

Warszawa, dnia 19 lipca 2021 roku

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

**Zamawiający:**

**Akademia Muzyczna imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy**  
ul. Juliusza Słowackiego 7, 85-008 Bydgoszcz  
tel.: 52 321 05 82 wew. 26  
e-mail: zam.publiczne@amfn.pl

**Odwołujący:**

**ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.**  
ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz  
KRS: 0000326054  
reprezentowana przez:  
**adwokata Jana Rolińskiego**  
**radcę prawnego Michała Mielnika**  
z kancelarii WKB Wierciński Kwieciński  
Baehr sp.j.  
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa  
tel.: 22 201 00 00, fax: 22 201 00 99  
e-mail: [jan.rolinski@wkb.pl](mailto:jan.rolinski@wkb.pl),  
[michal.mielnik@wkb.pl](mailto:michal.mielnik@wkb.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy* – dalej jako „**Postępowanie**”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 07.07.2021 r. pod nr 2021/S 129-341232.

**Przedmiot zamówienia zgodny z opisem zawartym w ww. ogłoszeniu:** Przedmiotem zamówienia jest budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną.

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „**ALSTAL**” lub „**Odwołujący**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego – Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy (dalej jako „**Zamawiający**”) polegającej na **ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”), w tym w szczególności warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz treści wzoru umowy (dalej jako „Umowa”), w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „KC”).**

**Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. **art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3) PZP oraz art 115 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** poprzez niewłaściwe zastosowanie i określenie w rozdziale IX pkt 2.1.1. SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. obowiązku wykazania przez wykonawcę, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 290 000 000,00 zł, podczas gdy takie określenie warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie jest konieczne celem oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, co w konsekwencji narusza zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności,
2. **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) PZP oraz art 115 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** poprzez niewłaściwe zastosowanie i określenie w rozdziale IX pkt 2.1.2. SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. obowiązku wykazania przez wykonawcę, że osiągnął w ostatnich trzech latach roczne przychody nie niższe niż 290 000 000,00 zł netto, podczas gdy takie określenie warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie jest konieczne celem oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, co w konsekwencji narusza zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.
3. **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) PZP oraz art 115 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP** poprzez niewłaściwe zastosowanie i określenie w rozdziale IX pkt 2.1.2. SWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania przez wykonawcę polisy OC obejmującą ubezpieczenie w zakresie odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe z sumą ubezpieczenia nie mniejszą niż 100 000 000,00 zł, podczas gdy Zamawiający, na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców, nie powinien kreować tak szczegółowych wymagań dotyczących polisy OC wykonawcy, gdyż warunek powinien jedynie zweryfikować sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy, tj. zdolność do zawarcia umowy ubezpieczenia, a nie stawiać wymagań dotyczących treści polisy OC, co w konsekwencji powoduje, że tak określony warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i nieadekwatny, a także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) PZP oraz 116 ust. 1 PZP i art. 117 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP** poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i określenie w rozdziale IX pkt. 2.2. SWZ warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do

zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacje personelu wykonawcy) w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji narusza zasady formułowania warunków udziału w postępowaniu określone w art. 112 ust. 1 PZP, art. 116 ust. 1 oraz art. 117 PZP oraz przeprowadzenia postępowania wynikające z art. 16 PZP,

5. **art. 239 ust. 2 PZP i art. 242 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i ustanowienie dwóch kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny oferty (Kryterium Ceba brutto robót budowlanych – kryterium 1 oraz Kryterium Cena brutto robót przygotowawczych – kryterium 2), podczas gdy kryterium oceny ofert odnoszące się do ceny oferty powinno dotyczyć łącznej ceny oferty, a Zamawiający nie jest uprawniony do ustanawiania odrębnych kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny oferty i przypisywania im różnych wag,
6. **art. 239 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i ukształtowanie kryterium oceny ofert nr 4 „Dodatkowe doświadczenie zespołu wykonawcy” nieodnoszące się do jakości wykonania zamówienia, oraz naruszające uczciwą konkurencję, a nadto dyskryminujące wykonawców dysponujących szeroką, wykwalifikowaną kadrą, oraz faworyzujące doświadczenie osoby na stanowisko kierownika budowy/kierownika robót ogólnobudowlanych w stosunku do pozostałych kryteriów oceny ofert, podczas gdy Zamawiający nie jest uprawniony do całkowicie dowolnego kształtowania kryteriów oceny ofert z pominięciem zasady efektywności, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności oraz celu formułowania kryteriów oceny ofert jakim jest wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty,
7. **art. 436 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> KC** poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i określenie planowanego terminu zrealizowania przedmiotu zamówienia przez wskazanie daty końcowej wykonania umowy, w sytuacji gdy Zamawiający powinien określić termin wykonania umowy w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach liczonych od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
8. **art. 647 KC i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uzależnienie uznania zamówienia za zrealizowane od podpisania protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag i stwierdzenia przez Zamawiającego, że zostało ono należycie wykonane, w sytuacji gdy, zgodnie z art. 647 KC, Zamawiający nie może odmówić odbioru robót i tym samym uznania zamówienia za zrealizowane w sytuacji wystąpienia

wad nieistotnych (nielimitujących możliwości korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem),

- 9. art. 99 ust. 1 PZP i art. 433 pkt 3 PZP oraz art. 651 KC** poprzez niezasadne przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę i określenie w § 2 ust. 3 i 4 Umowy, że wszelkie zastrzeżenia wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy nie mogą być podstawą dochodzenia roszczeń od Zamawiającego oraz żądania przez wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia poszczególnych etapów wykonywanych robót przewidzianych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, w tym terminu zakończenia robót, podczas gdy postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a wystąpienie okoliczności, których nie można było przewidzieć przed złożeniem oferty i zawarciem umowy nie mogą powodować ponoszenia przez wykonawcę ich negatywnych skutków, w tym w szczególności takie koszty nie mogą być ujęte w wynagrodzeniu wykonawcy wynikającym z oferty,
- 10. art. 577 § 1 i 2 KC oraz art. 580 § 2 w zw. z art. 638 § 2 KC i art. 656 § 1 KC, i art. 353<sup>1</sup> KC, w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i zastrzeżenie w § 14 ust. 4 Umowy, obowiązku usunięcia przez wykonawcę wad i usterek powstałych w okresie gwarancji i rękojmi w terminie nieuwzględniającym technicznych i technologicznych możliwości ich usunięcia,
- 11. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art., 433 pkt 2 PZP, art. 473 § 1 KC, art. 483 § 1 KC i art. 484 § 2 KC, oraz art. 16 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i:
- a. zastrzeżenie w § 18 ust. 1 pkt 1.18 Umowy kary umownej na wypadek nienależytego (niezgodnego z postanowieniami umowy) wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do precyzyjnego określenia okoliczności stanowiących podstawę naliczenia kary umownej,
  - b. zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co stanowi naruszenie zasady równości strony umowy oraz wyklucza prawidłowe skalkulowanie ceny oferty z uwagi na brak możliwości oceny ryzyka wynikającego z realizacji umowy, które spoczywać będzie na wykonawcy, co tym samym powoduje że złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji jest niemożliwe.
- 12. art. 134 ust. 1 PZP w zw. z art. 135 ust. 1 PZP w zw. z art. 137 ust. 1 i 2 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i ustalenie w § 1 ust. 5 Umowy gradacji dokumentów w taki sposób, że pierwotne brzmienie dokumentów wchodzących w skład SWZ pozostaje istotniejsze od udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SWZ,

podczas gdy wyjaśnienia treści SWZ stanowią doprecyzowanie pierwotnych postanowień oraz mogą stanowić ich zmianę, a tym samym powinny stanowić integralną treść SWZ,

- 13. art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 431 PZP i art. 16 pkt 1 PZP** poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i ustalenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz jego wysokości w sposób powodujący, że waloryzacja wynagrodzenia nie będzie odpowiadała faktycznej zmianie cen na rynku, a nadto ustalenie nierynkowego limitu waloryzacji wynagrodzenia, co powoduje, że jest ona pozorna, podczas gdy postanowienia umowy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powinny uprawniać wykonawcę do podwyższenia wynagrodzenia na wypadek wzrostu cen materiałów w sposób odpowiadający faktycznej zmianie cen na rynku,
- 14. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP**, poprzez ich błędne zastosowanie i opisanie obowiązków wykonawcy przy użyciu pojęć niepozwalających na jednoznaczne ustalenie zakresu zobowiązań wykonawcy, podczas gdy Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 15. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, oraz art. art. 431 PZP, art. 16 PZP** poprzez przyznanie Zamawiającemu (Inżynierowi Kontraktu) 30 dni roboczych na zatwierdzenie lub odrzucenie karty materiału, liczonych od dnia jej złożenia przez wykonawcę, podczas gdy termin ten jest zbyt długi, utrudnia sprawną realizację zamówienia, a wystarczającym i odpowiednim na ocenę karty materiału jest termin 14 dni liczony od dnia jej złożenia,
- 16. art. 138 ust. 1 pzp w zw. z art. 131 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP** poprzez ich niewłaście zastosowanie i określenie przez Zamawiającego minimalnego terminu na złożenie ofert przez wykonawców (tj. 35 dni) licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić obowiązek odbycia wizji lokalnej (która odbyła się w dniu 16 lipca 2021 r.), złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia, oraz czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert, a tym samym wyznaczyć znacznie dłuższy termin składania ofert niż jego minimalna okres.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 i 3 PZP:

1. zmianę treści SWZ oraz Umowy w sposób opisany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto wnoszę o:

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

### **Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia**

Odwołujący jest wykonawcą specjalizującym się w realizacji robót budowlanych i budowaniu obiektów kubaturowych. Odwołujący zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia objętego Postępowaniem. Jednak, w świetle obecnych postanowień SWZ, w tym w szczególności niewłaściwemu określeniu warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, oraz sporządzeniu SWZ oraz Umowy niezgodnie z przepisami PZP i KC Odwołujący nie może złożyć oferty w warunkach uczciwej konkurencji. Udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja postępowania zawiera istotne wady, a jej postanowienia są sprzeczne z obowiązującymi przepisami PZP i KC. Tym samym, Alstal, pomimo tego, że posiada odpowiednie zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, nie może uczestniczyć w Postępowaniu na warunkach, które powinny być mu zagwarantowane w świetle zasad wynikających z przepisów PZP.

Powyższe przesądza, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP.

### **Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania**

Naruszenie zarzucanych wyżej przepisów PZP będzie miało bezpośredni wpływ na wynik Postępowania, bowiem doprowadzi do udzielenia zamówienia w sposób niezgodny z przepisami PZP i KC, uniemożliwiając złożenie ofert wykonawcom posiadającym odpowiednie zasoby do jej realizacji. Ponadto przeprowadzenie Postępowania na warunkach aktualnie obowiązujących prowadzi do wyboru oferty, która nie będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle zasady efektywności.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ wraz z załącznikami zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 7 lipca br., wobec czego odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP w zw. z art. 509 ust. 2 PZP.



## Uzasadnienie

### 1. Zarzut 1, 2 i 3 – nieprawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej

Zamawiający w rozdziale IX pkt 2.1. SWZ określił warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Odwołujący stawia zarzuty wobec każdego z warunków:

#### 1.1. Posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 290 000 000 zł.

1.1.1. Co do zasady warunek odnoszący się do posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej jest dopuszczalny w świetle przepisów PZP i Odwołujący nie kwestionuje możliwości jego zastosowania. Jednak Zamawiający określił wysokość oczekiwanych środków finansowych lub zdolności kredytowej z pominięciem zasady proporcjonalności. **Nie istnieją bowiem okoliczności, które wymagałyby, aby do realizacji zamówienia objętego postępowaniem konieczne było posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w takiej wysokości.** Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 220 000 000 zł, co wynika z pkt II.1.5. ogłoszenia o zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zamówienie należy wykonać do dnia 30 listopada 2023 r., a zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego (co wydaje się być mało realne) umowa z wykonawcą wybranym w Postępowaniu ma zostać podpisana w dniu 3 października 2021 r. Tym samym Zamawiający przewiduje, że realizacja zamówienia ma trwać około 26 miesięcy. Zgodnie z projektem umowy Zamawiający przewiduje, że wynagrodzenie wykonawcy ma być wypłacane w okresach miesięcznych (§ 7 ust. 6) zgodnie z zaakceptowanym przez Inżyniera Kontraktu Protokołem Rzeczowo – Finansowym, potwierdzającym procentowy postęp robót (§ 7 ust. 5). Ponadto Zamawiający przewidział, że płatności częściowe mają nie przekroczyć 93% wartości umowy, a jedynie 7% wynagrodzenia zostanie wypłacone po wystawieniu faktury końcowej. Oznacza to, że wynagrodzenie wykonawcy będzie rozliczane na bieżąco i nie wystąpi okoliczność, w której wykonawca byłby zmuszony do posiadania znaczących środków własnych celem pokrycia kosztów wykonania zamówienia. Biorąc przy tym także aktualny termin wykonania zamówienia, czyli około 26 miesięcy, nie wystąpi konieczność pokrywania kosztów realizacji zamówienia w wysokości wynikającej z warunku udziału w postępowaniu.

1.1.2. Z powyższego względu, przy realizacji zamówienia wykonawca nie będzie zobowiązany do zaangażowania środków własnych celem pokrycia kosztów

wykonania zamówienia, gdyż wszelkie prace wykonane w ramach zamówienia będą rozliczane w okresach miesięcznych. Potencjalne, maksymalne zaangażowanie środków własnych wykonawcy w realizację zamówienia (zapłata wynagrodzenia nastąpi w kolejnych okresach rozliczeniowych, a wykonawca będzie musiał wcześniej pokryć koszty pracownicze, materiałów, podwykonawców etc.) nie przekroczy kwoty 40 000 000 zł. W związku z tym, żądanie, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem środków własnych lub zdolności kredytowej w wysokości 290 000 000 zł jest nieproporcjonalne. Takie środki nie będą potrzebne do wykonania zamówienia.

