



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 17 maja 2024 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**
ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok
NIP: 542-02-11-717
tel.: +48 857 485 625
e-mail: zampubl@umb.edu.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, KRS 0000054588
reprezentowany przez: radcę prawnego Ewę Różewicz-Czulak
adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
tel.: +48 784 361 322
e-mail: ewa.rozewicz-czulak@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 17 maja 2024 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zampubl@umb.edu.pl.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, numer referencyjny: AZP.25.3.3.2024

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: AZP.25.3.3.2024

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 270785-2024 opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2024 r., numer wydania Dz.U. S 89/2024

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako: „**Odwolujący**” lub „**Wykonawca**”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa stanowią załącznik nr 1 i 2 do niniejszego odwołania), na podstawie art. 513 pkt. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej jako: „**PZP**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących realizacji zadania pn.: „Budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, numer referencyjny: AZP.25.3.3.2024 (dalej jako: „**Postępowanie**”), polegającą na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”), w tym załącznika nr 8 do SWZ „Wzór umowy” (dalej jako „**Umowa**”), w sposób naruszający przepisy PZP oraz przepisy ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm., dalej jako: „**KC**”).

I. Zarzuty.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1. naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy PZP, art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy PZP** poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się wskazaniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. w pkt. 5.1.9; oraz w SWZ, tj. w pkt. 1.4.2. i dalszych części VIII SWZ, tj.:

*Wykonawca winien wykazać, że w nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – **wykonał co najmniej jedno zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości (łącznie dokumentacji projektowej i robót budowlano-instalacyjnych) minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej***

podczas gdy proporcjonalnym i nienaruszającym zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych poprzez

wykazanie się przez Wykonawcę odrębnym doświadczeniem w zaprojektowaniu i odrębnym doświadczeniem w wykonaniu wielobranżowych robót budowlanych;

2. **naruszenie art. 434 ust. 1 PZP, art. 433 pkt. 3 ustawy PZP, art. 436 pkt. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC i art. 387 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. w pkt. 5.1.3; oraz w SWZ, tj. w pkt. 1), 2) i 3) części VI (Termin realizacji zamówienia) oraz w § 2 ust. 1 a), b) i c) projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ terminów realizacji zamówienia, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;
3. **naruszenie art. 16 pkt. 1, 2, 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, art. 431 PZP w związku z art. 8 ust. 1 PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i art. 354 § 2 KC** poprzez nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy w § 15 ust. 1 pkt. 2 projektu Umowy w sposób arbitralny, jednostronny, dowolny i bez zastosowania dodatkowego wezwania, które umożliwiłoby wykonawcy naprawienie naruszeń, co może skutkować brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości przez Wykonawcę i tym samym zapewnienia dalszej realizacji umowy, co narusza obowiązek lojalności kontraktowej i współdziałania ze strony Zamawiającego;
4. **naruszenie art. 437 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 465 ust. 4 PZP w zw. z art. 498 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC w zw. z art. 16 pkt. 1, 2, 3 PZP** w zakresie w jakim Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą i/lub dalszym podwykonawcą, tj. wskazując w § 5 ust. 15 Umowy, iż Zamawiający nie wyraża zgody na ustanowienie w umowie o podwykonawstwo zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie zatrzymania części wynagrodzenia lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy;
5. **naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy PZP w związku z art. 16 pkt. 1, 2, 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i art. 471 KC** poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dających się przypisać Zamawiającemu lub niezależnych od obydwu stron, a zależnych np. od działania organów administracji publicznej, siły wyższej czy innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny, a przez które powinny być również rozumiane szczególne niedogodności związane z warunkami atmosferycznymi, o których mowa w § 14 ust. 5 projektu Umowy. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany

Strona 3 z 44

wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączone ryzyko Zamawiającego, a jego przerzucenie na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną z art. 433 pkt. 1 i 3 ustawy PZP;

6. **naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC** poprzez sformułowanie § 14 ust. 8 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów PZP zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, gdyż skonstruowana w § 14 ust. 8 Umowy klauzula waloryzacyjna przerzuca na Wykonawcę w stopniu nieproporcjonalnym ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i jest sformułowana w sposób skutkujący tym, że jej działanie jest pozorne.

