



Warszawa, dnia 10 stycznia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:

ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.

ul. Gajowa 99,85-717 Bydgoszcz,

KRS nr: 0000326054, NIP: 556-26-84-532

reprezentowani przez:

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

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

Zamawiający:

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź sp. z o.o.

ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź

KRS nr.: 0000044561, NIP: 725-000-56-28

tel.: 42 672 11 20, e-mail: mbogacka@mpk.lodz.pl

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ogłoszonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Zakładu Techniki MPK-Łódź”, numer referencyjny: WZ-091-22/21

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „**Odwołujący**”), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych

z przepisami ustawy Pzp czynności Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego – Łódź sp. z o.o. (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w postępowaniu np. „Budowa Zakładu Techniki MPK-Łódź”, numer referencyjny: WZ-091-22/21 (dalej: „**Postępowanie**”) oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

- II. Przedmiotem zamówienia został określony przez Zamawiającego następująco:
1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest robota budowlana polegająca na budowie Zakładu Techniki MPK – Łódź.
 2. Robotę budowlaną, o której mowa w ustępie powyżej, należy wykonać zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) oraz załącznikami do niego, które stanowią: Dokumentacja Projektowa, Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy, wymogi Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), Decyzja o pozwoleniu na budowę i zgłoszeniem rozbiórki.
 3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty załączniku nr 3 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami) oraz w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ.
- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 255-676338. Ogłoszenie jest dostępne na stronie: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:676338-2021:TEXT:PL:HTML>.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 31 grudnia 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się w publikacją ogłoszenia i odnośną specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 10 stycznia 2022 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymogom art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.
- VI. Odwołujący wskazuje, że niniejszym odwołaniem zaskarża następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i wygórowany,
2. sformułowaniu wzoru umowy w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, niezapewniający równości stron, naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego,
3. wprowadzenia do treści wzoru umowy zapisów dających Zamawiającemu uznaniowe prawo do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w każdym przypadku wystąpienia wad, także nieistotnych,
4. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w Postępowaniu,

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

1. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez wadliwe określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy – doświadczenie wykonawcy, tj. określenie wymagań w zakresie wykazania się budową obiektu budowlany o charakterze użytkowym produkcyjnym i usługowym, gdzie budynek produkcyjny całkowicie lub w przeważającej części przeznaczony jest na cele związane ze zorganizowaną działalnością mającą na celu wytwarzanie jakichś towarów, usług lub dóbr kultury dla wszystkich gałęzi przemysłu, podczas gdy wybudowany obiekt nie będzie miał charakteru przemysłowego (wytwórczego), gdyż jego przeznaczeniem i funkcją jaką ma pełnić będzie hala obsługi pojazdów szynowych (tramwajów), co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie jest związany z zamówieniem i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;
2. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zobowiązanie w **§ 4 ust. 5 wzoru umowy w zw. z § 10 ust.3 i § 5**

ust. 1 wzoru umowy wykonawcy do zabezpieczenia, przeniesienia lub usunięcia nieopisanych w dokumentach zamówienia instalacji, co stanowi także nieuprawnione obciążenie wykonawcy ryzykami kontraktowymi, wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa poprzez zobowiązanie wykonawcy do wykonania prac nieopisanych w dokumentach zamówienia. Tym samym, Zamawiający w sposób jednoznaczny uchyła się od obowiązku przekazania Wykonawcom kompletnej dokumentacji, wskazującej na umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, tak aby Wykonawca realizujący zamówienie mógł wykonywać roboty bez narażania tych instalacji na uszkodzenie.