**1.1.3.** Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP Zamawiający, stawiając warunki udziału w postępowaniu, **jest zobowiązany do takiego ich ukształtowania, aby weryfikowały one minimalne poziomy zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W przypadku omawianego warunku Zamawiający znacząco zawyżył warunek udziału i nie wziął pod uwagę szacunkowej wartości zamówienia, terminu wykonania zamówienia oraz zasad płatności wynikających z Umowy.** Powyższe elementy Zamawiający jest zobowiązany uwzględniać przy określeniu warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej (por. KIO 1721/11).

**1.1.4.** Tak ukształtowany warunek udziału znacząco ogranicza krąg potencjalnych wykonawców i powoduje, że jedynie największe podmioty z branży mogą złożyć ofertę. Pomimo tego, że Odwołujący realizuje wiele podobnych zamówień, posiada bogate doświadczenie w zakresie obiektów kubaturowych, oraz wielokrotnie w innych postępowaniach składa konkurencyjne oferty względem największych podmiotów z branży, nie może złożyć oferty w Postępowaniu. To potwierdza, że warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny, wygórowany i faworyzuje największe podmioty na rynku, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**1.1.5.** W konsekwencji powyższego, **Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i zmianę warunku udziału w taki sposób, aby wykonawca zobowiązany był do wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 85 000 000 zł.**

**1.2. Posiadanie w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych przychodów netto w wysokości nie niższej niż 290 000 000 zł**

**1.2.1.** Odwołujący ponownie kwestionuje nie samą dopuszczalność stawiania takiego wymagania, a jedynie wysokość przychodów netto jaką musi wykazać się



wykonawca. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że przedmiot zamówienia jest znaczącej wartości a Zamawiający chce należycie zbadać wykonawców, którzy złożą ofertę. Jednak, ponownie Zamawiający w sposób całkowicie nieuzasadniony, stawia bardzo wysokie wymagania dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Oczekiwanie, aby przychód wykonawcy w każdym z ostatnich trzech lat wynosił co najmniej 290 000 000 zł netto, przy uwzględnieniu szacunkowej wartości zamówienia w wysokości 220 000 000 zł netto, oraz czasu trwania realizacji zamówienia (tj. aktualnie ok. 26 miesięcy) nie są proporcjonalne. Zamawiający musi brać pod uwagę powyższe okoliczności. Nie powinien zatem, bezrefleksyjnie żądać, aby wykonawca wykazał wyższy przychodu netto niż wartość zamówienia, które ma być realizowane przez ponad 2 lata. Nie ma możliwości, aby w związku z wykonaniem zamówienia, w jednym roku, wykonawca chociażby zbliżył się do przychodu na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego.

- 1.2.2.** W stosunku do tego zarzutu aktualne pozostają argumenty dotyczące sposobu rozliczenia wynagrodzenia, w tym przede wszystkim płatności częściowe w okresach miesięcznych, które umożliwiają wykonawcy realizację inwestycji bez zaangażowania własnych środków.
- 1.2.3.** Zarzut jest zatem zasadny, nawet biorąc pod uwagę treść przepisu art. 115 ust. 2 PZP, z którego wynika możliwość kreowania warunku dotyczącego przychodu na poziomie dwukrotności wartości zamówienia. Przepis ten jednak nie oznacza, że Zamawiający może korzystać z tego uprawnienia w sposób całkowicie dowolny, bez oceny przez pryzmat zasady proporcjonalności, adekwatności. W kontekście warunków udziału w postępowaniu ważne jest również to, że Zamawiający powinien wymagać spełnienia pewnych minimalnych wymagań, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zaniechanie Zamawiającego polegające na braku odpowiedniego przeanalizowania zasadności tak sformułowanego warunku powoduje natomiast, że udział w zamówieniu podmiotów zdolnych do jego wykonania jest istotnie ograniczony. Nie istnieją żadne argumenty ani okoliczności, które mogłyby uzasadniać tak wysokie wymagania. Fakt, że wykonawca w okresie ostatnich trzech lat nie osiągnie przychodu netto w wysokości 290 000 000 zł netto nie kreuje po stronie Zamawiającego żadnego ryzyka. Wykonawca bowiem i tak będzie zobowiązany do wniesienia stosownego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, posiadać polisę OC oraz CAR.

**1.2.4.** Zamawiający stawiając warunek dotyczący przychodu ogranicza możliwość udziału jedynie do wąskiej grupy wykonawców działających na rynku budowlanym, co z jednej strony jest niekorzystne dla Zamawiającego ze względu na ryzyko wysokich cen i mniejszej konkurencji wśród wykonawców. Z drugiej natomiast strony, Zamawiający w ten sposób uniemożliwia złożenie oferty przez wykonawcę zdolnego do jego należytego wykonania, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem stawia w pozycji uprzywilejowanej podmioty posiadające wysokie przychody, co jednocześnie nie ma znaczenia z punktu widzenia możliwości prawidłowej realizacji zamówienia.

**1.2.5. W konsekwencji Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu zmiany wysokości przychodu netto do wysokości nie wyższej niż 270 000 000 zł netto w każdym z ostatnich trzech lat (jakkolwiek w ocenie Odwołującego wysokość ta powinna być niższa, to jednak w interesie Odwołującego jest zmniejszenie przychodu do wyżej wskazanej wysokości).**

### **1.3. Posiadanie polisy OC**

**1.3.1.** Zamawiający w rozdziale IX pkt 2.1.3. SWZ wymaga, aby wykonawca, celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, posiadał ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną w wysokości 100 000 000 zł. Tego elementu warunku Odwołujący nie kwestionuje. Jednak w dalszej części warunku Zamawiający oczekuje, że polisa powinna potwierdzać ochronę ubezpieczeniową do wysokości sumy gwarancyjnej z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe, co jest nadmiernym, nieadekwatnym i nieproporcjonalnym wymaganiem Zamawiającego.

**1.3.2. Posiadanie policy OC jako warunek udziału w postępowaniu ma na celu weryfikację jedynie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, stąd też Zamawiający nie jest uprawniony do stawiania konkretnych oczekiwań wobec treści polisy OC. Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kreować szczegółowe wymagania dotyczące ubezpieczenia wykonawcy. Zamawiający powinien ograniczyć się do weryfikacji czy sytuacja ekonomiczna wykonawcy pozwala mu na uzyskanie ubezpieczenia OC w określonej wysokości. Natomiast szczegółowa weryfikacja czy suma ubezpieczenia odnosi się do konkretnych zdarzeń ubezpieczeniowych jest zbędna.**

**1.3.3.** Rynek ubezpieczeń OC wykonawców jest bardzo szeroki, a oferowane produkty ubezpieczeniowe mają różne postanowienia, w tym ograniczenia. Jedynie ze względu na biznesowe decyzje oraz potrzeby w danym momencie wykonawca decyduje o ochronie wynikającej z ubezpieczenia OC. Naturalne jest jednocześnie, że w zależności od wymagań zamawiających, przy zawieraniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zmienia warunki zawartych umów ubezpieczenia, czy też decyduje się na zawarcie odrębnej umowy z ubezpieczycielem.

**1.3.4.** Wymagając zatem szerszej ochrony ubezpieczenia OC niż podstawowe ubezpieczenie OC, Zamawiający wkracza już na etap wykonania zamówienia. Na etapie natomiast weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien jedynie sprawdzić czy wykonawca, uwzględniając jego sytuację ekonomiczną, może nabyć ubezpieczenie OC uwzględniające pewną sumę ubezpieczenia. Zupełnie inne wymagania Zamawiający może kreować już na etapie wykonania zamówienia, z czego Zamawiający skorzystał poprzez żądanie obok polisy OC także ubezpieczenia CAR (§ 12 Umowy).

**1.3.5. Z tego powodu wymagania Zamawiającego są nieproporcjonalne, nieadekwatne i naruszają podstawowe zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wnosi zatem o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku udziału poprzez wykreślenie następującego fragmentu: *polisa powinna potwierdzać ochronę ubezpieczeniową Wykonawcy do wysokości sumy gwarancyjnej z tytułu odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej oraz za czyste straty finansowe.***

**2. Zarzut 4 – nieprawidłowe ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej**

Zamawiający niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności z pominięciem zasad formułowania warunków udziału wynikających z art. 112 ust. 1 PZP, art. 116 ust. 1 PZP, art. 117 ust. 1 PZP oraz art. 16 PZP ukształtował warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu **w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.**

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”, np. uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO/KD 48/19) wynika, że warunek proporcjonalny to taki, który nie jest nadmierny, a w wyniku przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, uzyskuje się przekonanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. **Tym samym Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby dopuścić do złożenia oferty jedynie wykonawców posiadających odpowiednie zasoby i zdolności do jego wykonania. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może stawiać całkowicie dowolne warunki, gdyż powinny one być adekwatne i niewygórowane celem zapewnienia odpowiedniej konkurencji w postępowaniu.** Znajduje to również swoje odzwierciedlenie w zasadach przygotowania i przeprowadzenia postępowania wynikających z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, tj. z zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.

**Wymóg zaś określenia warunków udziału na minimalnym poziomie oznacza, że oczekiwania stawiane przez Zamawiającego nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.**

Jednocześnie, zgodnie z art. 16 pkt 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. **Na Zamawiającym ciąży więc obowiązek zapewnienia, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogło wziąć możliwie jak najwięcej podmiotów dających rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia.** Zamawiający powinien jednocześnie przeciwdziałać ograniczeniu dostępu do postępowania.

## **2.1. Doświadczenia wykonawcy**

**2.1.1.** Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2.2.1 SWZ wykonawca celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie co najmniej 1 (jednego) nowego budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych o wymaganych parametrach:

- a. powierzchnia całkowita budynku nie mniejsza niż 10.000,00 m<sup>2</sup>,
- b. wartości robót nie mniejszej, niż 100.000.000,00 zł brutto,
- c. obiekt posiada salę koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi i roboty obejmowały system akustyki Sali koncertowej
- d. wykonane roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, elektroakustyki.

**2.1.2.** Dodatkowo, w zakresie warunku wskazanego w pkt 2.2.1. SWZ Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem obejmującym wyłącznie budowę nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy. Natomiast, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 2.2.1. SWZ musi spełniać łącznie przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum.

**2.1.3.** W tym kontekście, za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieadekwatne i wykraczające poza niezbędne minimum mające na celu weryfikację podmiotową wykonawcy należy uznać następujące elementy:

**2.1.3.1. określenie okresu referencyjnego jedynie do 8 lat przed upływem terminu składania ofert.**

Warunek, zgodnie z którym w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wykonawca zobowiązany jest wykazać się zrealizowaniem określonych robót wykonanych w ostatnich 8 latach ogranicza konkurencję i powoduje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą wziąć udziału wykonawcy, gwarantujący prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Tym samym wymóg ten jest nadmierny i ograniczający konkurencję, a przez to nieproporcjonalny.

Zamawiający żąda od wykonawców wykazania zrealizowania w ostatnich 8 latach wysoce specjalistycznych robót budowlanych. Zamawiający bardzo szczegółowo określił zakres obiektów referencyjnych oraz parametry, które powinny one spełniać. Już przez sam ten fakt, Zamawiający dalece ograniczył krąg wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie. Połączone z tym dodatkowe wymaganie wykonania robót w ostatnich 8 latach powoduje, że warunek doświadczenia w obecnym kształcie jest w stanie spełnić jedynie wąskie grono wykonawców. W Polsce w ostatnich latach powstało jedynie kilka obiektów, które spełniałyby parametry opisane przez Zamawiającego. Wymaganie więc, aby roboty zostały zrealizowane w ciągu ostatnich 8 lat jest

nieuzasadnione i przewyższa minimalny poziom zdolności, jakim wykazać się powinni wykonawcy dla zapewnienia należytego wykonania niniejszej inwestycji. Dodatkowo, wymóg ten należy uznać za nieproporcjonalny. Bez znaczenia dla prawidłowości realizacji zamówienia pozostaje bowiem fakt, czy referencyjne roboty budowlane zostały zrealizowane w ciągu ostatnich 8 lat czy też w dłuższym okresie. Nie ma istotnego znaczenia dla doświadczenia wykonawcy czy roboty budowlane zostały wykonane w okresie ostatnich 8 lat czy też wcześniej. Istotne zmiany bowiem dotyczące realizacji zamówienia, z punktu widzenia wymagań technicznych, nastąpiły bowiem w ostatnich latach. Tym samym, za zupełnie wystarczające dla nabycia doświadczenia w omawianym zakresie jest należyte zrealizowanie robót budowlanych w dłuższym okresie. Jednocześnie, z OPZ nie wynikają żadne szczególne uwarunkowania, które usprawiedliwiałyby twierdzenie przeciwne.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że co do zasady okres weryfikacji doświadczenia wykonawcy obejmuje ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Jednak biorąc pod uwagę powyższe argumenty, oraz zasadę proporcjonalności, adekwatności, oraz dopuszczenie do udziału szerszego grona wykonawców, Zamawiający powinien wydłużyć okres badania doświadczenia wykonawcy.

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu zmiany okresu weryfikacji doświadczenia wykonawców poprzez jego przedłużenie do 11 lat przed upływem terminu składania ofert.**

**2.1.3.2. ograniczenie wykonanych robót budowlanych do nowego budynku nowego budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych o wymaganych parametrach**

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2.2.1.1. SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który zrealizował co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie co najmniej jednego nowego budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych,



kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych.

Zamawiający w sposób nadmierny i nieuzasadniony ograniczył grupę budynków, których wybudowanie jest niezbędne celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Już przez sam ten fakt, Zamawiający dalece ograniczył krąg wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie.