II. Żądania.

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, tj. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.3 i pkt. 5.1.9) oraz SWZ – części VI (Termin realizacji zamówienia) i VIII (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wykazem podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu), oraz projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ poprzez:

- (i) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób proporcjonalny i nienaruszający zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dopuszczenie możliwości wykazania spełnienia warunku również w ramach dwóch odrębnych zamówień, polegającego na dopuszczeniu warunku wykonania przez Wykonawcę:
 - (a) co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości zamówienia minimum 70.000.000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, oraz
 - (b) co najmniej jedną usługę, polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej (składającą się co najmniej z projektu budowlanego), której przedmiotem była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m²,

jednocześnie uzupełniając postanowienia SWZ o możliwość sumowania wiedzy i doświadczenia przez podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, jak również przez podmioty udostępniające zasoby w celu spełnienia powyższych warunków w taki sposób, iż jeden z podmiotów wykaże się doświadczeniem w

Strona 4 z 44

realizacji zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, a drugi z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji odrębnego zamówienia w zakresie usług projektowych;

- (ii) określenie realnych terminów realizacji zamówienia, pozwalających na ich dochowanie z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;
- (iii) doprecyzowanie przesłanki odstąpienia określonej w § 15 ust. 1 pkt. 2 projektu Umowy w ten sposób, aby dotyczyła ona istotnych okoliczności, leżących po stronie Wykonawcy oraz istotnych zobowiązań umownych Wykonawcy, a także by każdorazowo odstąpienie poprzedzone było wezwaniem wykonawcy do naprawienia naruszeń;
- (iv) wyeliminowanie postanowień stanowiących nadmierną ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, to jest umożliwienie ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie zatrzymania części wynagrodzenia lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.
- (v) wskazanie w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, że Wykonawca będzie miał uprawnienie nie tylko do zmiany terminu realizacji umowy, ale także będzie przysługiwało mu uprawnienie do zmiany wynagrodzenia we wszystkich przypadkach określonych w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, jako że okoliczności wymienione w tym przepisie nie leżą po stronie Wykonawcy, są od niego niezależne, a ich wystąpienie nie jest możliwe do oszacowania i wyceny w ofercie. Ponadto wymienione w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy okoliczności, w zakresie w jakim obciążają Wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie, stanowią klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 ust. 1 PZP, natomiast okoliczności leżące zupełnie po stronie Zamawiającego – jak np. okoliczności określone w § 14 ust. 2 pkt. 2 c) i g) – powinny w całości obciążać Zamawiającego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności wynikającym z zakazu stosowania klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt. 3 ustawy PZP. Wykonawca wskazuje również, iż przez okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, powinny być również rozumiane szczególne warunki atmosferyczne, o których mowa w § 14 ust. 5 projektu umowy, a które powinny zostać w umowie dookreślone i doprecyzowane, ponieważ tak ukształtowane postanowienie § 14 ust. 5 Umowy przerzuca ryzyko opóźnień spowodowane wystąpieniem wszelkich, nawet bardzo poważnych niedogodności związanych z warunkami atmosferycznymi, uniemożliwiającymi prowadzenie robót budowlanych, na odpowiedzialność i ryzyko Wykonawcy;

- (vi) dokonania zmiany Umowy, tj. § 14 ust. 8 poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną i proporcjonalną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowanego przez Prezesa GUS oraz wprowadzenie racjonalnego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniające strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia z jednoczesnym podwyższeniem limitu dla waloryzacji, przy czym punktami krytycznymi, jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji, są:
- a. § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy – zakładający, że waloryzacja przysługuje po miesiącu, w którym wskaźnik $W_{W(n)}$ przekroczy 1,1 wyliczony zgodnie ze wzorem wskazanym w pkt 2 umowy, a tym samym wzrost wartości wskaźnika $W_{W(n)}$, do poziomu 1,1 miałby się mieścić w zakresie ryzyka kontraktu po stronie Wykonawcy;
 - b. § 14 ust. 8 pkt. 3) i 4) Umowy – będący konsekwencją § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy i zakładający, że występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji po pomniejszeniu o 0,1, tj. ustalone w § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy ryzyko kontraktu, a także że kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od kolejnego miesiąca, gdy wskaźnik waloryzacji $W_{W(n)}$, przekroczy 1,1;
 - c. § 14 ust. 8 pkt. 6) Umowy – ograniczający waloryzację i wprowadzający maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający z tytułu waloryzacji w wysokości 5% wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 1 umowy.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad. II.(i)

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5.1.9. Kryteria kwalifikacji Kryterium:

Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa

Nazwa: Zdolność techniczna lub zawodowa

Opis: 1. Wykonawca winien wykazać, że w nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – wykonał: ~~co najmniej jedno zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości (łącznie dokumentacji projektowej i robót budowlano instalacyjnych) minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem~~