- 3. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego** poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 11 ust. 4 pkt 1, 2 i 3 wzoru Umowy w zw. z § 11 ust. 8 pkt 4 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad niezależnie od tego czy są one istotne czy też nieistotne oraz braku ich usunięcia przez Wykonawcę już na etapie procedowania przeglądu technicznego tj. przed odbiorem końcowym. Zamawiający bowiem wymaga aby wszystkie usterki stwierdzone w trakcie dokonywania przeglądu technicznego zostały usunięte przez Wykonawcę przed zgłoszeniem do odbioru końcowego, co wynika z § 11 ust. 4 pkt 3) wzoru umowy, w świetle którego do zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego wymagane jest potwierdzenie usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie przeglądu technicznego. Powyższe powoduje, że już na etapie zgłoszenia do odbioru Zamawiający wymaga braku jakichkolwiek usterek (istotnych i nieistotnych) w przekazywanej inwestycji pod rygorem odmowy przystąpienia do odbioru końcowego przy czym podkreślić należy, że uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie bowiem z art. 647 kodeksu cywilnego inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych zapisach wzoru umowy Zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru końcowego,

ale także do uzależnienia możliwości przystąpienia do odbioru końcowego od potwierdzenia usunięcia wszystkich usterek w tym nieistotnych wykazanych już podczas przeglądu technicznego. Powyższy zapis wprowadza zatem pośrednio do wzoru umowy niezgodny z przepisami zapis o tzw. *bezusterkowym odbiorze*. Jednocześnie kwestionowany zapis wzoru umowy daje Zamawiającemu uznaniowe prawo do opóźniania terminu odbioru końcowego i rzutuje na wstrzymanie wystawienia faktury końcowej, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, w świetle **art. § 10 ust. 8 wzoru Umowy**. Podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu nieistotnych wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem nieistotnych wad odbiorowych oznacza, że płatność ta stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;

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

1. zmienić treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. dokonałą zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścić zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
3. usunął z treści wzoru umowy §11 ust. 4 pkt 3,
4. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na sporządzenie ofert lub wprowadzenie zmian w ofertach.

IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował warunek udziału w postępowaniu oraz sposób jego spełniania, a

także warunki kontraktu, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowany warunek, pomimo posiadania wyjątkowo bogatego doświadczenia w budowie adekwatnych obiektów. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i treści wzoru umowy, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym, Odwołujący mógłby złożyć wniosek, a następnie ofertę, a oferta ta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

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

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

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 10 stycznia 2022 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do

wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

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

1. W Rozdziale VIII 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia', w ust 1 pkt 2) lit. a) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek:

VIII. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA.

1. O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

- 2) posiadania zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp., tj. wykażą, że:
- a) wykonali nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - **co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie obiektu o charakterze przemysłowym, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN każda, dla których uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie;**

Przez obiekt przemysłowy rozumie się obiekt budowlany o charakterze użytkowym produkcyjnym i usługowym, gdzie budynek produkcyjny całkowicie lub w przeważającej części przeznaczony jest na cele związane ze zorganizowaną działalnością mającą na celu wytwarzanie jakichś towarów, usług lub dóbr kultury dla wszystkich gałęzi przemysłu.

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

3. Odwołujący oświadcza, że jest wykonawcą posiadającym legitymujący się bogatym doświadczeniem, pozwalającym na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zrealizował bowiem wiele robót budowlanych polegających na kompleksowej budowie /

przebudowie / rozbudowie obiektów o charakterze przemysłowym, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN, dla których uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie. **Odwołujący spełnia więc w nadmiarze podstawową część warunku z rozdziału VIII ust. 1 pkt. 2) lit. a).** Również w odniesieniu do doświadczenia w zakresie realizacji robot budowlanych polegających budowie / przebudowie / rozbudowie hal magazynowych czy parkingów, Odwołujący może poszczycić się listą referencji, które potwierdzają, że w okresie ostatnich ośmiu (8) Odwołujący wykonał tego typu budowy, o użytkowej nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN. **Odwołujący posiada więc w nadmiarze doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia.** Odwołujący uważa, że nietuzinkowe doświadczenie Odwołującego dowodzi, iż Odwołujący jest w stanie należyście i terminowo wykonać robotę budowlaną, której przedmiotem jest robota budowlana polegająca na budowie Zakładu Techniki MPK – Łódź.