Tak dalece idące ograniczenie polegające na wskazaniu jedynie klasy PKOB 1261 z dodatkowym wyłączeniem poszczególnych obiektów jest również niezrozumiałe w kontekście doświadczenia zawodowego jakie powinien posiadać personel wykonawcy wskazany na spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale IX pkt 2.2.2. SWZ. Zgodnie bowiem z opisem doświadczenia, jakie powinien posiadać m.in. Dyrektor Budowy, Kierownik Budowy oraz Kierownik robót ogólnobudowlanych, wystarczającym będzie jeżeli osoby wskazane na te stanowiska pełniły określone funkcje przy realizacji inwestycji w zakresie budowy budynków należących do klas PKOB 1261 z wyłączeniem kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych, PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub PKOB 1263 w zakresie szkół wyższych. Zamawiający w przypadku warunków dotyczących dysponowania odpowiednim personelem rozszerzył zakres budynków, których realizacja w ocenie Zamawiającego gwarantuje prawidłową realizację zamówienia. Zamawiający, ograniczając ten zakres w przypadku warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy jest więc niekonsekwentny i niesłusznie w ten sposób ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Zupełnie niezrozumiałe jest wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie dotyczące klasy PKOB. Zamawiający bowiem, w tym samym warunku udziału w postępowaniu, oczekuje także, aby wykonane roboty budowlane obejmowały wykonanie sali koncertowej z minimum 300 miejscami siedzącymi. Już to wymaganie wystarczająco ogranicza potencjalne budynki, których wybudowanie mogłoby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, za zupełnie niecelowe należy uznać odwoływanie się przez Zamawiającego do PKOB. Jeżeli jednak Zamawiający ma potrzebę stawiania takiego warunku powinien on dopuścić budynki należące do kategorii PKOB 126. Uwzględniając przy tym wymóg dotyczący konieczności wykonania sali koncertowej w tym budynku, Zamawiający uzyska efekt w postaci dopuszczenia

do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonaniu podobnych inwestycji jak ta objęta zamówieniem.

Zmiana ta umożliwi udział w postępowaniu większej liczbie podmiotów, co wpłynie nie tylko na realizację zasad wynikających z PZP, ale na większą konkurencyjność wykonawców, a w konsekwencji na niższe ceny ofert. W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający zgodnie powinien dokonać modyfikacji SWZ w omawianym zakresie, tj. uwzględnić doświadczenie zdobyte przy realizacji co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie co najmniej 1 (jednego) obiektu budowlanego użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 126.

Odwołujący przedstawi, w dalszej części odwołania, proponowaną treść warunku udziału w postępowaniu uwzględniającą wszystkie zarzuty odnoszące się do niego.

**2.1.3.3. wykazanie, że wartość robót na spełnienie warunku opisanego w pkt. 2.2.1.1. powinna wynosić co najmniej 100.000.000 zł**

Zamawiający wymaga również, aby wartość robót budowlanych celem wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdziale IX pkt 2.2.1.1. SWZ wynosiła minimum 100.000.000 zł. Warunek ten ogranicza konkurencję i powoduje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą wziąć udziału wykonawcy, gwarantujący prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisując warunek udziału w Rozdziale IX pkt 2.2.1.1. SWZ bardzo szczegółowo określił poszczególne parametry, jakie powinny spełniać obiekty referencyjne. Dodatkowe, tak wysokie określenie minimalnej wartości zrealizowanych robót powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Za gwarantujące prawidłowe wykonanie zamówienia należy bowiem uznać warunki dotyczące powierzchni całkowitej budynku oraz realizacji w jego zakresie sali koncertowej z minimum 300 miejscami siedzącymi wraz z wykonaniem robót obejmujących system akustyki sali koncertowej.

Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykluczeni zostali więc wykonawcy, którzy co prawda wykonali obiekt o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> wraz z salą koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi (do której realizacji koniecznym było wykonanie robót obejmujących system akustyki sali koncertowej), lecz wartość prac wynosiła mniej niż 100.000.000 zł. Tymczasem dla właściwego wykonania zamówienia w pełni wystarczające jest doświadczenie nabyte w trakcie realizacji takiego projektu, obejmującego wykonanie sali koncertowej z 300 miejscami wraz z realizacją robót obejmujących system

akustyki sali koncertowej, którego łączna wartość była nie mniejsza niż 60.000.000 zł. Wymaganie, aby wartość robót przewyższała 100.000.000 zł jest zbyt wygórowana i pozostając bez związku z rękojmią prawidłowego wykonania zamówienia, ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Zamawiający bada natomiast czy wykonawca wykonał obiekt o podobnych rozmiarach co przedmiot zamówienia w rozdziale IX pkt 2.2.1.2 SWZ, w którym oczekuje, aby wykonawca wykonał budynek o powierzchni całkowitej 20 000 m<sup>2</sup> oraz wartości co najmniej 200 000 000 zł brutto. Dwukrotna zatem weryfikacja wykonawcy pod kątem wielkości powierzchni użytkowej oraz wartości robót jest zbędna.

W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający, zgodnie z wnioskiem przedstawionym w dalszej części odwołania, powinien dokonać modyfikacji SWZ w omawianym zakresie, tj. uwzględnić doświadczenie zdobyte przy realizacji obiektu, o wartości robót nie mniejszej, niż 60.000.000,00 zł brutto.

#### **2.1.3.4. wykazanie, że wykonawca dysponuje doświadczeniem obejmującym budowę nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy**

Niezależnie od powyższego, za nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać także wymóg, wykazania się doświadczeniem obejmującym wyłącznie wybudowaniem nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy. Przede wszystkim należy wskazać, że termin „budowa”, którym posłużył się Zamawiający w opisie omawianego warunku, jest pojęciem zdefiniowanym w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (dalej jako „**Prawo budowlane**”). Zgodnie z tym przepisem, budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, **a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego**. Ponadto, zgodnie z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, poprzez „roboty budowlane” należy rozumieć budowę, **a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego**.

Zamawiający ograniczył więc znacząco krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wykluczył bowiem wszystkich tych, którzy realizowali zamówienia o parametrach żądanych przez Zamawiającego, ale których nawet niewielkim elementem była rozbudowa lub przebudowa obiektu budowlanego. Technologia realizowania prac polegających na rozbudowie lub przebudowie istniejących obiektów budowlanych nie różni się

od technologii potrzebnych do wykonania nowego budynku. Ponadto, rozbudowa polegać może również na budowie obiektu budowlanego nowego wraz z koniecznością funkcjonalnego jego połączenia wraz z istniejącymi budynkami. Rozbudowa lub przebudowa istniejących obiektów może więc być bardziej wymagająca i złożona, niż realizacja inwestycji polegającej jedynie na budowie nowego budynku. Nie istnieją zatem żadne okoliczności i uzasadnione powody, dla których do udziału w postępowaniu nie mieliby zostać dopuszczeni również wykonawcy posiadający doświadczenie w zakresie rozbudowy lub przebudowy istniejących obiektów budowlanych.

Zamawiający wymaga, aby przedmiotem robót było wykonanie sali koncertowej. Takie roboty są realizowane w ramach rewitalizacji zabytkowych obiektów, np. oper, teatrów etc. Stąd też Zamawiający, ograniczając możliwość wykazania się doświadczeniem przez wykonawcę jedynie do nowego budynku, eliminuje te budynki, w których wykonywane zostały prace polegające na wybudowaniu sali koncertowej, jednak zakres prac obejmował przebudowę lub rozbudowę.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść wyroku KIO z dnia 18 lipca 2019 roku KIO 1233/19, w którym wskazano, że *warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają (...) interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia.*

Wymaganie dotyczące doświadczenia wykonawcy obejmujące wyłącznie budowę nowego budynku wyklucza jednak z kręgu wykonawców podmioty dające rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia. Ograniczenie to uniemożliwia bowiem udział w postępowaniu wykonawcom posiadającym doświadczenie w przebudowie, odbudowie lub rozbudowie obiektu budowlanego. Doświadczenie wykonawcy, który realizuje przebudowę, rozbudowę lub

odbudowę obiektów budowlanych jest tożsame z doświadczeniem, które może zdobyć wykonawca przy realizacji budynku od podstaw.

W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a w wyniku jego uwzględnienia Zamawiający powinien zmienić SWZ w taki sposób, aby doświadczenie wykonawcy obejmowało również doświadczenie zdobyte przy przebudowie, rozbudowie lub odbudowie obiektu budowlanego.

**2.1.3.5. wymaganie, aby w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie, doświadczenie określone w pkt. 2.2.1. zostało wykazane przez przynajmniej jednego uczestnika konsorcjum**

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2.2.1. SWZ, *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w pkt. 2.2.1. musi spełniać łącznie przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum*. Postanowienie to jest nieproporcjonalnej zaburza konkurencję w postępowaniu, uniemożliwiając złożenie oferty przez konsorcjum wykonawców, które daje rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia.

Ustawodawca, umożliwiając wspólny udział wykonawców w postępowaniu, dopuścił możliwość łączenia potencjałów kilku wykonawców. W ten sposób zatem zagwarantowana została możliwość, aby wykonawcy, dysponujący różnym doświadczeniem, przy wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, wykazali, że razem są zdolni do jego realizacji.

Tym samym, nie ma podstaw, aby uznać za zasadne wymaganie przez Zamawiającego, aby wymagania określone w Rozdziale IX pkt. 2.2.1. SWZ musiał spełniać łącznie przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum. Zdobyte osobno przez każdego z członków konsorcjum doświadczenie powinno podlegać sumowaniu.

Powyższe potwierdzone zostało również w doktrynie. Zgodnie bowiem z ugruntowanym poglądem (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021) **łącznie natomiast powinny być spełniane warunki udziału w postępowaniu**, o których mowa w art. 116 p.z.p., dotyczące zdolności technicznej i zawodowej.

Odwolujący nie neguje, że zgodnie z art. 117 ust. 1 PZP, Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest

proporcjonalne. Niemniej, w Postępowaniu nie zaistniały obiektywne przyczyny, które wymagałyby zaostreżenia wymagań w stosunku do członków konsorcjum. Jednocześnie, wymagane aby warunki określone w Rozdziale IX pkt. 2.2.1. SWZ musiał spełniać łącznie przynajmniej jeden uczestnik konsorcjum jest nieproporcjonalne i ogranicza konkurencyjność zamówienia. Opisane bowiem w Rozdziale IX pkt 2.2.1. wymagania w zakresie realizacji obiektów budowlanych są zupełnie odmienne. Pierwszy z warunków dotyczy bowiem realizacji robót specjalistycznych, obejmujących wybudowanie obiektu użyteczności publicznej, w tym wybudowanie sali koncertowej oraz wykonanie prac w zakresie systemu akustyki sali koncertowej. Drugi z warunków dotyczy zaś realizacji dużego obiektu użyteczności publicznej o wysokiej wartości robót i znaczącej powierzchni całkowitej. Tym samym, pierwszy z warunków umożliwia zbadanie, czy potencjalny wykonawca daje rękojmię prawidłowej realizacji specjalistycznych robót wchodzących w zakres zamówienia, zaś drugi z warunków umożliwia zbadanie, czy potencjalny wykonawca posiada doświadczenie w realizacji dużego obiektu użyteczności publicznej. Jednocześnie, prace pomiędzy konsorcjantów mogą zostać podzielone w taki sposób, że prace ogólnobudowlane może realizować pierwszy z konsorcjantów posiadający doświadczenie w wykonaniu dużego obiektu budowlanego, zaś drugi z konsorcjantów będzie odpowiedzialny za realizację prac wymagających doświadczenia w wykonaniu obiektów podobnych jak przedmiot zamówienia, w tym np. prac z zakresu akustyki etc. Połączenie więc doświadczenia zdobytego przez poszczególnych konsorcjantów daje gwarancję prawidłowości realizacji zamówienia. Jednocześnie, charakter zamówienia umożliwia taki podział prac, w wyniku którego każdy z konsorcjantów realizować będzie te roboty budowlane, w zakresie których posiada odpowiednie doświadczenie.

W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a **Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SWZ w omawianym zakresie, tj. umożliwić, aby w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wymagania określone w Rozdziale IX pkt. 2.2.1. SWZ mogli spełniać łącznie członkowie konsorcjum.**

#### **2.1.3.6. żądania, aby roboty budowlane obejmowały wykonanie instalacji chłodniczych.**

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2.2.1.1. SWZ, Zamawiający żąda, aby wykonane na obiekcie referencyjnym roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-



kan, grzewcze, chłodnicze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozor, multimedialne, elektroakustyki. Żądanie przez Zamawiającego, aby zrealizowane roboty obejmowały także wykonanie instalacji chłodniczej, należy uznać za zbyt wygórowane i ograniczające konkurencję.

Przedewszystkim nie jest powszechne, aby każdy budynek posiadał odrębną instalację chłodniczą. W wielu budynkach bowiem zamawiający rezygnują z niej a jej funkcje spełniają inne instalacje, takie jak instalacja klimatyzacji. Istnieje również technologia wykorzystania instalacji grzewczej do chłodzenia poprzez zastosowanie chociażby instalacji pomp ciepła.

O tym czy w budynku ma zostać wykonana instalacja chłodnicza decyduje projektant. Należy jednak zaznaczyć, że z punktu widzenia technicznego, wykonanie takiej instalacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy.

Zamawiający weryfikuje czy wykonawca potrafi taką instalację wykonać w warunku określonym w rozdziale IX pkt 2.2.1.2 SWZ, stąd też Zamawiający będzie mieć pewność, że wykonawca potrafi taką instalację wykonać. Żądanie jej jednak w obu warunkach dotyczących doświadczenia wykonawcy jest nieproporcjonalne i nieadekwatne.

W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SWZ w omawianym zakresie, tj. uwzględnić doświadczenie zdobyte przy realizacji obiektu referencyjnego, w którym wykonane roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozor, multimedialne, elektroakustyki.