Strona 6 z 44

~~zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej~~ a) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości zamówienia minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, oraz b) co najmniej jedną usługę, polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej (składającą się co najmniej z projektu budowlanego), której przedmiotem była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m². Zamawiający dopuszcza sumowanie wiedzy i doświadczenia przez podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia jak również przez podmioty udostępniające zasoby w celu spełnienia powyższych warunków w następującym sposób: jeden z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, a drugi z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji odrębnego zamówienia w zakresie usług projektowych. Uwaga: 1) Wartości pieniężne wskazane w dokumentach, mające na celu wykazanie spełnienia przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia podane w walutach obcych, Zamawiający przeliczy na złote polskie wg średniego kursu walut NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o niniejszym postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W przypadku wskazania wartości pieniężnej w walucie obcej nieobowiązującej w dniu opublikowania ww. ogłoszenia, Zamawiający przeliczy wartość na złote polskie wg średniego kursu walut NBP z ostatniego dnia obowiązywania tej waluty. 2) Doświadczenie będzie uznawane, gdy Wykonawca wykaże zamówienia zakończone.

Ocena spełnienia warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w wymaganych w SWZ dokumentach. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, że ww. warunki Wykonawca spełnił. 2. W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca na wezwanie zamawiającego zobowiązany będzie złożyć następujące podmiotowe środki dowodowe - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: wykaz robót budowlanych i usług polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te i usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane i usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane i usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Wykonawca może sporządzić wykaz robót zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ. ~~Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy robót, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.~~ Wykorzystanie tego kryterium: Stosowane

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 1.4.2. i dalszych części VIII (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wykazem podmiotowych środków

Strona 7 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu) SWZ, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

- 1.4.2. Wykonawca winien wykazać, że w nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – wykonał: ~~co najmniej jedno zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości (łącznie dokumentacji projektowej i robót budowlano instalacyjnych) minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej~~ a) **co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości zamówienia minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, oraz b) co najmniej jedną usługę, polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej (składającą się co najmniej z projektu budowlanego), której przedmiotem była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m². Zamawiający dopuszcza sumowanie wiedzy i doświadczenia przez podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia jak również przez podmioty udostępniające zasoby w celu spełnienia powyższych warunków w następującym sposób: jeden z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, a drugi z podmiotów wykaże się doświadczeniem w realizacji odrębnego zamówienia w zakresie usług projektowych.**

Uwaga:

- 1) Wartości pieniężne wskazane w dokumentach, mające na celu wykazanie spełniania przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia podane w walutach obcych, Zamawiający przeliczy na złote polskie wg średniego kursu walut NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o niniejszym postępowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W przypadku wskazania wartości pieniężnej w walucie obcej nieobowiązującej w dniu opublikowania ww. ogłoszenia, Zamawiający przeliczy wartość na złote polskie wg średniego kursu walut NBP z ostatniego dnia obowiązywania tej waluty.
- 2) Doświadczenie będzie uznawane, gdy Wykonawca wykaże zamówienia zakończone.

Ocena spełnienia warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana wg formuły: spełnia - nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w wymaganych w SWZ dokumentach. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, że ww. warunki Wykonawca spełnił.

2. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca na wezwanie zamawiającego zobowiązany będzie złożyć następujące podmiotowe środki dowodowe - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- 2.1. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych,

Strona 8 z 44

uprawnień i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca może sporządzić wykaz osób zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ.

- 2.2. wykaz robót budowlanych i usług polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te i usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane i usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane i usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Wykonawca może sporządzić wykaz robót zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ.

~~Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz, o którym mowa w pkt 2.2., dotyczy robót, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.~~

3. Zasady korzystania z zasobów innych podmiotów:

- 3.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
- 3.2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
- 3.3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
- 3.4. ~~Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, Wykonawca może wskazać tylko te roboty, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.~~
- 3.5. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
 - b) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
 - c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi lub roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca może przedstawić zobowiązanie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ.