4. Mimo tak bogatego doświadczenia w realizacji halowych obiektów sportowych, hal przemysłowych i budynków kubaturowych, Odwołujący nie jest jednak w stanie wykazać spełnienia części warunku udziału w której Zamawiający zawęży obiekt przemysłowy do obiektu budowlanego użytkowego, o charakterze produkcyjnym i usługowym, który w całości lub przeważającej części **przeznaczony jest na produkcję** na cele przemysłowe, polegającą na wytwórstwie towarów lub usług lub dóbr kultury.

5. Przy tak zdefiniowanym obiekcie przemysłowym, bez znaczenia jest, iż okres aktualności doświadczenia został wydłużony względem minimalnego o 3 lata, oraz że parametry powierzchni i wartości robót nie są wygórowane. W ocenie Odwołującego, **już sam wymóg wykazania się budynkiem przemysłowym przeznaczonym rozumianym jako obiekcie przeznaczonym na produkcję wytwórczą, z uwagi na są nadmierność i nie związane z przedmiotem zamówienia,** determinuje, że cały warunek pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowy warunek nie został bowiem ustalony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ani w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a został sformułowany w sposób zbyt rygorystyczny oderwany od faktycznie niezbędnego doświadczenia, w konsekwencji ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

6. Odwołujący przede wszystkim podkreśla, że działalność wytwórcza nie będzie realizowana w Zakładzie Techniki. Nawet jeżeliby jednak było inaczej, to i tak byłaby to działalność marginalna. Tymczasem, w treści warunku produkcyjny charakter Zakładu Techniki jawi się jako główny sposób wykorzystywania hali budynku. Zgodnie jednak z treścią Załącznika nr 3 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, w nowym zakładzie znajdzie się część napraw bieżących – w tym celu w hali przewidziano m.in. warsztat elektryczny, warsztat mechaniczny, akumulatorownia, lakiernię, spawalnię, stolarnię, myjnię, pomieszczenia magazynowe (w tym środków niebezpiecznych) czy narzędziownię. Z uwagi na wskazane zaplecze, w Zakładzie Techniki, oprócz napraw bieżących, będą mogły być prowadzone modernizacje i remonty kapitalne tramwajów. **To działalność remontowo-modernizacyjna jest więc głównym (jedynym) przeznaczeniem przedmiotowego budynku przemysłowego.** Zamawiający nie wyartykułował w SWZ, że w Zakładzie Techniki miałyby być prowadzona jakakolwiek działalność produkcyjna (wytwórcza). Nawet jeżeliby jednak przyjąć, że taka działalność (produkcyjna) zakresie będzie realizowana, to należałoby uznać, że będzie to niewielki zakres, np. możliwość wytworzenia prostych podzespołów, możliwych do wykonania na miejscu bez konieczności posiadania wysokospecjalistycznego sprzętu, na parku maszynowym służącym głównie do regenerowania (naprawy) tych podzespołów na potrzeby taboru tramwajowego i autobusowego.

7. Odwołujący podnosi, że wymaganie wykazania się doświadczeniem w zakresie niepotrzebnie zawężonym do cytowanej definicji 'budynku przemysłowego', wyklucza szereg wykonawców, co nie jest uzasadnione celem zamówienia. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, w Polsce występują jedynie nieliczne firmy budowlane, który byłyby w stanie spełnić tak określony warunek udziału, co do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, właśnie z uwagi na bardzo małą ilość wybudowanych / przebudowanych budynków o wskazanej specyfice. Tymczasem, budowa Zakładu Techniki nie cechuje tak daleko idąca odrębność, aby żądane doświadczenie dotyczyło również budynku przemysłowego o przeznaczeniu produkcyjnym. Zgodnie z doświadczeniem i wiedzą techniczną Odwołującego, wystarczającym warunkiem w tym zakresie jest wykazanie się doświadczeniem w zakresie hal transportowych, centrów logistycznych, hal magazynowych czy hal wielofunkcyjnych dla podmiotów transportu zbiorowego.