**2.1.4. Podsumowują, Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści rozdziału IX pkt. 2.2.1. SWZ na następujące brzmienie:**

**2.2.1. „wykonanie w okresie ostatnich 11 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie)”**,

**2.2.1.1. co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej polegającej na budowie lub/i przebudowie lub/i rozbudowie obiektu budowlanego użyteczności publicznej należącego do grupy PKOB 126 o wymaganych parametrach:**

- powierzchnia całkowita obiektu nie mniejsza niż 10.000,00 m<sup>2</sup>**
- wartości robót nie mniejszej niż 60 000 000,00 PLN brutto**

- *obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie*
- *obiekt posiada salę koncertową z minimum 300 miejscami siedzącymi i roboty obejmowały system akustyki sali koncertowej*
- *wykonane roboty oprócz robót konstrukcyjnych, ogólnobudowlanych i wykończeniowych obejmowały instalacje elektryczne, wod-kan, grzewcze, wentylacji i klimatyzacji, sieci strukturalnej, sygnalizacji pożaru, kontroli dostępu, telewizji dozoru, multimedialne, elektroakustyki”.*

Odwołujący nie kwestionuje warunku określonego w pkt. 2.2.1.2.

## **2.2. Kwalifikacje personelu wykonawcy**

Zamawiający w rozdziale IX pkt. 2.2.2 SWZ przedstawił szczegółowe wymagania dotyczące osób jakimi powinien dysponować wykonawca celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ponownie jednak przedstawił wymagania, które są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, zawężają konkurencję w nieuzasadniony sposób, wykraczają poza ramy minimalnych wymagań, jakich Zamawiający powinien żądać od wykonawcy celem weryfikacji czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący kwestionuje wymagania Zamawiającego odnoszące się do osób na poniższe stanowiska:

- a. Dyrektora Budowy,
- b. Kierownika budowy,
- c. Kierownika robót ogólnobudowlanych,
- d. Kierownika robót sanitarnych,
- e. Kierownika robót elektrycznych,
- f. Kierownika robót telekomunikacyjnych,

### **2.2.1. Klasa budynku**

W stosunku do tych osób Zamawiający określił, że powinny one mieć doświadczenie przy realizacji budynków należących do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263. Takie ograniczenie doświadczenia jest nieuzasadnione. Nie ma bowiem znaczenia jaki budynek został wybudowany, bowiem istotny jest zakres prac jakie poszczególne osoby nadzorowały. . Tym samym Zamawiający nie powinien tak znacząco ograniczać katalogu budynków w ramach doświadczenia osób niezbędnych do wykonania zamówienia.

Jednocześnie, Zamawiający wymaga dysponowania osobami na stanowisko Kierownika robót elektroakustycznych, Kierownika robót mechaniki scenicznej oraz Kierownika robót adaptacji akustycznej. W stosunku do tych osób Zamawiający może oczekiwać, aby kierowały one pracami na określonych budynkach wymienionych w SWZ. Te osoby bowiem będą kierowały pracami specjalistycznymi i ich doświadczenia na konkretnych obiektach wskazanych przez Zamawiającego jest zasadne.

Jednak w stosunku do pozostałych osób wystarczające jest, aby osoby te posiadały doświadczenie w wykonaniu budynku. Niemniej celem ich zawężenia i dostosowania do przedmiotu zamówienia Zamawiający może je zawęzić, jednak nie aż tak istotnie jak to ma miejsce w aktualnej treści SWZ. Dlatego też zasadne jest, aby osoby na stanowiska:

- a. Dyrektora Budowy,
- b. Kierownika budowy,
- c. Kierownika robót ogólnobudowlanych,
- d. Kierownika robót sanitarnych,
- e. Kierownika robót elektrycznych,
- f. Kierownika robót telekomunikacyjnych,

posiadały doświadczenie w kierowaniu robotami przy odpowiednich branżach przy budowie, rozbudowie, nadbudowie, przebudowie budynku użyteczności publicznej należącej do klasy PKOB 126. Tożsamy wniosek Odwołujący składa w stosunku do doświadczenia wykonawcy, gdyż jest to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz adekwatne celem oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

### **2.2.2. Wielkość obiektu oraz wartość robót**

Zamawiający stawia dalsze wymagania dotyczące wartości robót oraz wielkości budynku, którymi kierował personel wykonawcy:

- a. Kierownik robót ogólnobudowlanych – powierzchnia całkowita budynku 15 000 m<sup>2</sup> o wartości robót konstrukcyjno – budowlanych i wykończeniowych nie mniejszej niż 50 000 000 zł brutto,
- b. Kierownik robót sanitarnych - powierzchnia całkowita budynku 15 000 m<sup>2</sup> o wartości robót sanitarnych nie mniejszej niż 20 000 000 zł brutto,
- c. Kierownik robót elektrycznych – powierzchnia całkowita budynku 15 000 m<sup>2</sup> o wartości robót sanitarnych nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto,
- d. Kierownik robót telekomunikacyjnych - powierzchnia całkowita budynku 15 000 m<sup>2</sup> o wartości robót niskoprądowych nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto.

Takie wymagania są całkowicie nieuzasadnione. W pierwszej kolejności, nieadekwatne należy uznać wymaganie dotyczące powierzchni całkowitej budynku. Wymaganie

bowiem tak znacznej wielkości powoduje znaczące utrudnienie konkurencji i zawężenie rynku. Niewiele jest bowiem budynków, których powierzchnia jest tak duża, co powoduje także, że tylko kilku kierowników spełniałoby warunki Zamawiającego. . Osobami takimi dysponują jedynie największe podmioty z branży budowlanej. Tym samym, powoduje to, że podmioty te posiadają przewagę konkurencyjną wobec innych wykonawców. Jednocześnie, bez znaczenia jest czy osoby na wyżej wymienione stanowiska, kierowały robotami w poszczególnych branżach przy budowie budynku o powierzchni 15 000 m<sup>2</sup> czy też mniejszej. Doświadczenie zdobyte na przy kierowaniu robotami w danych branżach w ramach budowy budynku powinno być wystarczające dla wykazania, że wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie, Zamawiający nie powinien stawiać warunków, które wykraczają poza minimalne wymagania, które pozwolą na stosowną ocenę podmiotową wykonawcy. Dlatego też, Zamawiający nie powinien kreować tak wysokich wymagań dotyczących powierzchni całkowitej budynku, w którym roboty budowlane były kierowane przez personel wykonawcy. Tak znacząca wielkość obiektu pozostaje bez związku z umiejętnościami tych osób.

Odwołujący zwraca uwagę, że istotne jest, aby osoby nadzorujące prace kierowników robót posiadały doświadczenie w kierowaniu robotami na przy budowie dużych budynków, których powierzchnia całkowita jest zbliżona (proporcjonalna) do obiektu, który ma powstać w wyniku wykonania zamówienia. Dlatego też, Odwołujący nie kwestionuje w tym zakresie wymagań Zamawiającego odnoszących się do Dyrektora Budowy i Kierownika budowy. Jednak stawianie dla nich tożsamyh wymagań dotyczących powierzchni całkowitej budynku, którego budową kierowali w ramach swoich branż jest nieproporcjonalne, zmierza do ograniczenia konkurencji, uzyskania nierównej przewagi konkurencyjnej przez największe podmioty, a nadto wykracza poza minimalne wymagania, jakie Zamawiający może stawiać przy określaniu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w wyżej wskazanych wymaganiach wymaga również, aby wykonawca wykazał odpowiednią wartość robót jaką kierowali poszczególni kierownicy robót. Zamawiający odnosi się w tym zakresie do wartości robót w danej branży. Takie wymaganie Zamawiającego jest jednak nieuzasadnione i wysoce trudne do wykazania. Przede wszystkim, większość inwestycji jest rozliczana na podstawie wynagrodzenia ryczałtowego, a ewentualne rozbieżności cenowe są często sztucznie wykonywane na potrzeby danego projektu. Brak jest jednak danych, które pozwalałyby na ustalenie faktycznej wartości robót w każdej branży, a ewentualne wyliczenia mają charakter szacunkowy. Jedynie w przypadku obiektów rozliczanych na podstawie wynagrodzenia

kosztorysowego możliwe jest ustalenie wartości robót w każdej branży. Natomiast w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego przy rozliczeniu nie dokonuje się obmiaru robót i rozliczenia w oparciu o stawki kosztorysowe. To powoduje, że wymaganie, aby wykonawca deklarował wykonanie robót o odpowiedniej wartości w poszczególnych branżach, jest niemalże niemożliwe do zrealizowania. Nawet jeśli dany wykonawca przygotował własne wyliczenie takich prac, nie jest ono w żaden sposób potwierdzone przez podmiot je zlecający – zamawiającego (inwestora).

W wielu sytuacjach, wykonawca nie ma również możliwości zweryfikowania wartości robót w danej branży. Personel przekazuje bowiem wykonawcy informacje na temat swojego dotychczasowego doświadczenia. Wykonawca może uzupełnić te informacje w wyniku weryfikacji wielkości budowy, jej łącznej wartości. Jednak z ogólnodostępnych danych, czy też w nawet w ramach informacji publicznej wykonawca nie może ustalić wartości robót w danej branży, gdyż takie informacje nie zostały zgromadzone przez zamawiającego (inwestora). To powoduje, że potwierdzenie oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia kierowników branżowych jest niemal niemożliwe.

Oczywiste jest jednak, że Zamawiający powinien zweryfikować wielkość inwestycji, w których kierownicy sprawowali funkcję. Jednak, w kontekście przywołanych argumentów, weryfikacja ta powinna odbywać się w ramach żądania przedstawienia wartości całej inwestycji. Przy obiektach kubaturowych bowiem, udział prac w danej branży jest podobny, stąd też do oceny, że kierownicy budowy uczestniczyli w realizacji odpowiednio dużych obiektów, wystarczające będzie wskazanie przez wykonawców wartości wszystkich robót. Zamawiający zauważa także, że zakres robót w danej branży jest różny i dlatego dla każdego kierownika kreuje inne wymagania. Porównując jednak różne obiekty budowlane można przyjąć, że udział prac w danej branży kształtuje się podobnie. Dlatego też, można ocenić zakres robót w danej branży odnosząc się do całkowitej wartości zamówienia.

### **2.2.3. Podsumowanie – wniosek Odwołującego**

Mając to na względzie, zarzut Odwołującego jest zasadny i z tego względu wnosi o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu zmianę warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. personelu wykonawcy na następującą treść:

#### **a. pkt. 2.2.2.1.**

*„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Dyrektora Budowy**, posiadającą:*

- **Wykształcenie:** Wyższe techniczne,
- **Doświadczenie zawodowe:** doświadczenie zdobyte w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku Przedstawiciela

*Wykonawcy, Dyrektora Budowy, Menadżera Kontraktu, Inżyniera Kontraktu lub na stanowisku równoważnym, tj. odpowiedzialnym za kompleksowy nadzór nad organizacją i realizacją całości inwestycji w zakresie technicznym jak i formalno-prawnym i finansowym, w trakcie którego zarządzał realizacją minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji robót wskazanej inwestycji) w zakresie budowy nowego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach:*

- powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**,*
- wartość robót (zadania) nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł** brutto,*
- obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.”*

**b. pkt. 2.2.2.2.**

*„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika budowy**, posiadającą:*

- **Uprawnienia budowlane:** do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,*
- **Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 10 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), i pełniła funkcję Kierownika budowy (przez okres co najmniej 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach*
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **15.000,00 m<sup>2</sup>**,*
  - wartość robót (zadania) nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł** brutto,*
  - obiekt oddano do użytkowania -wydano pozwolenie na użytkowanie, a wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika budowy w czasie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie.*

**c. pkt. 2.2.2.3.**

*„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót ogólnobudowlanych**, posiadającą:*

- **Uprawnienia budowlane:** do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,*



- **Doświadczenie zawodowe** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych) i pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2020 r., poz. 471), (przez okres co najmniej minimum 50% okresu realizacji robót dla wskazanej Inwestycji) na minimum 1 inwestycji z zakresu budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach:
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **9.700,00 m<sup>2</sup>**,
  - wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,
  - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.

**d. pkt. 2.2.2.4.**

„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót sanitarnych**, posiadającą:

- **Uprawnienia budowlane:** do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.
- **Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych) i pełniła funkcję Kierownika Robót Sanitarnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach:
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **9.700,00 m<sup>2</sup>**,
  - wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,
  - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.”

**e. pkt. 2.2.2.5.**

„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót elektrycznych** posiadającą:

- **Uprawnienia budowlane:** uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.
- **Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych) i pełniła funkcję Kierownika Robót Elektrycznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej Inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach:
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **9.700,00 m<sup>2</sup>**,
  - wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,
  - w obiekcie zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną.
  - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie”

**f. pkt. 2.2.2.6.**

„co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji **Kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych)** posiadającą:

- **Uprawnienia budowlane:** uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej bez ograniczeń.
- **Doświadczenie zawodowe:** osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych) i pełniła funkcję Kierownika Robót Telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r ., poz. 471) na minimum 1 inwestycji, w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach: budynek użyteczności publicznej należący do grupy **PKOB 126** o wymaganych parametrach:
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż **9.700,00 m<sup>2</sup>**,
  - wartość robót nie mniejsza, niż **100.000.000,00 zł brutto**,
  - obiekt oddano do użytkowania - wydano pozwolenie na użytkowanie.”

Odwołujący zwraca również uwagę, że na wypadek nieuwzględnienia wniosków powyżej oraz przedstawionych wcześniej zarzutów dotyczących tych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający przy opisie wymagań dla kierownika robót elektrycznych (rozdział IX pkt. 2.2.2.5 SWZ) odnosi się do wartości robót sanitarnych. Jest to oczywiście nieadekwatne do doświadczenia kierownika robót elektrycznych. Odwołujący przyjmuje jednak, że jest to oczywista omyłka Zamawiającego, która zostanie przez Zamawiającego poprawiona. W przypadku jednak innego stanowiska Zamawiającego, weryfikacja wartości robót, którymi kierował kierownik robót elektrycznych nie może odnosić się do wartości robót sanitarnych.

