 'Wzór umowy' następującym brzmieniem:

„Strony ustalają, że rozliczenie Wykonawcy za przedmiot Umowy, będzie się odbywało fakturami przejściowymi (~~kwartalnymi~~ miesięcznymi, przy czym przez ~~„kwartał”~~ „miesiąc” należy rozumieć ~~kwartał~~ miesiąc kalendarzowy), z zastrzeżeniem, że pierwsze rozliczenie nastąpi po zakończeniu pierwszego pełnego ~~kwartału~~ miesiąca następującego po dniu zawarcia niniejszej Umowy. Rozliczenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym będzie następować na podstawie podpisanych przez Kierownika budowy i upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego, protokołów odbioru wykonanych elementów robót spisanych w ostatnim dniu roboczym każdego ~~kwartału~~ miesiąca (z wyjątkiem ~~czwartego kwartału~~ dwunastego miesiąca, w którym protokół wykonanych elementów robót zostanie spisany wg stanu na dzień 16 grudnia), zgodnie z Harmonogramem. W przypadku, gdy ostatnim dniem roboczym ~~kwartału~~ miesiąca jest sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy, to dniem odbioru robót jest dzień poprzedzający. W każdym z protokołów odbioru winien być określony kwotowy udział robót, dostaw lub usług wykonanych przez Podwykonawcę/ów w odbieranym zakresie prac. Zapłata nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonanych robót, dostaw lub usług, które zostało określone w niniejszej Umowie”.

(żądanie nr 8).

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.6.**

66. W § 7 ust. 1-2 Załącznika nr 3 do SWZ 'Wzór umowy', Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„1. Wykonawca wnosi na zasadach określonych w przepisach Prawa zamówień publicznych zabezpieczenie należytego wykonania Umowy (dalej jako „Zabezpieczenie”) w kwocie.....zł (słownie:), co stanowi 5% ceny całkowitej podanej w ofercie.

2. W przypadku, gdy Zamawiający nie skorzysta z Prawa Opcji, o którym mowa w § 2 ust. 4 niniejszej Umowy w terminie tam wskazanym, z dniem upływu tego terminu Zabezpieczenie ulegnie ograniczeniu(zwolnienie)do wysokościzł (słownie:), co stanowi 5 % podanej w ofercie ceny za wykonanie Etapu I, o którym mowa w § 7ust. 1pkt 1 niniejszej Umowy. Ograniczenie (zwolnienie) Zabezpieczenia nastąpi w sposób właściwy dla formy, w jakiej zostało ono udzielone”.

67. Wykonawca zauważa, że „cena całkowita podana w ofercie” to cena za gwarantowany Etap I i za opcjonalny Etap II. Zaś z powyższej regulacji wynika, że Zamawiający żąda zabezpieczenia Etapu I w wysokości znacznie przewyższającej 5% świadczenia gwarantowanego, z naruszeniem zasad wskazanych w art. 452 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. W sytuacji, w której Zamawiający ustanowił prawo opcji, regulując zasady ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający nie może uwzględniać wartości przyszłej i niepewnej (wynikającej z prawa opcji), lecz **zobowiązany jest bazować na faktycznej wartości nominalnej własnego zobowiązania, na dzień podpisania umowy**. Skoro Zamawiający zobowiązany będzie w dniu podpisania umowy do wypłaty wynagrodzenia wyłącznie za realizację Etapu I, to nie ma podstaw, aby próg 5% był powiększany o zobowiązanie, którego w dniu podpisania umowy nie ma i być może w ogóle nie będzie – na tym właśnie polega prawo opcji, że Zamawiający ma pewną elastyczność w zlecaniu kolejnego etapu. Jednakże ustalając zasady dot. zabezpieczenia należytego wykonania umowy **Zamawiający nie ustanawia progu w oderwaniu od własnych zobowiązań, lecz te dwa zobowiązania są ściśle ze sobą związane i wartość jedno wynika z wartości drugiego**.