8. Odwołujący wskazuje, że żądanie wykonania zdefiniowanego w SWZ 'budynku przemysłowego' nie mieści się w granicach dopuszczonej ustawą Pzp proporcjonalności oraz wymogu w zakresie żądania spełnienia warunków na poziomie minimalnym. Przy budowie zakładu techniki istotna jest doświadczenie w realizacji obiektu np. ze skomplikowanymi instalacjami elektrycznymi lub duża kubatura obiektu lub budowa torowisk. Zatem, jeżeli Zamawiający koniecznie chce zweryfikować ten zakres doświadczenia wykonawcy, zdaniem Odwołującego, może żądać wykazania się doświadczeniem w remoncie, modernizacji, przebudowie lub budowie obiektów o znacznie bardziej zróżnicowanym (szerszym) zakresie niż wskazany w SWZ.

9. Odwołujący zauważa, że hale są jednymi z najłatwiejszych w realizacji obiektów użyteczności publicznej. Jednak zawężanie doświadczenia wyłącznie do budynków produkcyjnych w celach wytwórstwa przemysłowego, powoduje, że to łatwe na pozór do wykazania doświadczenie staje się nadmierne i nie związane z przedmiotem zamówienia. Okoliczność, iż być może (co jednak nie jest pewne, gdyż SWZ tego nie wskazuje) w hali będzie odbywała się prosta produkcja, nie ma żadnego znaczenia przy realizacji zakładu techniki. **Skoro zawężenie do specyficznych 'budynków przemysłowych' nie ma uzasadnienia w zakresie weryfikacji doświadczenia, to warunek doświadczenia powinien zostać zmodyfikowany, poprzez dostosowanie go do realizacji, które faktycznie mogą być miarodajne przy wykazywaniu się adekwatnym doświadczeniem.** Odwołujący podkreśla, że wykonanie np. hali o określonej wartości robót instalacji elektrycznych już stanowiłoby zawężenie, względem szerokiej kategorii obiektów halowych. Zatem, Odwołujący, odnosząc się do hal związanych z przedmiotem zamówienia, dokonuje stosownego zawężenia. Zamawiający będzie miał zatem pewność, że wybierze wykonawcę, który faktycznie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. **Nie ma bowiem podstaw do tego, aby objekty o porównywalnym stopniu skomplikowania zostały wyłączone z warunku weryfikującego kwalifikacje wykonawcy, tym bardziej, skoro doświadczenie zdobyte podczas ich realizacji gwarantuje należyłą realizację zakładu techniki.**

10. Co do zasady, Zamawiający, konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SWZ, jaką wiedzę i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu

widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Przepis ten stanowi bowiem, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być **związany** z przedmiotem zamówienia i **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia, oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Urząd Zamówień Publicznych dokonując wykładni tych określeń wskazuje:

„Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

(opinia archiwalna, która w odniesieniu do ww. zwrotów pozostaje aktualna: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/opis-sposobu-dokonywania-oceny-spelniania-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>)

11. Powyższe wskazuje, że wymóg związania warunku z przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji opisanie warunku w sposób proporcjonalny, winien gwarantować, że warunek faktycznie jest **miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia.** Zamówienie to ma

potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

12. Zaprezentowane wyżej stanowisko Odwołującego znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2015 roku, sygn. akt: KIO 2112/16, sygn. akt: KIO 2122/16 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp), w którym: *„Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa decydowania o kształcie warunku udziału w postępowaniu, niemniej powinno się to odbywać w określonych ramach: z jednej strony, ustalony warunek powinien być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z drugiej – nie może bez uzasadnienia ograniczać uczciwej konkurencji. Niewątpliwie warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ (w ogłoszeniu w pkt. III.1.3 „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Zamawiający jedynie odesłał do SIWZ). **Nie oznacza to, że Zamawiający tak powinien sformułować warunek, aby mógł go spełnić każdy wykonawca, ale powinien uczynić to tak, aby spełniał go wykonawca, który rzeczywiście jest zdolny do wykonania zamówienia; Zamawiający nie może w sposób sztuczny ograniczać konkurencji.**”*