### **3. Zarzut 5 i 6 – nieprawidłowe określenie kryteriów oceny ofert**

#### **3.1. Kryterium 1 i 2: cena brutto robót budowlanych i cena brutto robót przygotowawczych**

**3.1.1.** Zamawiający, w rozdziale XIX SWZ podzielił kryterium ceny oferty wykonawcy na dwa kryteria: cena brutto robót budowlanych i cena brutto robót przygotowawczych. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne.

**3.1.2.** Zgodnie bowiem z art. 242 ust. 1 pkt 1 PZP kryteriami oceny ofert mogą być kryteria jakościowe oraz **cena lub koszt**. Zamawiający zatem nie jest uprawniony do podziału kryterium ceny oferty na dwa niezależne kryteria. Powyższy bowiem przepis PZP pozwala na ocenę oferty przez pryzmat łącznej jej ceny, a nie ceny za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (tak też KIO 2801/20, KIO 956/13). Zamawiający powinien również identycznie traktować wszystkie elementy składające się na cenę oferty wykonawcy, a nie określać różnych wag dla poszczególnych zakresów robót.

**3.1.3.** Jednocześnie, taki podział jest całkowicie nieuzasadniony. Nie istnieją bowiem argumenty, które uzasadniałyby takie formułowanie kryteriów przez Zamawiającego. Natomiast, pozostawienie dwóch kryteriów odnoszących się do ceny oferty może jedynie spowodować manipulację cen ofert wykonawców, co w konsekwencji doprowadzi do braku możliwości oceny ofert przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**3.1.4.** W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację Kryterium 1 i Kryterium 2 poprzez ich połączenie i ocenę ofert na podstawie łącznej ceny oferty wykonawcy, któremu to kryterium Zamawiający przypisze wagę 60%.

### 3.2. Kryterium 4 „Dodatkowe doświadczenie zespołu Wykonawcy”

3.2.1. Zgodnie z rozdziałem XIX SWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest „Dodatkowe doświadczenie zespołu Wykonawcy” (oznaczone jako Kryterium 4), któremu Zamawiający przypisał wagę 21%. Sposób skonstruowania tego kryterium jest jednak sprzeczny z przepisami PZP.

3.2.2. Podstawowym zadaniem Zamawiającego jest realizacja zadań mających na celu realizację interesu publicznego, a nie jedynie interesu Zamawiającego<sup>1</sup>. Cel taki powinien być zatem realizowany przy zastosowaniu odpowiednich instrumentów prawnych, jakimi są kryteria oceny ofert. Zamawiający jednak nie jest uprawniony do takiego ukształtowania kryteriów oceny, które, w sposób całkowicie oderwany od celu publicznego, promują niektórych wykonawców. W konsekwencji niedopuszczalna jest sytuacja, w której kryteria oceny ofert faworyzują poszczególne oferty ze względu na parametry lub okoliczności, które z punktu widzenia prawnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego nie mają jakiegokolwiek znaczenia.

3.2.3. Ponadto, o ile polski prawodawca posługuje się pojęciem „*oferta najkorzystniejsza*” bez przymiotnika „*ekonomicznie*”, to jednak nie ulega wątpliwości, że właśnie przez pryzmat ekonomii należy oceniać „korzystność” składanych ofert. Wynika to z konieczności stosowania tzw. prounijnej wykładni regulacji prawa krajowego, zgodnie z którą treść przepisów polskich należy interpretować w sposób zapewniający spójność z prawem unijnym. Prawodawca unijny posługuje się natomiast pojęciem „*oferty najkorzystniejszej ekonomicznie*”. W szczególności w treści preambuł tzw. dyrektyw zamówieniowych (Dyrektywa 2014/24/UE oraz dyrektywa 2014/25/UE) przesądzono, że „***zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie***”. Należy podkreślić, że stanowisko to od dawna znajduje odzwierciedlenie nie tylko w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE<sup>2</sup> (dawniej jako Europejski Trybunał Sprawiedliwości, dalej

<sup>1</sup> W doktrynie prawa zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że cele prawa zamówień publicznych, jak i poszczególnych zamówień „są publicznymi w tym mianowicie znaczeniu, że pozostają one w dobrze rozumianym interesie publicznym oraz służą – czy też w swoim założeniu mają służyć – dobru wspólnemu szerszych zbiorowości” – M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 44.

<sup>2</sup> Wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r., sygn. akt C-513/99, w sprawie Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne; z kolei w wyroku z dnia 25 lutego

jako „TSUE”, sygn. akt C-513/99), lecz także w ugruntowanej linii orzeczniczej polskich sądów (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2846/15).

- 3.2.4.** Powyższe uwagi potwierdzają również wniosek, że Zamawiającemu nie wolno przyjąć takiego modelu oceny ofert, który premiuje pewne oferty w związku z okolicznościami, które nie mają jakiegokolwiek znaczenia ekonomicznego. W takim przypadku bowiem Zamawiający nie tylko narusza zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz także obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Przykładowo Naczelny Sąd Administracyjny (sygn. akt II GSK 2846/15) wyraża stanowisko, że **„ocena ofert powinna być dokonywana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, o jakiej mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p.”** TSUE (sygn. akt C-513/99) natomiast stwierdza kategorycznie, że **„kryteria takie powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług”**. Powyższe wytyczne powinny być realizowane przez Zamawiającego z uwagi na treść art. 17 ust. 1 PZP tj. zasady efektywności.
- 3.2.5.** Tymczasem kryterium “Dodatkowe doświadczenie zespołu Wykonawcy” jest niezgodne z wyżej wymienionymi regułami.
- 3.2.6.** Po pierwsze bowiem Zamawiający, w rozdziale XIX pkt 1 ppkt d) SWZ, odnoszącym się do przyznawania punktów w Kryterium 4, wskazał w poz. X1 i X2 tabeli, że przyzna ofercie wykonawcy punkty, jeżeli wykonawca wykaże, że osoba na stanowisko:
- a) Kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych kierowała, w ostatnich 5 latach, budową budynku pasywnego – w takiej sytuacji Zamawiający przyzna 7 punktów,
  - b) Kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych kierowała, w ostatnich 5 latach, budową budynku energooszczędnego – w takiej sytuacji Zamawiający przyzna 4 punkty.
- 3.2.7.** Tym samym Zamawiający chce punktować dwukrotnie doświadczenie osoby na jedno stanowisko. Z treści SWZ wynika bowiem, że jeżeli wykonawca przedstawi Zamawiającemu osobę posiadającą doświadczenie zarówno w zakresie

---

2003 r., sygn. T-183/00, TSUE jednoznacznie potwierdził, że wybór oferty na podstawie wielokryterialnego modelu oceny ofert musi prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej **ekonomicznie**.

wykonania budynku pasywnego oraz budynku energooszczędnego uzyska w ten sposób 11 punktów w kryterium oceny ofert. Należy stwierdzić, że takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne. Przede wszystkim tak opisane doświadczenie nie ma aż tak istotnego wpływu na wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Jednocześnie przyznanie 11 punktów oznacza, że w kontekście wszystkich kryteriów oceny ofert stanowi to 11%. Tym samym doświadczenie w wykonaniu jakiegokolwiek budynku pasywnego i energooszczędnego spowoduje nieproporcjonalną przewagę wykonawcy wobec pozostałych. Wykonanie bowiem chociażby niewielkiego obiektu w takich technologiach spowoduje istotną przewagę konkurencyjną, przy jednoczesnym braku korzyści Zamawiającego z tego tytułu.

- 3.2.8.** Nie istnieją także argumenty, które pozwalały na wykazanie, że takie doświadczenie personelu wykonawcy rzeczywiście wpłynie na jakość wykonania zamówienia, jego funkcjonalność czy też zagwarantuje inne korzyści. Z drugiej strony wykonawcy dysponujący osobą posiadającą takie doświadczenie będzie mógł zaoferować wyższą cenę, co może w konsekwencji spowodować, że w Postępowaniu nie zostanie wybrana oferta faktycznie najkorzystniejsza, także przy uwzględnieniu jej ekonomicznych aspektów, a jedynie oferta najkorzystniejsza z punktu widzenia sztucznie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów.
- 3.2.9.** Zamawiający szacuje wartość zamówienia na kwotę 220 000 000 zł (zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu). Zakładając, że ceny ofert będą w podobnej wysokości, wykonawca dysponujący osobą o wyżej wskazanym doświadczeniu, będzie miał ponad 24 mln zł netto (czyli ponad 29 mln zł brutto) przewagi w stosunku do wykonawców, którzy taką osobą nie dysponują. Nie jest możliwe, aby fakt posiadania przez Kierownika budowy (lub Kierownika robót ogólnobudowlanych) doświadczenia w kierowaniu robotami przy budowie budynku pasywnego i budynku energooszczędnego był warty 24 mln zł netto (tj. ponad 29 mln zł brutto).
- 3.2.10.** Ponadto, Zamawiający ogranicza możliwość uzyskania punktów w Kryterium 4 jedynie do osób wskazanych przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie jest niezrozumiałe i powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Poprzez takie ograniczenie Zamawiający uniemożliwia uzyskanie punktów przez wykonawcę, który dysponuje szeroką kadrą kierowników robót, którzy zdobywali doświadczenie na różnych obiektach i wielu



inwestycjach. Nie istnieją przeszkody, aby Zamawiający dopuścić, aby w ramach Kryterium 4 inne osoby niż wskazane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W toku bowiem realizacji zamówienia objętego Postępowaniem wykonawca i tak będzie angażować większy zespół kierowników niż ten wymieniony przez Zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu. W konsekwencji zatem, Zamawiający celem równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji powinien dopuścić, aby wykonawca rozszerzył zespół dedykowany do realizacji zamówienia, w ramach którego będą osoby posiadające doświadczenia uprawniające do uzyskania punktów w Kryterium 4.

**3.2.11.** Zamawiający wymaga również, aby wykonawca wraz z ofertą przedstawił wykaz zadań inwestycyjnych zawierający wszystkie informacje, które pozwolą Zamawiającemu ocenić doświadczenia. Odwołujący nie kwestionuje tego oczekiwania Zamawiającego. Jednak w dalszej kolejności Zamawiający nakazuje wykonawcom złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz potwierdzenia pełnienia wskazanej funkcji (np. wpisy do dziennika budowy). Takie wymaganie Zamawiającego jest nieproporcjonalne i nakłada na wykonawcę obowiązek niemożliwy do spełnienia.

**3.2.12.** Co do zasady bowiem doświadczenie personelu wykonawcy (w ramach warunków udziału w postępowaniu) jest weryfikowane przez Zamawiającego poprzez analizę złożonego przez wykonawcę wykazu osób. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „**Rozporządzenie dokumentowe**”) Zamawiający może żądać jedynie *wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami*. Jeżeli zatem w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie może żądać od wykonawców dowodów potwierdzających należyte pełnienie funkcji przy realizacji robót budowlanych, podobnie Zamawiający nie może takich dokumentów żądać przy formułowaniu kryteriów oceny ofert. Takie działanie stanowi obejście przepisów Rozporządzenia dokumentowego.

- 3.2.13.** Ustawodawca celowo ograniczył dokumenty jakich Zamawiający może żądać w zakresie personelu wykonawcy. Praktyką bowiem jest, że referencje od zamawiającego po wykonaniu zamówienia wystawiane są na rzecz wykonawcy, a nie jego personelu. Stąd też uzyskanie przez wykonawcę, celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, „dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi” jest zadaniem niemożliwym. Takie wymaganie natomiast faworyzuje tych wykonawców, którzy nadmiarowo takie dokumenty wcześniej uzyskali.
- 3.2.14.** Należy również pamiętać, że personel wykonawcy zdobywał swoje doświadczenie nie tylko w ramach inwestycji wykonywanych w strukturach tego wykonawcy. Personel zmienia zatrudnienie, uczestniczy w inwestycjach realizowanych przez różnych wykonawców. Tym samym, personel może wykazać się doświadczeniem uzyskanym u konkurencji Odwołującego, co tym bardziej sprawia, że uzyskanie jakiegokolwiek potwierdzenia należytego sprawowania przez nich funkcji jest niemożliwe.
- 3.2.15.** Podobne zarzuty należy stawiać wymaganiom Zamawiającego odnoszącym się do konieczności wykazania pełnienia funkcji – tj. przedstawienia np. wpisów do dziennika budowy. Personel wykonawcy nie musi posiadać kopii dzienników budowy, które potwierdzałyby pełnienie przez niego funkcji na budowie. Jednocześnie, celem uzyskania takiego dokumentu osoba na dane stanowisko musiałaby uzyskać dokument od konkurencji, co biorąc pod uwagę realia rynku jest niemożliwe.
- 3.2.16.** Zamawiający wymaga zatem dokumentów, które z oczywistych przyczyn są trudne, a wręcz niemożliwe do uzyskania, a jednocześnie takie oczekiwanie Zamawiającego należy uznać za obejście przepisów Rozporządzenia dokumentowego. Ponadto, Zamawiający, kreując takie wymagania narusza zasadę proporcjonalności, adekwatności, efektywności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem w razie wątpliwości jest uprawniony do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub samodzielnego ustalenia faktycznego uczestnictwa danej osoby w realizację zamówienia opisanego w ofercie.
- 3.3.** W konsekwencji zarzut Odwołującego jest zasadny i powinien zostać uwzględniony, a Izba powinna nakazać Zamawiającemu zmianę kryteriów oceny ofert poprzez:
- a. usunięcie Kryterium 2 i ustanowienie jednego kryterium oceny ofert odnoszącego się do ceny oferty,