- 3.6. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.
- 3.7. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający może żądać, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- 3.8. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Ad. II.(ii)

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5.1.3 Szacowany okres obowiązywania

Data początkowa: 11/07/2024

Data zakończenia trwania: ~~16/12/2025~~ **22 miesiące od daty zawarcia umowy**

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 1), 2) i 3) części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Część VI Termin realizacji zamówienia

- 1) wykonanie wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany) wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – **5 8** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym – **6 8** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- 3) wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – ~~do dnia 16 grudnia 2025 r.~~ **22 miesiące od daty zawarcia umowy**

Po uwzględnieniu zmiany treści § 2 ust. 1 pkt. a), b) i c) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

§ 2

1. Terminy realizacji:

- a) wykonanie wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany) wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – **5 8** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- b) wykonanie projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym – **6 8** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- c) wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – ~~do dnia 16 grudnia 2025 r.~~ **22 miesiące od daty zawarcia umowy**

Ad. II.(iii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 15 ust. 1 pkt. 2 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

2) Wykonawca, pomimo uprzednich pisemnych zastrzeżeń Zamawiającego i **wezwanie Wykonawcy i wyznaczeniu mu dodatkowego, odpowiedniego, nie krótszego niż 14 dni terminu na naprawę naruszeń i po bezskutecznym upływie tego terminu**, nie wykonuje prac zgodnie z istotnymi warunkami umownymi lub zaniedbuje **swoje istotne** zobowiązania umowne;

Ad. II.(iv)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 5 ust. 15 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

15. Zamawiający wyraża zgodę na ustanawianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, w tym w formie kaucji gwarancyjnej. ~~Z uwagi na solidarną odpowiedzialność Zamawiającego i Wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, Zamawiający nie wyraża zgody na ustanowienie w umowie o podwykonawstwo zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie zatrzymania części wynagrodzenia lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.~~

Ad. II.(v)

Po uwzględnieniu zmiany treści 14 ust. 2 pkt. 2 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

2. Zmiana Umowy jest dopuszczalna na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy:

- 1) zmieniły się przepisy, których regulacje wpływają na prawa i obowiązki stron,
- 2) ustalone umową terminy mogą ulec wydłużeniu o czas opóźnienia, ale nie dłużej niż termin finansowania realizacji przedmiotu umowy przez dysponenta środków, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy w następujących przypadkach:
 - a) z powodu zmian w dokumentacji projektowej,
 - b) wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych/zamiennych i niemożliwych do przewidzenia prac, których zrealizowanie jest niezbędne, wskutek niemożliwych do przewidzenia

okoliczności, w tym z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów, a których przeprowadzenie wiąże się z potrzebą zmiany terminu,

c) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych lub dających się przypisać Zamawiającemu,

d) siły wyższej **lub szczególnych warunków atmosferycznych**,

e) na skutek działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron,

f) wystąpienie innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny,

g) istnieje konieczność przesunięcia terminu wykonania poszczególnych etapów bądź terminu wykonania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

h) przedłużania się procedury udzielania przedmiotowego zamówienia, wynikającego z dowolnych przyczyn,

przy czym Wykonawca będzie miał uprawnienie nie tylko do zmiany ustalonych umową terminów, ale także do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia we wszystkich przypadkach wymienionych w pkt. a)-h) powyżej,

Po uwzględnieniu zmiany treści 14 ust. 5 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5. Strony z powodów, jakie mogą wpływać na zmiany terminów wykonania robót objętych niniejszą umową, wyłączają niedogodności związane z pogodą, typową dla okresu wykonywania robót w miejscu budowy, **z wyłączeniem wystąpienia następujących warunków pogodowych:**

- wystąpienie wiatru o prędkości powyżej 10 m/s,

- wystąpienie temperatur powietrza poniżej - 5°C lub powyżej 35°C,

co Strony będą rozumiały jako szczególne warunki atmosferyczne, o których mowa w § 14 ust. 2 pkt. 2 d) Umowy.

Ad. II.(vi)

Wskazane powyżej w pkt II.(vii) punkty krytyczne wymagają dalszych zmian klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 14 ust. 8 Umowy w celu nadania prawidłowości proponowanej klauzuli przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> pojawiły się przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Mając na uwadze, że Zamawiający jest decydem Postępowania, a zgodnie z art. 554 ust 6 PZP Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, Wykonawca wskazuje jedynie propozycję przełożenia wzorcowych klauzul na realia obecnego Postępowania i nadanie brzmienia § 14 ust. 8 Umowy w następujący sposób:

8. Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami:

Strona 12 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

- 1) Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziejowej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS..
- 2) Wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times \left(\frac{W_0}{100} \times \frac{W_1}{100} \times \frac{W_2}{100} \times \frac{W_3}{100} \times \dots \times \frac{W_{n-1}}{100} \times \frac{W_n}{100} \right)$$

gdzie:

- „ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;
- „ a ” - stały współczynnik o wartości 0,05 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).
- „ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100
- „ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
- „ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
- W_{n-1} – wskaźnik „n-1” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
- „ W_n ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „ $W_{w(n)}$ ” powstaje poprzez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times (W_{w(n-1)} \times \frac{W_n}{100})$$

gdzie:

- „ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„ $W_{w(n-1)}$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„ W_n ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

Ilorazy wskaźników cen (np. $\frac{W_{CPI(1)}}{100}$) należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

- 3) Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 20% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalane w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.
- 4) W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.