13. W kontekście powyższego, Odwołujący podnosi, że **stawianie warunku, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji bardzo wąsko określonym typie ‘budynków przemysłowych’, podczas gdy budowa zakładu techniki nie posiada waloru unikalności, stanowi realną barierę dla Odwołującego oraz wielu innych konkurentów, którzy w normalnym toku mogliby wykazać się dostatecznym doświadczeniem do realizacji tego typu zamówienia.** Realne jest dysponowanie przez przedsiębiorcę doświadczeniem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i spełniającym minimalne poziomy doświadczeniem, lecz zawężenie tego doświadczenia do budynku produkcyjnego przy wytwórstwie dla przemysłu, określić należy jako nieadekwatne poziomy zdolności, nieuzasadnione charakterystyką rynku, a tym bardziej stopniem skomplikowania przedmiotowych robót budowlanych. Dlatego też, Odwołujący wnosi o wprowadzenie modyfikacji do SWZ, która dopuszczałaby do realizacji zamówienia wykonawców, którzy faktycznie posiadają doświadczenie, zapewniające należyłą realizację zamówienia. Tym sposobem, Zamawiający zapewni, że omawiany warunek SWZ wypełni dyspozycję normy, zawartej w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Przytoczony przepis zaś stanowi, że Zamawiający powinien określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy** zdolności.

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

15. Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że sformułowanie odpowiednich warunków udziału w Postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy posiadają doświadczenie odpowiednie do wykonania przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób. Wykonawca wskazuje, że wykładnia zaprezentowana powyżej jest zgodna z orzecznictwem Izby. Tytułem przykładu warto wskazać, że w myśl wyroku KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15 (który pozostaje adekwatny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp), „*to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. **Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia***

zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

16. Odwołujący nadmienia również, że choć wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia i mogą łączyć swoje potencjały celem wykazania spełnienia warunków udziału opisanych przez zamawiającego, to jednak z uwagi na fakt, że nie mamy do czynienia z kilkoma podwarunkami doświadczenia, które mogą być spełniane przez kilku przedsiębiorców w celu łącznego wykazania spełnienia warunku, to okoliczność ta nie przekłada się realnie na rozszerzenie grona wykonawców, zdolnych wykazać spełnienie warunku doświadczenia. Podobnie sytuacja się kształtuje w odniesieniu do możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego – z uwagi na niepodzielność warunku, uprawnienie do polegania na potencjale podmiotu trzeciego nie wpływa na rozszerzenie grona wykonawców, zdolnych wykazać spełnienie warunku doświadczenia.

17. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu **musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie.** Odwołujący podkreśla, że istotą warunków jest weryfikacja wykonawców oraz dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które są w stanie samodzielnie lub w konsorcjum lub polegając na potencjale podmiotów trzecich spełnić warunki udziału w postępowaniu. Jednak dobrodziejstwo konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia oraz potencjału technicznego, zawodowego, a także dobrodziejstwo polegania na potencjale osób trzecich, są faktycznie niedostępne, jeżeli warunek doświadczenia jest niepodzielny. Zatem, dopiero dostosowanie brzmienia warunku do wymogów ustawy Pzp urealni możliwość składania ofert również przy wykorzystaniu instytucji konsorcjum oraz polegania na zasobach podmiotu trzeciego.

18. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu Rozdziału VIII 'Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia', ust 1 pkt 2) lit. a) następującą treścią:

„1. O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) (...bez zmian...)

2) Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie art. 112 ust. 2 pkt 4)

Pzp., tj. wykażą, że:

a) wykonali nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - co najmniej:

- **jedną** robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie **budynku** o powierzchni użytkowej **wybudowanej i/lub przebudowanej i/lub rozbudowanej** nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie **oraz**
- **jedną** robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie **budynku, która została realizowana na rzecz przedsiębiorstwa zajmującego się zbiorowym przewozem osób**, o powierzchni użytkowej **wybudowanej i/lub przebudowanej i/lub rozbudowanej** nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.”

albo alternatywnie:

„1. O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) (...bez zmian...)

2) Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie art. 112 ust. 2 pkt 4)

Pzp., tj. wykażą, że:

a) wykonali nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie - co najmniej:

- **jedną** robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie **budynku użyteczności publicznej** o powierzchni użytkowej **wybudowanej i/lub przebudowanej i/lub rozbudowanej** nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie **oraz**
- **jedną** robotę budowlaną polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie **warsztatu mechanicznego i/lub hali remontowej i/lub stacji kontroli pojazdów i/lub hali obsługi pojazdów** o powierzchni

*użytkowej **wybudowanej i/lub przebudowanej i/lub rozbudowanej** nie mniejszej niż 5000 m² i wartości brutto nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.”*

(żądanie nr 1).

B. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP ORAZ ART. 17 UST 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 99 UST. 1 I 4 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 8 UST. 1 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 353¹ KC W ZW. Z ART. 647 KC POPRZEZ OPISANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY, NIEWYCZERPUJĄCY, NIEPROPORCJONALNY, NIEPRZEJRZYSTY, NIEEFEKTYWNY ORAZ W SPOSÓB UNIEMOŻLIWIAJĄCY UCZCIWĄ KONKURENCJĘ I NARUSZAJĄCY ZASADĘ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW.

19. Zamawiający w § 4 ust. 5 wzoru umowy nałożył na wykonawcę następujące zobowiązanie:

5. Wykonawca jest zobowiązany podjąć wszelkie niezbędne działania, w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli itp., zarówno nad, jak i pod ziemią, w trakcie robót tak, aby spełnić wymagania przepisów, lokalnych władz i Zamawiającego, a także usunąć wszelkie szkody i pokryć koszty ich usunięcia lub opłaty związane z odnośnymi instalacjami. W przypadku natrafienia na inne niewidoczne wcześniej instalacje, Wykonawca zobowiązany jest do ich zabezpieczenia, przeniesienia lub usunięcia, zgodnie z warunkami uzgodnionymi z właścicielem sieci,

20. Jednocześnie § 5 ust. 1 wzoru umowy zobowiązuje wykonawcę do zapoznania się z terenem budowy, jego sąsiedztwem, w szczególności uzbrojeniem terenu. Natomiast § 10 ust. 3 wzoru umowy stanowi oświadczenie wykonawcy, że szczegółowo zapoznał się z treścią SWZ wraz z załącznikami i w związku z tym prawidłowo wycenił swoje prace, a ponadto zapoznał się z wymaganiami inwestycji, szczególnie z warunkami, w jakich ma być realizowana i przy uwzględnieniu powyższego złożył swoją ofertę oraz oświadcza w związku z tym, że Zamawiający nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów z tytułu jakichkolwiek błędów w wycenach dokonanych przez Wykonawcę lub w określonym przez Wykonawcę zakresie robót. **Przyjmując przy tym, że wynagrodzenie uwzględnia wszelkie warunki koordynacji robót, prowadzenia inwestycji oraz wszelkie związane z nim zagrożenia.**

21. Zestawienie wskazanych wyżej postanowień wzoru umowy, po pierwsze wprost pokazuje, iż Zamawiający przygotował niepełny opis przedmiotu zamówienia, bowiem dopuszcza sytuację w której udostępniona dokumentacja nie uwzględnia wszystkich instalacji

znajdujących się w obrębie inwestycji. Pod drugie zaś, Zamawiający mimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, zobowiązuje wykonawcę do wykonania nieopisanych prac będących wynikiem konieczności zabezpieczenia, przeniesienia lub usunięcia nieopisanych w dokumentacji instalacji. W ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca powinien być zobowiązany wyłącznie do wykonania prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest obciążanie wykonawcy ryzykiem związanym z niekompletnością opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności brakiem ujawnienia wszystkich instalacji w obrębie inwestycji.

22. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ.

23. Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na

brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ. . Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Przeciwnie opis jednoznaczny oraz wyczerpujący jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia.

24. Sporządzenie niepełnego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności. Ponadto, zgodnie z art. 647 kc 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.* Tym samym, umowy o roboty budowlane nie może zawierać zobowiązania do wykonania w żaden sposób nieopisanych robót budowlanych.

25. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Nieuprawnione obciążenie wykonawcy ryzykami kontraktowymi, wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, stanowi o naruszeniu wskazanych na wstępie przepisów, jest wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego.