- b. zmianę sposobu przyznawania punktów w poz. lp. X1 i X2 poprzez przyznanie punktów (nie więcej niż 5) jedynie za kierowanie w ostatnich 5 latach budową budynku pasywnego od rozpoczęcia budowy do jej zakończenia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie,
- c. dostosowanie wag kryteriów oceny ofert uwzględniającą zmianę w Kryterium 4 oraz usunięcie Kryterium 2,
- d. usunięcie wymagania dotyczącego przedstawienia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi oraz potwierdzenie pełnienia funkcji (Kryterium 4 str. 33 SWZ),
- e. zastąpienie treści ostatniego akapitu na str. 33 SWZ następującym brzmieniem:  
*Zamawiający w podkryteriach X1, X2, X3, X4, X5 dopuszcza wskazanie osób innych niż wskazane dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

#### **4. Zarzut 7 – nieprawidłowe określenie terminu realizacji zamówienia**

- 4.1. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1 SWZ, Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 30 listopada 2023 roku.
- 4.2. Powyższe postanowienie SWZ jest sprzeczne z art. 436 pkt 1 PZP, zgodnie z którym termin zakończenia robót budowlanych powinien być **określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach**.
- 4.3. Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że zasadą jest, iż termin realizacji zamówienia Zamawiający określa w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Tym samym, Zamawiający określając termin realizacji zamówienia wskazuje na określoną ilość jednostek czasu, która liczona jest od zdarzenia określonego w SWZ jako początek biegu terminu na realizację zamówienia. Zdarzeniem tym mogą być m.in. zawarcie umowy, wejście w życie umowy, wydanie placu budowy.
- 4.4. Wskazanie terminu realizacji zamówienia poprzez określoną ilość dni, tygodni, miesięcy lub lat ma na celu ochronę interesu wykonawcy, którego nie obciążają w ten sposób ewentualne negatywne skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia (por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Określenie terminu zakończenia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty uniemożliwia wykonawcy dokładne określenie czasu, który pozostanie na realizację robót po podpisaniu umowy.
- 4.5. Odwołujący zauważa, że czas potrzebny na zrealizowanie bardzo podobnego zamówienia tj. Budowy siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w

Katowicach wynosił 30 miesięcy. W przypadku zaś niniejszego postępowania, już w dniu składania niniejszego odwołania do końca realizacji zamówienia, tj. 30 listopada 2021 roku pozostało ok. 28 miesięcy. Jednocześnie, czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może się znacząco wydłużyć. Założył to sam Zamawiający określając w Rozdziale XIII 120-dniowy termin związania ofertą. Ponadto, z doświadczenia Odwołującego wynika, że przy zamówieniach o tak dużej wartości i poziomie skomplikowania, czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia może w wyniku zmian w dokumentacji oraz składanych odwołań wydłużyć się nawet do roku. Tym samym, może się okazać, że w związku z przedłużającym się postępowaniem o udzielenie zamówienia, zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego okaże się niemożliwe.

- 4.6.** Jednocześnie, zgodnie z art. 436 pkt 1 PZP, określenie planowanego terminu zrealizowania przedmiotu zamówienia przez wskazanie daty wykonania umowy stanowi jedynie wyjątek i musi być uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnej obiektywnej przyczyny, która byłaby od niego niezależna i która wymagałaby określenia planowanego terminu zrealizowania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie daty wykonania umowy.
- 4.7.** W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę Rozdziału VI pkt 1 SWZ poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w miesiącach lub latach liczonych od dnia podpisania umowy. Taka zmiana spowoduje, że Rozdział VI pkt 1 SWZ będzie zgodny z art. 436 pkt 1 PZP. Jednocześnie, data ta powinna umożliwiać wykonanie zamówienia, tj. być nie krótsza niż 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

**5. Zarzut 8 – niezgodne z przepisami KC określenie terminu wykonania robót i ich odbioru**

- 5.1.** Zgodnie z pkt 14.4.6 Książki Projektu (stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ), *Zamawiający nie jest obowiązany do odbioru wnioskowanego postępu Robót, jeżeli zostaną stwierdzone Usterki w ich wykonaniu - wówczas Zamawiający uprawniony jest do podpisania protokołu odbioru częściowego z wadami z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie lub odmówić odbioru częściowego do czasu usunięcia wad i złożenia przez GW do IK ponownego zawiadomienie o osiągnięciu gotowości do odbioru częściowego.*
- 5.2.** Dodatkowo, zgodnie z Rozdziałem VI pkt. 2 SWZ, *Przez datę wykonania zamówienia przyjmują się zakończenie robót, złożenie dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego i przekazanie Zamawiającemu ostatecznej decyzji właściwego inspektora powiatowego nadzoru budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz datę protokolarnego przekazania obiektu w użytkowanie, co*

zostanie potwierdzone podpisaniem przez wszystkie Strony (GW, Zamawiający, Inżynier Kontraktu) **protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag i uznania przez Zamawiającego, że zostało ono należyście wykonane.**

- 5.3. Ponadto, zgodnie z § 14 ust. 3 Umowy, Bieg gwarancji i rękojmi rozpoczyna się z dniem podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru końcowego bez wad. Również zgodnie z pkt 14.5.15 Książki Projektu, W przypadku podpisania protokołu końcowego z wadami, po zgłoszeniu przez GW usunięcia wad, IK i Zamawiający dokonują sprawdzenia usunięcia tych wad i zostaje sporządzony protokół odbioru końcowego bez wad. **Od momentu podpisania protokołu końcowego bez wad rozpocznie bieg terminu gwarancji jakości.**
- 5.4. Jednocześnie, zgodnie z pkt 14.5.11 Książki Projektu, Usunięcie wszystkich wad wyspecyfikowanych w trakcie odbioru końcowego uznaje się za datę zakończenia robót budowlanych.
- 5.5. Z kolei, zgodnie z pkt 14.15.12 Wydanie przez GW Zamawiającemu obiektu budowlanego objętego odbiorem końcowym następuje wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego bez wad.
- 5.6. Powyższe oznacza zatem, że:
- 5.6.1. Zamawiający może do czasu usunięcia wszelkich wad i usterek stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych odmówić odbioru częściowego robót.
- 5.6.2. Zamawiający, do czasu usunięcia wszelkich wad i usterek stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych, nie dokona faktycznego odbioru końcowego robót (t.j. odbioru końcowego bez wad), co oznacza, że Zamawiający przewiduje, że faktyczny odbiór robót nastąpi dopiero po usunięciu wszystkich wad i usterek bez względu na to, czy takie wady i usterek będą miały jakikolwiek wpływ na możliwość korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem,
- 5.6.3. Zamawiający uzależnia uznanie zamówienia za zrealizowane od subiektywnego uznania, że zostało ono należyście wykonane,
- 5.6.4. może wystąpić opóźnienie w wykonaniu umowy, pomimo tego, że wszystkie roboty zostaną wykonane, a do usunięcia pozostaną wady nieistotne niepowodujące braku możliwości korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.
- 5.6.5. Zamawiający uzależnia rozpoczęcie biegu terminu gwarancji jakości i rękojmi dla całości inwestycji od usunięcia wszelkich wad i usterek i podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad.
- 5.7. Co prawda w pkt. 14.5.8 Książki Projektu, Zamawiający przewidział możliwość podpisania protokołu odbioru końcowego w przypadku istnienia wad nieistotnych. Tak

dokonany odbiór nie ma jednak znaczenia dla stwierdzenia terminowej realizacji umowy, gdyż dopiero protokół odbioru końcowego bez uwag powoduje ukończenie wykonania umowy. Opisany w pkt. 14.5.8 Książki Projektu odbiór stanowi więc jedynie pozornie odbiór końcowy, zaś faktyczne skutki odbioru końcowego wywołuje dopiero odbiór końcowy bez uwag.

- 5.8.** Omówione wyżej postanowienia § 14 ust. 3 Umowy, Rozdziału VI pkt 2 SWZ oraz pkt. 14.4.6, 14.5.11, 14.5.12 i 14.5.15 Książki Projektu są niezgodne z art. 647 KC, zgodnie z którym *„Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”*.
- 5.9.** Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że odbiór obiektu wykonanego w ramach umowy o roboty budowlane stanowi obowiązek Zamawiającego. Wystąpienie nieistotnych wad czy usterek niewpływających na możliwość użytkowania przedmiotu umowy nie może stanowić podstawy do odmowy odbioru robót przez Zamawiającego. Jednocześnie, odbiór robót jest obowiązkiem Zamawiającego i nie może zostać uzależniony od jednostronnego uznania przez Zamawiającego, że roboty zostały należycie wykonane. Tym samym, za nieuprawnione należy uznać kształtowanie postanowień SWZ oraz umowy, z których wynika, że warunkiem odbioru robót jest brak jakichkolwiek usterek lub wad oraz że odbiór można uzależnić od subiektywnej oceny wykonanych robót przez Zamawiającego. Za niedopuszczalne należy również uznać takie kształtowanie postanowień SWZ oraz Umowy, w wyniku których ustala się jedynie pozorny odbiór końcowy robót, zaś faktyczne skutki, w tym rozpoczęcie biegu terminu gwarancji oraz rękojmi następują dopiero z chwilą stwierdzenia, że wszystkie wady i usterek zostały usunięte.
- 5.10.** Takie stanowisko prezentowane jest również w jednolitym orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz KIO. Przykładowo w wyroku z dnia 28 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2311/19 Izba uznała, że *„(...) podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Ujawnienie podczas odbioru nieistotnych wad (usterek), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno*



*uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem (...)*”.

- 5.11.** Z kolei, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r. o sygn. II CSK 476/12, sąd uznał, że *„W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania”*.
- 5.12.** Arbitralna odmowa odbioru częściowego robót oraz ustanowienie jedynie pozornego odbioru końcowego, w tym wskazanie, że faktyczne skutki odbioru końcowego w postaci rozpoczęcia biegu terminu gwarancji oraz rękojmi następują dopiero z chwilą stwierdzenia, że wszystkie wady i usterki zostały usunięte, stanowi także naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC, gdyż takie postanowienia sprzeciwiają się istocie stosunku prawnego jakim jest umowa o roboty budowlane. Zgodnie bowiem z definicją umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 KC Zamawiający ma obowiązek odbioru wykonanych robót. Opóźnianie takiej czynności do momentu uznania, że wszystkie usterki zostały usunięte jest sprzeczne z naturą omawianego stosunku prawnego, gdyż Zamawiający nie dokona ciężających na nim obowiązków, tj. odbioru robót.
- 5.13.** W konsekwencji Zamawiający niezgodnie z art. 647 KC i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 16 PZP sformułował postanowienia § 14 ust. 3 Umowy, Rozdziału VI pkt 2 SWZ oraz pkt 14.4.6, 14.5.11, 14.5.12 i 14.5.15 Książki Projektu. W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać zmiany § 14 ust. 3 Umowy, Rozdziału VI pkt 2 SWZ oraz pkt 14.4.6, 14.5.11, 14.5.12 i 14.5.15 Książki Projektu w taki sposób, aby wydanie Zamawiającemu przedmiotu umowy (w tym rozpoczęcie biegu terminu rękojmi oraz gwarancji) następowało wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego i nie było uzależnione od usunięcia przez wykonawcę nieistotnych wad i usterek.

**6. Zarzut 9 – nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia**

- 6.1.** Zgodnie z § 2 ust. 3 Umowy, *wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Opisem Przedmiotu Zamówienia, Dokumentacją Projektową oraz pozostałą dokumentacją, o której mowa w § 1 ust. 5.2. Umowy i nie wnosi do niej zastrzeżeń, uznając ją za podstawę do realizacji Przedmiotu Umowy.*
- 6.2.** Jednocześnie, zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy, *wszelkie zastrzeżenia wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia roszczeń od Zamawiającego oraz do żądania przez GW przesunięcia terminu zakończenia poszczególnych etapów wykonywanych robót przewidzianych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, w tym terminu zakończenia Robót.*
- 6.3.** Z kolei, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 2.16. Umowy, do obowiązków wykonawcy należy m.in. *wykonanie - w razie konieczności - robót z ręcznymi przekopami próbnymi oraz uwzględnienie potrzeby inwentaryzacji i usuwania w ramach robót podziemnych niezainwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej. W przypadku czynnych elementów infrastruktury wykonawca uzyska od gestora danej sieci warunki techniczne jej usunięcia, a uwarunkowania jej usunięcia będą przedmiotem uzgodnień pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.*
- 6.4.** Postanowienia § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 ust. 2 pkt 2.16. Umowy stanowią naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, gdyż nakładają na wykonawcę obowiązek wyceny robót i innych czynności, które nie zostały wskazane w SWZ. Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Ponadto, zgodnie z art. 651 KC odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej ponosi Zamawiający.
- 6.5.** Należy podkreślić, że to Zamawiający przekazuje Wykonawcy projekt, na podstawie którego zrealizowany ma zostać przedmiot zamówienia i tym samym to on odpowiada za kompletność dokumentacji. Za jakiegokolwiek błędy w dokumentacji projektowej nie może więc ponosić odpowiedzialności wykonawca. Tym samym, konieczność wykonania innych prac nieprzewidzianych w przekazanej dokumentacji projektowej powinna zostać objęta dodatkowym aneksem lub zmianą dokumentacji projektowej.
- 6.6.** Postanowienia Umowy są ponadto niespójne z postanowieniami dotyczącymi możliwości dokonania zmiany umowy. Zgodnie bowiem z § 16 ust. 1 pkt. 1.3. Umowy, Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych. Skoro zatem Zamawiający kreując postanowienia dotyczące modyfikacji umowy uznał, że zasadna będzie jej zmiana w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych niewynikających z SWZ, to nieuprawnione jest jednoczesne nakładanie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia

wykonania wszelkich robót (w szczególności tych, których nie można przewidzieć na etapie złożenia oferty) w cenie oferty. Wynagrodzenie wykonawcy i zakres jego zobowiązań powinny więc obejmować jedynie te czynności, które zostały wyspecyfikowane do realizacji w SWZ. Każda czynność niewynikająca precyzyjnie z SWZ powinna być podstawą do uzyskania zmiany umowy, np. poprzez rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia i podwyższeniu wynagrodzenia.