III. Interes prawny.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Zapisy zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ, a w szczególności we wzorze Umowy będącym załącznikiem nr 8 do SWZ, są niezgodne z PZP i KC.

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje, tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz KC, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI PZP przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes Wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17). Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP i KC, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert. Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru Umowy narusza zasady PZP oraz KC, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

IV. Termin.

W dniu 7 maja 2024 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Postępowanie prowadzone jest w trybie

Strona 15 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)



przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa od progów unijnych.

W dniu 7 maja 2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej dokumenty w postaci SWZ oraz załączników, w tym wzoru Umowy.

Odwołujący składając odwołanie w dniu 17 maja 2024 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

Zarzut I.

Na początku swoich rozważań Wykonawca wskazuje, iż ustawodawca ogranicza swobodę Zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający może więc określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek takiego ich opisanie, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu (wyrok KIO 16.08.2019 r., KIO 1500/19, Legalis).

Wykonawca wskazuje, iż obecne wymogi, polegające na tym, że Wykonawca powinien wykazać fakt wykonania co najmniej jednego zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości (łącznie dokumentacji projektowej i robót budowlano-instalacyjnych) minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, są nadmierne i nieproporcjonalne do celu, abstrahując od realiów rynkowych i w konsekwencji prowadzą do drastycznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, bowiem uniemożliwiają bądź znacząco utrudniają udział w postępowaniu potencjalnie przygotowanym do należytego wykonania zamówienia wykonawcom, którzy z powodu nadmiarowych warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli do niego przystąpić. W ocenie Odwołującego, Zamawiającemu powinno zależeć na tym, by w postępowaniu uczestniczyło wielu wykonawców, spośród których będzie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. To zamawiający jako jego gospodarz, odpowiada za zgodne z przepisami PZP przygotowanie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności warunków udziału w postępowaniu, które nie mogą utrudniać udziału wykonawcom zainteresowanym udziałem w tym

Strona 16 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

postępowaniu, ani naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aktualne brzmienie przytoczonych postanowień specyfikacji powoduje nieadekwatne do potrzeb Zamawiającego, nieproporcjonalne i niecelowe spiętrzenie warunków udziału w postępowaniu.

Na temat nieproporcjonalności warunków w analogicznych sprawach niejednokrotnie wypowiadała się Izba. Przykładowo, w zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym wyroku z 6.12.2013 r. (KIO 2683/13), Izba podkreśliła, że: „(...) *zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (aktualnie art. 16) należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. (...) Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie.*” Zamawiający jako gospodarz postępowania oczywiście może formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania, pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności. Za poglądami z doktryny, stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi. Odwołujący zwraca uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Oznacza to, iż granicą dla określenia przez zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest



najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Ustawodawca ogranicza swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców), i wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakiś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału.

Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13). Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy PZP. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określony przez Zamawiającego ww. warunek udziału w postępowaniu w zakwestionowanym zakresie, nie spełnia kryteriów ustalonych w PZP, a to z uwagi na fakt, że ogranicza dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunek określony został z naruszeniem zasady proporcjonalności i dyrektywy równego traktowania wykonawców. Dostrzec też trzeba, iż zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Przede wszystkim konieczne jest usunięcie wymogu, aby warunkiem udziału w Postępowaniu było wykonanie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” o wartości minimum 70 000 000,00 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych 00/100) obejmujące swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, w sytuacji, kiedy te same zasady Postępowania spełniłby również warunek mniej dotkliwy dla wykonawców, tj. umożliwiający wykazaniem się wykonaniem odrębnego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości zamówienia minimum 70 000 000,00 zł brutto, obejmującego swoim zakresem wykonanie wielobranżowych robót budowlanych obejmujących branżę budowlaną, sanitarną i elektryczną, oraz wykonaniem odrębnego

Strona 18 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

zamówienia polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego), której przedmiotem była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 3.000 m². Wskazana przez Wykonawcę powierzchnia użytkowa wprost wynika z pkt. 1.1.1 PFU, zgodnie z którym powierzchnia zabudowy projektowanego budynku wynosi 3385,31 m². Jest ona więc adekwatna i proporcjonalna dla celów niniejszego Postępowania.