26. Oczywiście Zamawiający uprawniony jest do nałożenia na wykonawcę dodatkowego obowiązku zaznajomienia się z umiejscowieniem wszystkich instalacji przed przystąpieniem do realizacji robót, jednakże nie zwalnia go to z obowiązku przedłożenia wykonawcom pełnej

dokumentacji przedstawiającej umiejscowienie takich instalacji. Dokumentacja ta jest, w ocenie Odwołującego, niezbędna dla wyceny oferty i możliwości wykonania prac.

27. Należy także wyjaśnić, iż nie jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu Zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia to winien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu.

28. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane to dokumentacja projektowa stanowi treść SWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

29. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób jednoznaczny uchyla się od obowiązku przekazania Wykonawcom kompletnej dokumentacji, wskazującej na umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, tak aby Wykonawca realizujący zamówienie mógł wykonywać roboty bez narażania tych instalacji na uszkodzenie oraz w sposób poprawny skalkulować konieczne do wykonania prace. To zaś przekłada się bezpośrednio na porównywalność ofert. Podkreślić bowiem należy, że ocenie winny podlegać oferty porównywalne. Porównywalność można zapewnić wyłącznie poprzez przekazanie wykonawcom jednakowych informacji stanowiących bazę dla szacowania kosztów realizacji zamówienia. Działania Zamawiającego wypaczają temu celowi.

30. Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o zmianę:

- § 4 ust. 5 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca jest zobowiązany podjąć wszelkie niezbędne działania, w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli itp., zarówno nad, jak i pod ziemią, w trakcie robót tak, aby spełnić wymagania przepisów, lokalnych władz i Zamawiającego, a także usunąć wszelkie szkody i pokryć koszty ich usunięcia lub opłaty związane

z odnośnymi instalacjami. Wykonawca zapoznał się z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego, zawierającą w szczególności informacje na temat umiejscowienia wszystkich istniejących instalacji, takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje. W przypadku natrafienia na inne niewidoczne wcześniej instalacje, Wykonawca zobowiązany jest do ich zabezpieczenia, przeniesienia lub usunięcia, po wcześniejszym uzgodnieniu warunków realizacji tych prac z Zamawiającym.”

(żądanie nr 2).

- § 5 ust. 1 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„1. Wykonawca zapoznał się z terenem budowy, jego sąsiedztwem oraz w szczególności z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego, zawierającą informacje na temat umiejscowienia wszystkich istniejących na terenie budowy instalacji, o której mowa w § 4 ust.5 Umowy.”

(żądanie nr 3).

- § 10 ust. 3 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca oświadcza, że szczegółowo zapoznał się z treścią SWZ wraz z załącznikami i w związku z tym prawidłowo wycenił swoje prace, a ponadto zapoznał się z wymaganiami inwestycji, szczególnie z warunkami, w jakich ma być realizowana oraz z dokumentacją określoną w § 4 ust. 5 Umowy dotyczącą wszystkich instalacji znajdujących się na terenie budowy i przy uwzględnieniu powyższego złożył swoją ofertę oraz oświadcza w związku z tym, że Zamawiający nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów z tytułu jakichkolwiek błędów w wycenach dokonanych przez Wykonawcę lub w określonym przez Wykonawcę zakresie robót. Przyjmuje się, że wynagrodzenie uwzględnia wszelkie warunki koordynacji robót, prowadzenia inwestycji oraz wszelkie związane z nim zagrożenia.”

(żądanie nr 4).

C. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 8 UST. 1 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 647 KODEKSU CYWILNEGO POPRZEZ PRYZNANIE ZAMAWIAJĄCEMU W § 11 UST. 4 PKT 1, 2 I 3 WZORU

UMOWY W ZW. Z § 11 UST. 8 PKT 4 WZORU UMOWY UZNANIOWEGO PRAWA DO ODMOWY PRZYSTĄPIENIA DO ODBIORU KOŃCOWEGO I TYM SAMYM ODMOWY JEGO DOKONANIA W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA JAKICHKOLWIEK WAD NIEZALEŻNIE OD TEGO CZY SĄ ONE ISTOTNE CZY TEŻ NIEISTOTNE ORAZ BRAKU ICH USUNIĘCIA PRZEZ WYKONAWCĘ JUŻ NA ETAPIE PROCEDOWANIA PRZEGLĄDU TECHNICZNEGO TJ. PRZED ODBIOREM KOŃCOWYM.