- 6.7.** Wskazane postanowienia Umowy są również niezgodne z art. 433 pkt 3 PZP, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jak słusznie zauważa się w doktrynie (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021), *Zakres zastosowania tego przepisu obejmować będzie również **postanowienia umowne, które z jednej strony zwalniają zamawiającego z odpowiedzialności za jego obowiązki kontraktowe, a z drugiej nie uwzględniają wpływu tej okoliczności faktycznej na odpowiedzialność wykonawcy z tytułu nienależytego lub nieterminowego wykonania zobowiązania (np. klauzula zwalniająca zamawiającego z odpowiedzialności za wady przekazanej dokumentacji projektowej lub programu funkcjonalno-użytkowego, klauzula zawierająca oświadczenie wykonawcy o braku zastrzeżeń do terenu budowy).***
- 6.8.** Zgodnie z Rozdziałem V SWZ, zakres zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych na podstawie m.in. projektu budowlanego, którego dostarczenie pozostaje obowiązkiem Zamawiającego. Za prawidłowość dokumentacji projektowej w niniejszym postępowaniu odpowiada więc jedynie Zamawiający.
- 6.9.** W związku z powyższym, postanowienia § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 ust. 2 pkt 2.16. Umowy stanowią naruszenie fundamentalnej zasady precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, przewidują one odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co powoduje, że są one niedozwolone na podstawie art. 433 pkt 3 PZP. W konsekwencji z treści umowy powinno wynikać, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót wynikających z SWZ i tylko takie roboty obejmuje wynagrodzenie wynikające z § 7 ust. 1 Umowy. Natomiast każda czynność, praca, której wykonanie nie wynika z treści SWZ a profesjonalny wykonawca nie mógł przewidzieć konieczności jej wykonania powinna być podstawą do zmiany umowy, w tym przede wszystkim do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy. W tym zakresie właśnie Zamawiający powinien dokonać zmiany aktualnego brzmienia Umowy w taki sposób, aby z umowy wynikało, że:

**6.9.1.** błędy w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego, stwierdzone w toku realizacji umowy, są podstawą do zmiany umowy, w szczególności w zakresie podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, przedłużenia terminu wykonania umowy oraz sposobu realizacji umowy

**6.9.2.** w przypadku wystąpienia robót niewynikających z dokumentacji projektowej, umowa zostanie zmieniona w szczególności poprzez zmianą zakresu robót, podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy oraz zmianę terminu wykonania umowy.

## **7. Zarzut 10 – nieprawidłowe określenie terminu na usunięcie wady**

**7.1.** Zgodnie z § 14 ust. 4 Umowy, *W przypadku niewykonania obowiązków wynikających z gwarancji Zamawiający wyznaczy wykonawcy ostateczny termin ich wykonania, a jeśli wykonawca nie dotrzyma wyznaczonego terminu, Zamawiający wykona je we własnym zakresie, a kosztami obciąży wykonawcę.*

**7.2.** Nieusunięcie przez wykonawcę wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy. Przede wszystkim zgodnie z § 14 ust. 4 Umowy, Zamawiający może zlecić ich usunięcie na koszt i ryzyko wykonawcy. Ponadto Zamawiający może być uprawniony do naliczenia kary umownej na podstawie § 18 ust. 1 pkt 1.3 Umowy.

**7.3.** Wymaganie, aby każda wada została usunięta w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego bez uwzględnienia realnego terminu na wykonanie takiej czynności, który może wynikać z przyczyn technicznych lub technologicznych jest sprzeczny z zasadą swobody umów. W doktrynie (M. Gutowski, Kodeks Cywilny. Tom II. Komentarz) zauważa się, że *w razie sporu sąd będzie dokonywał obiektywnej oceny terminowości wykonania obowiązków gwaranta, z uwzględnieniem technologicznych i logistycznych możliwości ich realizacji oraz potrzeb kupującego.* Tym samym, również i w tym przypadku, termin do usunięcia wad, który będzie wyznaczony przez Zamawiającego, powinien uwzględniać okoliczności związane z technicznym oraz technologicznym aspektem ich wykonania.

**7.4.** Aktualne brzmienie § 14 ust. 4 Umowy powoduje, że wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki usunięcia wad, które mogą okazać się niemożliwe do spełnienia. W konsekwencji na wykonawcę nałożona może zostać kara umowna lub może on zostać obciążony kosztami naprawy, co nie byłoby możliwe w przypadku, gdyby treść umowy uwzględniała techniczne i technologiczne możliwości usunięcia wady. Z umowy powinno zatem jednoznacznie wynikać, że termin do usunięcia stwierdzonych wad będzie

uwzględniać okoliczności techniczne i technologiczne, które są niezależne od wykonawcy.

- 7.5. W konsekwencji zatem Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia § 14 ust. 4 Umowy w taki sposób, aby termin na usunięcie wady został wyznaczony w sposób uwzględniający techniczne i technologiczne możliwości usunięcia wady.

## **8. Zarzut 11 – nieprawidłowe określenie kar umownych**

- 8.1. Katalog kar umownych został określony przez Zamawiającego w § 18 Umowy. Zgodnie z § 18 ust. 1 pkt 1.17 Umowy, *Zamawiający przewiduje możliwość naliczenia kary umownej za nienależyte (niezgodne z postanowieniami Umowy) wykonywanie Przedmiotu Umowy, pomimo uprzedniego dwukrotnego pisemnego wezwania wykonawcy do należytej realizacji Umowy i wyznaczenia przez Zamawiającego ostatecznego terminu.*
- 8.2. Powyższe okoliczności naliczenia kary umownej uniemożliwiają jednoznaczne określenie jakie działania lub zaniechania wykonawcy upoważnią Zamawiającego do żądania jej zapłaty. Do naliczenia przez Zamawiającego kary umownej wystarczy, więc subiektywne stwierdzenie, że wykonawca realizuje przedmiot umowy niezgodnie z postanowieniami Umowy.
- 8.3. Należy natomiast stwierdzić, że zgodnie z art. 433 pkt 2 PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Jednocześnie, zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego<sup>3</sup>, kara umowna nie może być naliczona wykonawcy za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.
- 8.4. Takie sformułowanie kary umownej jest również niezgodne z art. 483 § 1 KC, zgodnie z którym dopuszczalne jest naliczenie kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, jednak Zamawiający powinien dokładnie określić na czym takie niewykonanie lub nienależyte wykonania ma polegać. Oznacza to zatem, że Zamawiający powinien szczegółowo opisać okoliczności faktyczne, których ziszczenie się powoduje uprawnienie do naliczenia kary umownej.
- 8.5. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o wykreślenie kary umownej za nienależyte wykonywanie Przedmiotu Umowy ustanowionej w § 18 ust. 1 pkt 1.17 Umowy.

---

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 roku, sygn. akt I CSK 748/12

- 8.6.** Niezależnie od powyższego, zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne są rażąco wysokie i powinny zostać odpowiednio zmniejszone, tak aby ich wysokość odpowiadała ewentualnej, potencjalnej szkodzie jaką może ponieść Zamawiający. Obciążenie wykonawcy ryzykiem nałożenia wysokich kar jest nieadekwatne i nieproporcjonalne do szkody jaką może ponieść Zamawiający w przypadku ziszczenia się okoliczności uprawniających do ich naliczenia. Pozostawienie kar umownych w aktualnej wysokości może spowodować nieuprawnione wzbogacenie się Zamawiającego.
- 8.7.** Zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. KIO 2574/18), kary umowne mają na celu uzyskanie przez Zamawiającego zryczałtowanego odszkodowania. Rażąco wysoka kara umowna neguje taki cel, co powoduje, że tak ukształtowana kara jest niezgodna z art. 483 KC, a także z zasadą proporcjonalności i adekwatności.
- 8.8.** W konsekwencji powyższego, rażąco wysoki charakter mają wszystkie zastrzeżone w § 18 ust. 1 Umowy. Tym samym, Odwołujący wnosi o zmniejszenie tych kar o połowę, zgodnie z poniższym wykazem:
- 8.8.1.** za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy: w wysokości **0,01%** Wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w § 6 ust. 1;
  - 8.8.2.** za zwłokę w wykonaniu Kamieni Milowych określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym: w wysokości **0,005%** Wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym;
  - 8.8.3.** za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy Odbiorze końcowym, w okresie gwarancji lub okresie rękojmi za wady: w wysokości **0,005%** Wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony od następnego dnia po upływie terminu usunięcia wad;
  - 8.8.4.** za zwłokę w zapłacie należnego Podwykonawcom i Dalszym Podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia: w wysokości **5.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w § 9 ust. 13 pkt 13.6.;
  - 8.8.5.** za niedopełnienia przez GW obowiązku waloryzacji umowy podwykonawczej, o którym mowa w art. 439 ust. 5 PZP oraz § 9 ust. 16: w wysokości **1.000,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek braku waloryzacji umowy podwykonawczej;
  - 8.8.6.** z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn występujących po stronie GW, o których mowa w § 15 ust. 1 pkt 1.1. - 1.6.: w wysokości **5%** Wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1;



- 8.8.7.** za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, zgodnie z § 9 ust. 6: w wysokości **25.000,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
- 8.8.8.** za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej lub jej zmiany, zgodnie z § 9 ust. 11: w wysokości **5.000,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
- 8.8.9.** za niedopełnienie przez GW obowiązku zmiany umowy podwykonawczej zgodnie z wymogami Zamawiającego, o których mowa w § 9 ust. 9: w wysokości **12.500,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
- 8.8.10.** za nieprzestrzeganie obowiązku utrzymywania porządku na Terenie Budowy oraz obowiązku przestrzegania ustalonych warunków BHP i ppoż: w wysokości **5.000,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
- 8.8.11.** za wprowadzenie Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy na Teren Budowy bez uprzedniego zgłoszenia Zamawiającemu, o którym mowa w § 9 ust. 16: w wysokości **12.500,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
- 8.8.12.** za nieprzedłożenie Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 12 ust. 3, potwierdzających utrzymanie ciągłości ubezpieczenia OC, w terminie wskazanym w § 12 ust. 3: w wysokości **25.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki;
- 8.8.13.** za nieprzedłożenie Zamawiającemu dokumentu, o którym mowa w § 12 ust. 4, potwierdzającego posiadanie przez GW ubezpieczenia od wszelkich ryzyk budowlanomontażowych, w terminie wskazanym w § 12 ust. 4: w wysokości **25.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki;
- 8.8.14.** za nieprzedłożenie Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 12 ust. 5, potwierdzających utrzymanie ciągłości ubezpieczenia od wszelkich ryzyk budowlanomontażowych, w terminie wskazanym w § 12 ust. 5: w wysokości **25.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki;
- 8.8.15.** za nieprzedłożenie do akceptacji, w terminach określonych w § 6 ust. 3 i 4, odpowiednio: Tabeli Podziału Cen Ryczałtowych i Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego: w wysokości **5.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki;
- 8.8.16.** za nieprzedłożenie do akceptacji, w terminach określonych w § 5 ust. 14, dokumentu w postaci wykazu: w wysokości **5.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki w przekazaniu wymaganego dokumentu;
- 8.8.17.** § 18 ust. 1 pkt 1.17 Umowy – wniosek o usunięcie kary (zgodnie z zarzutem opisanym powyżej)

**8.8.18.** za nieprzestrzeganie obowiązku, o którym mowa w § 8 ust. 1: w wysokości **2.500,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek oddelegowania do wykonywania pracy osoby niezatrudnionej na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy;

**8.8.19.** nieprzedłożenie oświadczenia, o którym mowa w § 8 ust. 5, w terminie wskazanym w powołanym postanowieniu: w wysokości **1.000,00 zł** za każdy dzień zwłoki.

## **9. Zarzut 12 – gradacja dokumentów**

**9.1.** Zamawiający w § 1 ust. 5 Umowy ustanowił kolejność, wg której powinny być odczytywane i interpretowane rozbieżności pomiędzy postanowieniami różnych dokumentów wchodzących w skład dokumentów Umowy. Zgodnie z § 1 ust. 5 pkt 5.2 Umowy, niezgodności w SWZ powinny być odczytywane i interpretowane wg następującej kolejności:

**9.1.1.** Opis Przedmiotu Zamówienia,

**9.1.2.** Książka Projektu wraz z załącznikami,

**9.1.3.** Dokumentacja Projektowa i dokumenty formalne,

**9.1.4.** Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,

**9.1.5.** Wyjaśnienia treści SWZ.

**9.2.** Ustalenie takiej kolejności interpretacji dokumentów składających się na SWZ, w której wyjaśnienia treści SWZ są najmniej istotne powodować będzie trudności w ustaleniu treści SWZ. Poprzez wyjaśnienia treści SWZ może dojść bowiem do zmiany jego treści. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (sygn. akt II CSK 197/15) *udzielone wyjaśnienia przez zamawiającego ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ*. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np. KIO 503/14), *wszystkie odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ poprzez uszczegółowienie, przy czym zmiana ta nie zawsze musi mieć charakter formalny*. Jednocześnie, *nie jest przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ to, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie tylko w sytuacji kiedy Zamawiający udzielone wyjaśnienia tytułuje, jako "zmiana SIWZ" (KIO 110/15).*

**9.3.** Wyjaśnienia treści SWZ służą doprecyzowaniu i rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień dokumentacji postępowania oraz wyjaśnieniom wątpliwości zgłaszanych przez wykonawców. Przyznanie więc pierwszeństwa w interpretacji dokumentom

w pierwotnym brzmieniu jest niezgodne z istotą udzielania wyjaśnień SWZ przez Zamawiającego. Wyjaśnienia treści SWZ powinny być integralną treścią SWZ i nie powinny podlegać odrębnej gradacji.