Wykonawca przede wszystkim wskazuje, że określając wymóg Postępowania jako konieczność wykazania się realizacją zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”, znacząco zawęży możliwości spełnienia tego warunku do pojedynczych specjalistów w Polsce. Sformułowanie warunku w sposób dokonany przez Zamawiającego *de facto* uniemożliwia udział w tym wykonawcom, którzy gwarantowaliby należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie istnieje bowiem różnica w doświadczeniu uzyskanym w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, a w systemach „zaprojektuj” i „wybuduj”. W obydwu typach kontraktów odpowiedzialność za projekt, nadzór autorski, współpraca z projektantem na etapie robót jest taka sama. Posiadanie referencji i doświadczenia oddzielnie w zakresie buduj, a oddzielnie w zakresie projektuj, po połączeniu jest tożsame z referencjami w formule projektuj i buduj. Oznacza to finalnie, że posiadane referencje pod kątem doświadczenia w realizacji powyższych zakresów, zarówno pod kątem technicznym jak i finansowym, po połączeniu dają produkt oczekiwany przez Zamawiającego. Jediną różnicą jest fakt, że mogą pochodzić z osobnych postępowań realizowanych w formułach buduj lub projektuj i dotyczyć różnych realizacji, co wynika w uwarunkowań rynkowych pod kątem przetargów, przy realizacji których zostały uzyskane. Jeżeli realizacje, na podstawie których wykonawcy otrzymali referencje spełniają wymogi pod kątem oczekiwań finansowych i zakresowych oraz odpowiedzialności realizacyjnej oraz ewentualnych zabezpieczeń czy płynności finansowych podczas realizacji, to Zamawiający otrzymuje potwierdzenie w oczekiwanym zakresie i na żądanym poziomie. Mimo bowiem otrzymania referencji oddzielnie na projektowanie, a oddzielnie na realizację, Zamawiający dostanie finalnie produkt, którego oczekiwał i zgodny z zakresem zamówienia. Z praktycznego punktu widzenia tak udowodniony wymóg postępowania, uzupełnia się wzajemnie i tworzy nierozłączną całość, jako zakres oczekiwany przez Zamawiającego.

Co więcej, coraz bardziej popularne wśród zamawiających staje się zlecenie budów, które pierwotnie miały być realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, w ramach mniejszych pakietów i dzielenie „budowy” na pomniejsze, osobne zlecenia, dotyczące przykładowo osobno projektowania, a osobno robót budowlanych. Często jest to dla zamawiających opcja w szczególności korzystna z uwagi na finansowe aspekty takiego pakietowego przedsięwzięcia – zamawiający jest w stanie trzymać większą dyscyplinę swoich finansów przy tego typu realizacjach. Ponadto obydwie te formuły w swoich założeniach u podstaw są bardzo do siebie podobne. W publikowanych programach funkcjonalno-użytkowych dostępnych na stronie internetowej Ministerstwa Infrastruktury, jak również w setkach ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia w formule „Zaprojektuj i wybuduj” obejmuje:

I. Fazę projektową - opracowanie projektu obiektu budowlanego na podstawie posiadanej przez Zamawiającego koncepcji funkcjonalno-przestrzennej i dokumentacji geotechnicznej

Strona 19 z 44

II. Fazę wykonawczą - wykonanie robót budowlanych

- czyli formuła „zaprojektuj i buduj” ma identyczne podstawy jak wykonanie danego przedmiotu umowy osobno w ramach fazy projektowej, i osobno w ramach fazy wykonawczej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia i treści SWZ poprzez określenie warunków udziału w sposób dopuszczający wykonawców legitymujących się doświadczeniem odrębnie w ramach robót budowlanych, i odrębnie w ramach prac projektowych, gdyż takie doświadczenie będzie równoważne i wystarczające do wykonania przedmiotowego zamówienia. Obecne ukształtowanie warunków zamówienia powoduje, że udział w zamówieniu mogą wziąć tylko nieliczni z uwagi na znikomą ilość inwestycji tego typu lub inwestycji podobnych ale o mniejszej wartości. Jednocześnie roboty w charakterze „projektuj i buduj”, nie wyznaczają trudności czy stopnia skomplikowania zamówienia, a dopuszczenie w ramach warunków udziału doświadczenia w wykonaniu odrębnie robót, i odrębnie dokumentacji lub możliwość sumowania wiedzy i doświadczenia pozytywnie przyczyni się do poszerzenia grona potencjalnych wykonawców, a jednocześnie nadal pozwoli dokonać selekcji profesjonalnych i doświadczonych podmiotów, zdolnych do wykonania zamówienia na zadowalającym poziomie jakości.