68. Ustawodawca w ust. 3 umożliwił co prawda zamawiającym zwiększenie wysokości zabezpieczenia, jednakże pod pewnymi warunkami. Przepis stanowi bowiem, że zabezpieczenie można ustalić w wysokości powyżej 5%, nie większej jednak niż 10%, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co

zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia. Z powyższego wynika, że ustanowienie zabezpieczenia o wartości nieprzekraczającej progu 5% nie wymaga uzasadnienia i stanowi suwerenne uprawnienie zamawiającego. Zaś w przypadku, gdy zamawiający zamierza ustanowić zabezpieczenie w wyższej wysokości, to ustawa Pzp nakłada obowiązek kumulatywnego spełnienia dwóch warunków:

- wyższe zabezpieczenie musi wynikać ze specyfiki przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z realizacją zamówienia,
- uzasadnienie tego faktu zamawiający musi zamieścić w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

69. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1381/21, *„pierwszy z nich ma charakter materialny, gdyż wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z realizacją zamówienia, które domagają się zwiększonego zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy lub naprawienia ewentualnych szkód i usunięcia usterek. Drugi warunek nakłada na zamawiającego wymaganie o charakterze formalnym, polegające na zamieszczeniu uzasadnienia żądania zabezpieczenia w wyższej wysokości w SWZ lub innych dokumentach zamówienia”*. Dopiero gdy zostały spełnione jednocześnie dwa powyższe warunki, Zamawiający mógłby ustalić zabezpieczenie w wysokości przekraczającej 5%, tj. uwzględniającej również wartość prawa opcji.

70. O ile jednak **pierwszy warunek ma charakter obiektywny** i nie zależy od woli zamawiającego, o tyle spełnienie **drugiego warunku jest uzależnione od prawidłowego działania zamawiającego**, na którym ciąży obowiązek dostatecznego uzasadnienia podjętej przez siebie decyzji. Zgodnie bowiem z obowiązującymi w procedurze odwoławczej regułami postępowania dowodowego, ciężar dowodu spoczywa na Zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci żądania wniesienia zabezpieczenia w wyższej wartości niż 5% zamówienia gwarantowanego. **Próżno szukać jednak w SWZ uzasadnienia, gdzie Zamawiający wykazuje, że przyczyny żądania >5-procentowego zabezpieczenia znajduje jakiegokolwiek uzasadnienie w przedmiocie zamówienia lub ryzyku związanym z jego realizacją.**

71. W cytowanym orzeczeniu Izba podkreśla, że *„ustawa nie wskazuje wyłącznie dwóch progów zabezpieczenia 5% i 10%, lecz daje zamawiającemu możliwość ustalenia go w stosownej wysokości z zastrzeżeniem uzasadnienia w przypadku przekroczenia wartości 5%. Powinność*

dowodowa zamawiającego obejmuje zatem dwa elementy: przekroczenie progu 5% oraz ustalenie wartości w przedziale od 6% do 10%.”. Tymczasem, w ramach Postępowania na obecnym etapie:

- nie sposób wskazać jaka wartość zabezpieczenia będzie miała zastosowanie do poszczególnego wykonawcy, gdyż na obecnym etapie nie ma wiedzy, jak procentowo będzie się rozkładała cena zamówienia gwarantowanego i cena prawa opcji,
- nie sposób zagwarantować, że każda oferta będzie zabezpieczona na tym samym poziomie procentowym, gdyż na obecnym etapie nie ma wiedzy, jak procentowo będzie się rozkładała cena zamówienia gwarantowanego i cena prawa opcji,
- Zamawiający nie jest w stanie wykazać, że te różne dla poszczególnych wykonawców procenty (mieszczące się w przedziale od >5% do ≤ 10%) stanowią stosowną, uzasadnioną wysokość.

Tym samym, Zamawiający – wbrew postanowieniom art. 452 ust. 3 ustawy Pzp, nie udowodnić ani potrzeby przekroczenia progu 5%, ani nie wykazał, dlaczego ustalił wysokość zabezpieczenia o nieokreślonej wartości, ani nie uzasadnił, dlaczego zdaniem Zamawiającego takie różnicowanie wykonawców w zakresie wysokości żądanego zabezpieczenia jest legalne. Zdaniem Odwołującego, takie działanie stanowi rażące naruszenie prawa, które w żaden sposób nie da się pogodzić z obowiązującymi zasadami i przepisami ustawy Pzp.

72. Odwołujący wskazuje więc, że w celu konwalidowania wad treści wzoru umowy, niezbędne jest ustanowienie zabezpieczenia w maksymalnej wysokości 5% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego, na dzień zawarcia umowy (tj. wynagrodzenia należnego za Etap I). Jeżeli zaś Zamawiający zdecyduje się na realizację prawa opcji, to dopiero wówczas zabezpieczenie powinno być zwiększone do 5% ceny całkowitej podanej w ofercie za realizację obu etapów (tj. wynagrodzenia należnego za Etap I i Etap II).

73. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu § 7 ust. 1-2 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’ następującym brzmieniem:

„1. Wykonawca wnosi na zasadach określonych w przepisach Prawa zamówień publicznych zabezpieczenie należytego wykonania Umowy (dalej jako „Zabezpieczenie”) w kwocie.....zł (słownie:), co stanowi 5% ceny ~~całkowitej~~ **podanej w ofercie za realizację Etapu I, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy.**

2. W przypadku, gdy Zamawiający ~~nie~~ skorzysta z Prawa Opcji, o którym mowa w § 2 ust. 4 niniejszej Umowy w terminie tam wskazanym, **w terminie 21 dni od dnia przekazania informacji o skorzystaniu z Prawa opcji, z dniem upływu tego terminu** Zabezpieczenie ulegnie **podwyższeniu ograniczeniu (zwolnienie)** do wysokościzł (słownie:), co stanowi 5 % **cenę całkowitą** podanej w ofercie ~~cenę za wykonanie Etapu I, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 niniejszej Umowy~~. **Ograniczenie (zwolnienie) Podwyższenie kwoty Zabezpieczenia** nastąpi w sposób właściwy dla formy, w jakiej zostało ono udzielone **lub inny przewidziany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych**".

(żądanie nr 9).

➤ ZARZUT Z PKT VII.5.7.

74. W § 12 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ 'Wzór umowy', Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„Wykonawca (Kierownik budowy) zgłosi Zamawiającemu pisemnie gotowość do odbioru końcowego (wpisem do dziennika budowy oraz odrębnym pismem złożonym w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), **co najmniej na 35 dni przed terminem określonym w §3 ust. 2**. Potwierdzenie tego zgłoszenia lub brak ustosunkowania się przez Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od daty dokonania zgłoszenia oznaczać będzie osiągnięcie przez Wykonawcę gotowości do odbioru w dacie pisemnego zgłoszenia”.

75. Powyższa regulacja jest sprzeczna z zasadami ustawy PZP oraz zasadą swobody umów z uwagi na powiązane z nią inne przepisy, które Odwołujący cytuje poniżej. W § 3 ust. 2 Załącznika nr 3 do SWZ 'Wzór umowy', Zamawiający postanowił, że:

„2. Termin wykonania całości przedmiotu Umowy ustala się do, w tym w zakresie:

1) Etapu I, o którym mowa w § 2 ust. 3 pkt 1 niniejszej Umowy -

2) Etapu II, o którym mowa w § 2 ust. 3 pkt 2 niniejszej Umowy -

Zaś w **pkt 7. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA** SWZ Zamawiający postanowił:

„Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy, w tym:

Etap I: do 9 miesięcy od daty podpisania umowy;

Etap II: do 21 miesięcy od daty podpisania umowy”.

Zamawiający w **§3 ust. 4 wzoru umowy** postanowił, że:

„Za termin wykonania przedmiotu Umowy uważa się dzień zakończenia prac przez Komisję Odbioru w trybie określonym w § 12 niniejszej Umowy.”

76. Uregulowanie przez Zamawiającego obowiązku Wykonawcy zgłoszenia przewidzianego w umowie obiektu do odbioru końcowego na 35 dni, przy jednoczesnym uregulowaniu, że wykonawca nie spełnia świadczenia w dniu zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego (czyli za Kodeksem cywilnym oddanie przewidzianego w umowie obiektu) tylko w dniu zakończenia odbioru, oznacza dla Wykonawcy faktyczne skrócenie czasu realizacji zamówienia o około 1 miesiąc. Wykonawca uważa, że taka regulacja jest nieproporcjonalna, tj. nadmiernie skraca wykonawcy termin realizacji zamówienia, a Zamawiającemu z kolei przyznaje niewspółmiernie długi czas na realizację jego obowiązku odbioru wykonanych robót budowlanych. Jednocześnie, Wykonawca wskazuje również w tym miejscu, co jest przedmiotem również odwołania i należy uwzględnić to również w kontekście tego zarzutu, że budzi zastrzeżenia Wykonawcy ustalenie krótkiego terminu realizacji umowy, a także zastrzeżenie kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy rozumianego właśnie jako zakończenie odbioru końcowego, a nie za niedotrzymanie terminu zgłoszenia robót do odbioru końcowego, co jest karą umowną nie za zachowanie wykonawcy, o czym mowa w dalszej części odwołania.