- 9.4.** Aktualne brzmienie § 1 ust. 5 pkt 5.2 Umowy powoduje, że w przypadku, gdy poprzez udzielenie wyjaśnień Zamawiający zmieni lub doprecyzuje postanowienia SWZ, to zgodnie z kolejnością interpretacji dokumentów, to pierwotna treść SWZ pozostaje istotniejsza. W konsekwencji zatem Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia § 1 ust. 5 pkt 5.2 Umowy w taki sposób, aby wyjaśnienia treści SWZ były integralną jego treścią.

## **10. Zarzut nr 13 – nieprawidłowe ukształtowanie zasad dotyczących waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy**

- 10.1.** Zamawiający w § 16 ust. 8.5. Umowy sformułował klauzulę waloryzacyjną dotyczącą zmiany cen i usług na rynku budowlanym. Klauzula ta jednak nie zapewnia faktycznego wzrostu wynagrodzenia wykonawcy na wypadek zmiany cen materiałów i wzrostu kosztów wykonania zamówienia. Zgodnie bowiem z § 16 ust. 8.5. Umowy wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji, jeżeli cena materiałów lub kosztów wykonania zamówienia wzrosną o 30% względem cen lub kosztów wynikających z dnia otwarcia ofert. Jednocześnie, z § 16 ust. 15 Umowy wynika, że wynagrodzenie wykonawcy nie może wzrosnąć o więcej niż 2% wynagrodzenia ustalonego w dniu zawarcia umowy. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna przeczy idei jej wprowadzenia do przepisów PZP oraz powoduje, że wykonawca traci faktyczną możliwość uzyskania zapłaty dodatkowego wynagrodzenia ze względu na wzrost cen lub kosztów wykonania zamówienia.
- 10.2.** Ustawodawca bowiem, decydując się na wprowadzenie przepisu art. 439 PZP, miał na celu zapewnienie ochrony dla wykonawców zamówień publicznych na wypadek wzrostu cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia. Ustawodawca uznał, że nie można stworzyć jednej klauzuli waloryzacyjnej dla wszystkich rodzajów zamówień, stąd zdecydował się jedynie na wskazanie wytycznych jak taka klauzula powinna być skonstruowana.
- 10.3.** Zamawiający uwzględnił co prawda wszystkie elementy, które powinny być określone w klauzuli waloryzacyjnej, jednak dokonał tego w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, powodując przy tym, że faktyczne skorzystanie z niej jest niemożliwe. To powoduje, że pomimo wystąpienia przewidzianych w ustawie PZP instrumentów pozwalających wykonawcy na zabezpieczenie swoich interesów na wypadek wzrostu cen materiałów lub kosztów wykonania zamówienia, faktycznie skorzystanie z nich

okazuje się niemożliwe. Takie działanie Zamawiającego przeczy całkowicie intencjom ustawodawcy, a sformułowana przez Zamawiającego klauzula ma na celu jedynie formalne spełnienie wymagań wynikających z przepisów PZP, jednak jej zastosowanie jest istotnie ograniczone.

- 10.4.** Po pierwsze Zamawiający warunkuje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia jeżeli ceny materiałów i kosztów wykonania zamówienia wzrosną o 30% względem cen wynikających z dnia otwarcia ofert. Próg 30% jest bardzo wysoki i bardzo rzadko występuje na rynku sytuacja, w której ceny poszczególnych materiałów lub usług wzrosną tak istotnie. Zamawiający powinien zatem przyjąć próg znacznie niższy uwzględniający faktyczne różnice cen materiałów i usług powstałe po otwarciu ofert.
- 10.5.** Po drugie, ustanowione ograniczenie, że waloryzacja nie może przekroczyć 2% wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że faktycznie wykonawca nie będzie zabezpieczony przed potencjalnymi zmianami cen i materiałów na rynku. Tak niska wartość waloryzacji nie wypełnia celów, dla których ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie art. 439 PZP. Zamawiający unika w ten sposób odpowiedzialności za wzrost cen materiałów lub kosztów wykonania zamówienia na etapie wykonania umowy.
- 10.6.** Zamawiający, jako profesjonalista, zdaje sobie sprawę, że ustanawiając taki limit waloryzacji, nie zabezpieczy wykonawcy przed ryzykiem wzrostu cen lub kosztów. Tym samym, wykonawca będzie zmuszony do skalkulowania ryzyka wzrostu cen lub kosztów w cenie oferty, co spowoduje, że ceny ofert wykonawców będą wyższe. Nadto, Zamawiający nie uniknie ryzyka potencjalnego sporu z wykonawcą o waloryzację wynagrodzenia.
- 10.7.** Zgodnie z przepisami PZP Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy realizacji umowy. Takie współdziałanie powinno między innymi polegać na wspólnym rozkładaniu ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Zamawiający całkowicie pomija tę zasadę i ustanawia warunki waloryzacji, które nie zabezpieczą stron przed zmianą cen materiałów i usług w trakcie wykonania umowy.
- 10.8.** Powyższe powoduje, że zarzut jest uzasadniony i powinien zostać uwzględniony, a Zamawiającemu nakazana zmiana postanowień § 16 ust. 8.5. i 9 Umowy, w taki sposób, aby:
- 10.8.1. wynagrodzenie uległo waloryzacji jeżeli ceny materiałów i kosztów zmieniają się o 20% wobec cen obowiązujących w dniu otwarcia ofert,**
- 10.8.2. Wynagrodzenie wykonawcy, z tytułu waloryzacji z uwagi na zmianę cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia, mogło wzrosnąć o co najmniej 10% pierwotnego wynagrodzenia.**

## **11. Zarzut 14 – nieprecyzyjny opis obowiązków wykonawcy**

- 11.1.** Zamawiający w § 3 Umowy przedstawił obowiązki wykonawcy w okresie realizacji zamówienia. Zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy, obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie robót budowlanych w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę oraz zgodnie z zakresem wskazanym w dokumentacji postępowania. W tym zakresie, wykonawca jest obowiązany do realizacji **w szczególności, ale nie wyłącznie** zadań opisanych w § 3 ust. 2 pkt 2.1-2.40 Umowy.
- 11.2.** Ponadto, zgodnie z § 3 ust. 5 Umowy, do obowiązków wykonawcy należy realizacja robót przygotowawczych, **w szczególności, ale nie wyłącznie** poprzez wykonanie zadań opisanych w § 3 ust. 5 pkt 5.1-5.5 Umowy.
- 11.3.** Jednocześnie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP, Zamawiający *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Opis obowiązków wykonawcy wynikający w § 3 ust. 2 oraz § 3 ust. 5 Umowy jest nieprecyzyjny i uniemożliwia jednoznaczne określenie zakresu obowiązków wykonawcy. Jak słusznie wywodzi Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. o sygn. III Ca 1019/16 *opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo*. Takie sformułowanie przez Zamawiającego postanowień umownych powoduje więc, że wykonawcy w obawie przed obciążeniem ich innymi obowiązkami niż te, które bezpośrednio wynikają z umowy mogą zawyżać cenę oferty.
- 11.4.** Opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący stanowi również naruszenie zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Jak bowiem wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok TSUE w wyroku z dnia 10 maja 2012 r., sygn. akt C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów), *specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję, muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia, oraz powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić*. Dopiero bowiem, gdy wykonawcy mają zapewniony dostęp do takiej samej informacji, która będzie tak samo interpretowana, mogą konkurować ze sobą na jednakowych zasadach.

**11.5.** W konsekwencji zatem Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia § 3 ust. 2 oraz § 3 ust. 5 Umowy w taki sposób, aby opisywały one w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący wszystkie zadania, jakie obowiązany będzie wykonać w trakcie realizacji zamówienia.

**12. Zarzut nr 15 – niezasadny termin weryfikacji kart materiałowych**

**12.1.** Zgodnie z pkt. 9.2.1. Książki Projektu, *przed dostawą i wbudowaniem Materiałów lub Wyposażenia (w tym, urządzeń, instalacji, wyrobów w ramach Robót) wykonawca zobowiązany jest uzyskać pisemne zatwierdzenie Inżyniera Kontraktu*. Jednocześnie, zgodnie z pkt. 9.2.2 Książki Projektu, Inżynier Kontraktu w terminie 30 dni roboczych od złożenia kompletnej karty zatwierdzenia materiału dokona zatwierdzenia materiału albo go odczuci.

**12.2.** Obecne brzmienie pkt. 9.2.2 Książki Projektu powoduje więc, że faktyczny termin na zatwierdzenie bądź odrzucenie karty materiału wynosi ponad miesiąc. Tak długi okres może powodować znaczące utrudnienia w realizacji zamówienia, co w konsekwencji przyczynić się może do powstawania opóźnień z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zgodnie bowiem z pkt. 9.2.5 Książki Projektu, jeśli materiał nie uzyska akceptacji, wykonawca zobowiązany będzie do ponownego wystąpienia o akceptację tego materiału. W przypadku więc, gdy błąd lub brak w karcie materiałowej zostanie poprawiony lub uzupełniony już następnego dnia po odrzuceniu karty, Inżynier Kontraktu będzie miał kolejne 30 dni robocze na ponowne ich zatwierdzenie. Tym samym cały proces może wydłużyć się do ponad dwóch miesięcy, co w powiązaniu z krótkim terminem realizacji przedmiotu zamówienia może spowodować przekroczenie określonego przez Zamawiającego terminu. Zgodnie bowiem z Rozdziałem VI pkt 1 SWZ, Zamawiający wymaga, aby wykonawca zrealizował zamówienie w terminie do 30 listopada 2023 roku. Określenie tak długiego terminu na zatwierdzenie lub odrzucenie karty zatwierdzenia materiału może znacząco wpłynąć na termin realizacji inwestycji, który i tak może okazać się niemożliwy do osiągnięcia.

**12.3.** Zgodnie z art. 431 PZP Zamawiający jest zobowiązany do współdziałania przy realizacji umowy, co oznacza między innymi, że powinien czynnie brać udział w akceptacji materiałów i wykonywać ten obowiązek z uwzględnieniem terminu wykonania robót.

**12.4.** Terminem odpowiednim na zatwierdzenie lub odrzucenie karty zatwierdzenia materiału jest 14 dni od dnia jej przedłożenia. W terminie tym, Inżynier Kontraktu będzie mógł zapoznać się z informacjami przedstawionymi w karcie oraz porównać parametry materiałów z parametrami odpisanymi w dokumentacji zamówienia. Skrócenie terminu na zatwierdzenie bądź odrzucenie karty materiału pozwoli na sprawniejszą realizację



zamówienia, a cały proces uzyskania zgody zostanie ograniczony do niezbędnego minimum.

### **13. Zarzut nr 16 – zbyt krótki termin składania ofert**

- 13.1.** Zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 SWZ termin składania ofert został wyznaczony na dzień 10 sierpnia 2021 r. Termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego na przygotowanie oferty. Zgodnie bowiem z art. 131 ust. 1 PZP Zamawiający wyznaczając termin składania ofert jest zobowiązany do uwzględnienia złożowości i specyfiki zamówienia oraz czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.
- 13.2.** Przede wszystkim przedmiot zamówienia jest skomplikowany a dokumentacja postępowania wymaga istotnej analizy celem odpowiedniej weryfikacji oczekiwań Zamawiającego i ich kalkulacji. Jednocześnie Zamawiający oczekuje, aby wraz z ofertą wykonawca złożył szereg dokumentów, w tym przede wszystkim dokumenty przedmiotowe, których sporządzenie wymaga czasu.
- 13.3.** Biorąc pod uwagę obszerność dokumentacji postępowania wykonawcy będą ją dalej weryfikować i kierować wnioski o jej wyjaśnienie. Dopiero po uzyskaniu wszystkich odpowiedzi możliwe będzie skalkulowanie ceny oferty.
- 13.4.** Już jednak na obecnym etapie wykonawcy mają szereg wątpliwości co do sposobu sformułowania wymagań dotyczących SWZ, co potwierdza między innymi obszerność niniejszego odwołania oraz skierowane dotychczas wnioski o wyjaśnienie treści SWZ.
- 13.5.** Jednocześnie, Zamawiający zobowiązał wykonawców do uczestniczenia w wizji lokalnej, która odbyła się 16 lipca 2021 r., czyli 9 dni po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu. Dopiero po wizji lokalnej wykonawcy poznali całokształt wymagań Zamawiającego oraz uzyskali istotne informacje dotyczące wykonania zamówienia. Natomiast, od dnia odbycia wizji lokalnej do terminu składania ofert pozostało zaledwie 16 pełnych dni roboczych na przygotowanie oferty. Zgodnie z art. 131 ust. 2 PZP Zamawiający powinien brać tę okoliczność również pod uwagę przy określaniu terminu składania ofert.
- 13.6.** Zamawiający jednak całkowicie bezrefleksyjnie określił minimalny termin składania ofert określony wynikający z art. 138 ust. 1 PZP. Pomimo bowiem:
- 13.6.1.** bardzo wygórowanych wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu,
  - 13.6.2.** konieczności zebrania dokumentów przedmiotowych oraz potwierdzających doświadczenie personelu w ramach Kryterium 4,
  - 13.6.3.** obowiązku odbycia wizji lokalnej,
  - 13.6.4.** skomplikowanego charakteru zamówienia,

**13.6.5.** obszerności dokumentacji postępowania.

Zamawiający zaniechał określenia odpowiednio dłuższego terminu wykonania zamówienia, który pozwoliłby wykonawcom na należyłą weryfikację zakresu zamówienia, przygotowanie dokumentów oraz kalkulację ceny oferty.

**13.7.** W konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów PZP, stąd też zarzut powinien zostać uwzględniony, a Zamawiającemu powinien przedłużyć termin składania ofert co najmniej do dnia 7 października 2021 r., tj. do trzech miesięcy od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec powyższego wnosimy jak na wstępie.

Jan Roliński  
adwokat

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.