Wykonawca STRABAG specjalizuje się w szeroko pojętym wykonawstwie i projektowaniu robót budowlanych i dokonał na potrzeby niniejszego Postępowania wykazania zasadności zarzutów Odwołania zestawienia ilości, rodzaju i wartości realizowanych zamówień tego typu w Polsce. Należy wskazać, że w poniższych postępowaniach, zamawiający formułowali warunki udziału w oparciu o doświadczenie odrębnie w budowie, a odrębnie w pracach projektowych, co potwierdza, że wykonanie tego typu obiektów w formule „zaprojektuj i buduj” jest porównywalne, daje porównywalne umiejętności i wystarczającą wiedzę oraz doświadczenie, aby wykonać przedmiot zamówienia:

- A. Budowa budynku usługowo– biurowego na potrzeby Powiatowego Urzędu Pracy w Białymstoku w systemie zaprojektuj i wybuduj; numer postępowania: OR.272.1.2024

Wykonawca winien wykazać, że wykonał:

- 1. należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 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 lub rozbudowie obiektów budowlanych (stanowiących obiekty użyteczności publicznej lub biurowe z wyłączeniem wielkopowierzchniowych budynków handlowych i hal) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 3 000 m² o wartości brutto min. 15 mln zł, każdy z budynków;*
- 2. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jedno opracowanie dokumentacji projektowej obiektu stanowiącego obiekty użyteczności publicznej lub biurowe z wyłączeniem wielkopowierzchniowych budynków handlowych i hal o powierzchni min. 3 000 m²*

- B. Projekt i budowa Centrum Naukowo-Dydaktycznego i Ćwiczeń Kadawerowych oraz projekt i budowa Łącznika pomiędzy budynkiem Kliniki Rehabilitacji oraz budynkiem H-J w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. prof. Adama Grucy CMKP w Otwocku, znak postępowania: DZP.26.136.2022

Dla uznania, że wykonawca spełnia powyższy warunek zamawiający żąda by wykazał, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał należycie co najmniej:

- i. dwa odrębne zamówienia polegające na wykonaniu w ramach jednej umowy/kontraktu: budowy**** budynku użyteczności publicznej*** o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5 000 m²(≥5000m²)* i obejmujące swym zakresem co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne, elektryczne i sanitarne o łącznej wartości zamówienia co najmniej 30 000 000,00 **PLN brutto*
- ii. dwa odrębne zamówienia polegające na wykonaniu usługi, z których każda polegała na opracowaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej budowy**** budynku użyteczności publicznej*** o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5 000 m²(≥5000m²)* i obejmujące swym zakresem minimum projekt budowlany i projekty wykonawcze.*

- C. Dokończenie realizacji inwestycji w formule zaprojektowania i wykonania robót budowlanych dla zadania pn. „Budowa Centrum Administracyjnego w Ciechanowie na potrzeby jednostek organizacyjnych Województwa Mazowieckiego oraz Powiatu Ciechanowskiego”, znak sprawy: OR-D-III.272.83.2023.MK

A. w zakresie doświadczenia wykonawcy:

- 1) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany i wykonawczy budowy lub przebudowy budynku o pow. użytkowej co najmniej 5 000,00 m².*
- 2) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zadania, których zakres przedmiotowy każdego obejmował budowę lub przebudowę budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 5 000,00 m², obejmującą roboty wykończeniowe w zakresie których były co najmniej: roboty malarskie, układanie posadzek, wykonanie okładzin ścian i biały montaż.*

Należy zatem uznać, że wykonawca wykonujący inne porównywalne inwestycje, lecz osobno w ramach wykonawstwa i osobno w ramach prac projektowych, tak jak zostało to wykazane w powyższym zestawieniu, będzie miał co najmniej minimalną wiedzę i doświadczenie aby wykonać przedmiot niniejszego Postępowania. Wobec powyższego, niniejszy zarzut Wykonawcy należy uznać za w pełni uzasadniony.

Zarzut II.