31. Przyznanie Zamawiającemu uznaniowego prawa do odmowy przystąpienia do odbioru końcowego i tym samym odmowy jego dokonania w każdym przypadku wystąpienia jakichkolwiek usterek/wad niezależnie od tego czy są one istotne czy też nieistotne oraz braku ich usunięcia przez Wykonawcę już na etapie procedowania przeglądu technicznego tj. przed odbiorem końcowym stoi w wyraźnej sprzeczności z art. 647 kodeksu cywilnego. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający wymaga aby wszystkie usterki stwierdzone w trakcie dokonywania przeglądu technicznego zostały usunięte przez Wykonawcę przed zgłoszeniem do odbioru końcowego, co wynika z **§ 11 ust. 4 pkt 3) wzoru umowy**, w świetle którego do zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego wymagane jest potwierdzenie usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie przeglądu technicznego. Powyższe powoduje, że już na etapie zgłoszenia do odbioru Zamawiający wymaga braku jakichkolwiek wad/usterek (istotnych i nieistotnych) w przekazywanej inwestycji pod rygorem odmowy przystąpienia do odbioru końcowego, przy czym podkreślić należy, że uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

W tym miejscu wskazać należy, że w świetle art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy, w niniejszym stanie faktycznym jeszcze przed zgłoszeniem prac do odbioru końcowego.

32. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony 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.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07:

„1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. „

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021:

*„Inwestor jest uprawniony do **odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną**, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady).”*

Jednocześnie jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90):

„jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora.”

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

2. 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.**

Przenosząc tezy powyższych wyroków na stan niniejszej sprawy uznać należy *per analogiam*, że jeżeli Zamawiający nie jest uprawniony do uzależnienia dokonania odbioru końcowego prac od braku wad nieistotnych to tym bardziej nie jest on uprawniony do uzależnienia przystąpienia do owego odbioru końcowego od usunięcia tychże usterek już na etapie wcześniejszego przeglądu technicznego. Powyższy zapis § 11 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy wprowadzający tzw. *bezusterkowy odbiór* jest zatem niezgodny z art. 647 kodeksu cywilnego. Tym samym kwestionowany zapis pośrednio wprowadza do wzoru umowy niezgodny z przepisami kodeksu cywilnego zapis o tzw. *bezusterkowym odbiorze*.

Jednocześnie przedmiotowy zapis wzoru umowy daje Zamawiającemu uznaniowe prawo do opóźniania terminu odbioru końcowego i rzutuje na wstrzymanie wystawienia faktury końcowej, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, w świetle **art. § 10 ust. 8 wzoru Umowy**. Podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu nieistotnych wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem nieistotnych wad odbiorowych oznacza, że płatność ta stanowi dodatkowe zabezpieczenie

należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;

33. Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- usunięcie **ust. 4** z treści **§ 11 wzoru Umowy** i w związku z tym zmianę dalszej numeracji ustępów § 11 uwzględniającą usunięcie ust. 4,

(żądanie nr 5).

- zmianę **§ 11 ust. 8 pkt 4) wzoru umowy** poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4) zostaną stwierdzone możliwe do usunięcia, ale nieistotne wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej umowy zgodnie z przeznaczeniem, Strony podpiszą „Protokół odbioru końcowego inwestycji”, ze wskazaniem terminu usunięcia wad, Wykonawca będzie zobowiązany w tym zakresie do przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy do daty usunięcia wad.”

(żądanie nr 6).

D. TERMIN SKŁADANIA OFERT

34. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 01 lutego 2022. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie umożliwienie wszystkim potencjalnym wykonawcom ponownego, kompleksowego przeanalizowania własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego warunku udziału w Postępowaniu.

35. Z uwagi na fakt, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych i zawodowych. Tylko wówczas bowiem

wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.

36. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty (**żądanie nr 7**).

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

Z poważaniem,

Załączniki:

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