77. Podsumowując Zamawiający ustalił termin wykonania zamówienia oraz termin zgłoszenia robót budowlanych do odbioru końcowego (czyli spełnienia świadczenia wykonawcy) bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia, a także w sposób nie zapewniający najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia.

78. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego § 12 ust. 3 wzoru umowy następującym brzmieniem:

*„Wykonawca (Kierownik budowy) zgłosi Zamawiającemu pisemnie gotowość do odbioru końcowego (wpisem do dziennika budowy oraz odrębnym pismem złożonym w Biurze Projektu (z siedzibą w Krakowie przy ul., pok.), co najmniej na **7 dni** przed terminem określonym w §3 ust. 2. Potwierdzenie tego zgłoszenia lub brak ustosunkowania się przez Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych od daty dokonania zgłoszenia oznaczać będzie osiągnięcie przez Wykonawcę gotowości do odbioru w dacie pisemnego zgłoszenia”*

(żądanie nr 10).

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.8.**

79. W § 14 ust. 1 lit. a), b) Załącznika nr 3 do SWZ 'Wzór umowy', Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

„Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w formie kar umownych, w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:

*a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy – w **wysokości 0,2% całkowitego wynagrodzenia brutto** określonego w §7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony **od terminu określonego w§3 ust. 2;***

*b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, w okresie gwarancji lub okresie rękojmi za wady–w wysokości **0,2% całkowitego wynagrodzenia brutto** określonego w§7 ust. 1 za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”.*

80. Wykonawca upatruje wadliwość ww. regulacji, jeżeli chodzi o **karę umowną za niedotrzymanie terminu wykonania umowy** po pierwsze, w samej wysokości procentu, liczonego za każdy dzień zwłoki. Po drugie, w terminie od którego naliczana jest kara umowna, tj. od niedotrzymania terminu odbioru końcowego. Kara umowna w wysokości 0, 2% jest rażąco wygórowana przez samą wielkość tego zastrzeżenia odniesioną do każdego dnia. Nadmierność wynika również z faktu, że kara ta naliczana jest za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, którą zamawiający rozumie jako zakończenie odbioru końcowego („Za termin wykonania przedmiotu Umowy uważa się dzień zakończenia prac przez Komisję Odbioru w trybie określonym w § 12 niniejszej Umowy.”). Wykonawca zwraca uwagę, że przy takiej regulacji sankcjonowane jest nie zachowanie Wykonawcy, dotrzymanie bowiem terminu wykonania umowy, czyli terminu odbioru końcowego po zgłoszeniu przez wykonawcę robót do odbioru zależy od Zamawiającego, a nie od Wykonawcy. Zgodnie z wzorem umowy o roboty budowlane uregulowanym w Kodeksie cywilnym wykonawca robót budowlanych spełnia świadczenie w momencie oddania przewidzianego w umowie obiektu. Natomiast oddanie przez wykonawcę przewidzianego w umowie obiektu, rodzi obowiązek odbioru obiektu po stronie inwestora. Chociaż strony umowy mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania i ustalić inny moment wykonania umowy, to kara umowna powinna dotyczyć zachowania dłużnika i momentu spełnienia przez niego świadczenia stanowiącego przedmiot zobowiązania. Proporcjonalne i uzasadnione w świetle orzecznictwa sądowego, w tym Sądu Najwyższego

dotyczącego instytucji kary umownej, jest określenie kary umownej tak aby kara umowna precyzyjnie i szczegółowo określała zobowiązanie (świadczenie dłużnika danie/czynienie/zaniechanie/znoszenie), ewentualnie pojedynczy obowiązek dłużnika. Należy mieć również na względzie aby wysokość kary była dostosowana do wagi przewinienia, którą należy określać **wartością danego świadczenia**. A zatem skoro obowiązkiem wykonawcy jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, czyli zgłoszenie wykonanych robót budowlanych do odbioru, a obowiązkiem inwestora jest dokonanie odbioru, to kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę w tym zakresie powinna być liczona za niedotrzymanie terminu zgłoszenia robót do odbioru końcowego, a nie za niedotrzymanie terminu odbioru, ponieważ odbiór jest obowiązkiem Zamawiającego.

81. Jeżeli z kolei chodzi o **karę umowną za niedotrzymanie terminu usunięcia wad stwierdzanych przy odbiorze** to wykonawca wskazuje po pierwsze na nadmiernie wygórowaną wysokość procentu, pod drugie na liczenie tej kary od wartości całego wynagrodzenia, a nie od wartości elementu robót, w którym ujawniona została wada. Wykonawca podnosi, że zgodnie z ugruntowaną wykładnią sądów, w tym Sądu Najwyższego dokonaną na tle art. 483 KC. i 484 KC. a także zgodnie z dobrymi praktykami, które upublicznia Prezes Urzędu Zamówień publicznych, **każdorazowo wysokość kary powinna być dostosowana do wagi przewinienia, którą należy określać wartością danego świadczenia**. A zatem, nie jest uczciwe, nie jest dobrą praktyką naliczanie kary umownej od całkowitego wynagrodzenia, w sytuacji gdy przedmiot uchybień wykonawcy (nienależytego wykonania umowy) dotyczy części świadczenia. A zatem kara umowna za niedotrzymanie terminu w usunięciu wad nie powinna być uregulowana w oderwaniu od tej części świadczenia, której wada dotyczy. W przypadku robót budowlanych, przedmiot świadczenia jest podzielny, odbierany częściowo i częściowo rozliczany, wada jest identyfikowana odnośnie danego elementu robót. Uzasadnia to odniesienie zastrzeganej kary umownej do wartości danego elementu robót.

82. Podsumowując, Zamawiający ustalił kary umowne rażąco wygórowane, co bezzasadnie podraża ofertę wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia. Jednocześnie regulacja kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy nie sankcjonuje zachowania wykonawcy.

83. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego § 14 ust. 1 lit a), b) wzoru umowy następującym brzmieniem:

„Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w formie kar umownych, w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:

*a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy – w wysokości **0,02%** całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w §7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony **od terminu zgłoszenia Zamawiającemu pisemnie gotowość do odbioru końcowego, o którym mowa w § 12 ust. 3;***

*b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, w okresie gwarancji lub okresie rękojmi za wady – w wysokości **0,02%** całkowitego wynagrodzenia brutto za dany element robót, **w którym stwierdzono wadę przy odbiorze**, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”.*

(żądanie nr 11).

➤ **ZARZUT Z PKT VII.5.9.**

84. W § 14 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ ‘Wzór umowy’, Zamawiający ustanowił następujące zasady realizacji przedmiotowego zamówienia:

*„Łączna wysokość kar umownych nie **przekroczy 25% całkowitego wynagrodzenia brutto** określonego w § 7 ust. 1”.*

85. Limit kar umownych jakimi może obciążyć Zamawiający wykonawcę jest rażąco wygórowany i nieuzasadniony w świetle okoliczności danego przetargu. Ustalają limit kar umownych na poziomie 25 % całkowitego wynagrodzenia brutto oznacza bezzasadnie podrożenie oferty wykonawcy, z uwagi na konieczność wliczenia ryzyka zapłaty nadmiernie wygórowanych kar umownych, z w żaden sposób nie przekłada się na zapewnienie najlepszej jakości robót budowlanych oraz stanowi zbytnie obciążenie finansowe wykonawcy w zaistniałej sytuacji gospodarczo-politycznej oraz stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia. Wykonawca podnosi, że limitem kar powinna być kara umowna za odstąpienie od umowy, którą Zamawiający ustalił na uczciwym poziomie 10%.

86. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego § 14 ust. 3 wzoru umowy następującym brzmieniem:

*„Łączna wysokość kar umownych nie przekroczy **10%** całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1”*

(żądanie nr 12).

E. TERMIN SKŁADANIA OFERT

87. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 01 grudnia 2022. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu, treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie ponowne, kompleksowe przeanalizowanie własnych zasobów, w celu weryfikacji spełnienia czterech nowych warunków udziału w Postępowaniu – doświadczenie wykonawcy oraz doświadczenia trzech kluczowych specjalistów.

88. Z uwagi na fakt, że kwestionowane warunki udziału w postępowaniu są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych i zawodowych. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania (również w zakresie doboru kadry technicznej), które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.

89. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania oferty o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu uwzględnienia odwołania w całości lub od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty (**żądanie nr 13**).

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Z poważaniem,

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) Pełnomocnictwo wraz z dowodem opłaty.