Strona 21 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

Zamawiający w części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ oraz odpowiednio w treści § 2 ust. 1 lit. a), b) i c) Umowy przewidział terminy wykonania zamówienia. Pierwszy termin wynoszący 5 miesięcy od daty zawarcia umowy obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wymaganym do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę oraz złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę. Natomiast drugi termin wynoszący 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, obejmuje wykonanie projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Całość umowy wraz z wykonaniem robót budowlanych i uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie ma zostać zakończona do 16 grudnia 2025 r. Biorąc pod uwagę szacowany przez Zamawiającego początkowy termin realizacji Umowy (rozumiany jako podpisanie umowy, które ma nastąpić według Zamawiającego już 11 lipca 2024 r.), **Zamawiający zakłada wykonanie całego Przedmiotu Umowy w terminie 17 miesięcy.** Natomiast według obliczeń Wykonawcy, w oparciu o jego doświadczenie jako profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych, **wykonanie Przedmiotu Umowy jest obiektywnie niemożliwe w terminie krótszym niż przynajmniej 22 miesiące.** Na potwierdzenie powyższego Wykonawca załącza do niniejszego odwołania przykładowy Harmonogram sporządzony na potrzeby niniejszego Postępowania, ukazujący termin potrzebny na wykonanie całości prac objętych niniejszym zamówieniem.

Z uwagi na § 2 ust. 2 lit. a) Umowy, za termin wykonania obowiązku wskazanego w § 2 ust. 1 lit. a) uznaje się opracowanie kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę:

2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:

*a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez uwag, kompletnej dokumentacji **wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.***

Powyższe oznaczają, że w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia Umowy Wykonawca ma za zadanie:

- 1) Opracować kompletną dokumentację projektową
- 2) Uzyskać odbiór dokumentacji projektowej przez Zamawiającego zgodnie z § 4 ust. 2 cz. I pkt. 7 Umowy
- 3) Złożyć wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę
- 4) Uzyskać decyzję o udzieleniu pozwolenia na budowę
- 5) Uzyskać przymiot ostateczności w/w decyzji o pozwoleniu na budowę

Jednocześnie dodatkowe wymogi co do składu dokumentacji projektowej znajdują się w Załączniku nr 2 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU”). Zgodnie z pkt. 1.1. PFU, Wykonawca ma obowiązek wykonania kompletnej dokumentacji projektowej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz uzyskać niezbędne decyzje, opinie, badania, warunki techniczne, uzgodnienia i pozwolenia dla budowy budynku wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę. Natomiast zgodnie z treścią pkt. 1.1.2.2 PFU, po stronie Wykonawcy leży:

7. Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji, opinii, warunków technicznych i pozwoleń właściwych organów, niezbędnych do wykonania i odbioru całości zadania; m.in.:

- wykonanie i opracowanie badań geotechnicznych min. 8 odwiertów do głębokości min. 8m (dowiercenie się do warstwy nośnej gruntu),
- wykonanie i opracowanie inwentaryzacji zieleni,
- opracowanie i uzyskanie mapy do celów projektowych z naniesieniem punktów sytuacyjno-wysokościowych w siatce 5 x 5 m,
- **opracowanie i uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego,**
- **opracowanie i uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego**
- uzyskanie warunków technicznych od poszczególnych gestorów,
- uzgodnienie lokalizacji zjazdu,
- uzgodnienie ZUDP,
- uzyskanie prawomocnego pozwolenia na budowę,
- uzgodnienie z rzeczoznawcą p.poż, rzeczoznawcą sanepidu,
- uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budynku,
- **uzyskanie pozwolenia na wycinkę drzew i krzewów.**

Już samo uzyskanie ww. pozwoleń, m.in. pozwolenia wodnoprawnego i decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, zajmie Wykonawcy przynajmniej od 2 do 4 miesięcy.

Wykonawca powinien również zgodnie z pkt. 2.4 ust. 14.1 PFU:

„Przed przystąpieniem do wykonania projektu Wykonawca jest zobowiązany do wykonania inwentaryzacji budowlanej, sporządzenia mapy do celów projektowych oraz innych niezbędnych do uzyskania stosownych pozwoleń, wykonania prac budowlanych i prawidłowego funkcjonowania obiektu.”

Odwołujący wskazuje, że uzyskanie mapy do celów projektowych stanowi podstawę do rozpoczęcia projektowania. Oznacza to, że bez uzyskania w/w dokumentów faktyczne rozpoczęcie prac projektowych nie może się odbyć. Na Wykonawcy ciąży również obowiązek likwidacji ewentualnych kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną (których skali na dzień wniesienia odwołania nie da się ocenić z uwagi na brak dokumentacji w postępowaniu), a także wycinka drzew zgodnie z pkt. 1.1.1.1 PFU. Powyższe będzie wymagało m.in. przebudowy infrastruktury technicznej.

Co więcej, w pkt. 2.4.1 PFU Zamawiający wskazuje, iż wykonywanie prac budowlanych będzie się wiązało z pracami na funkcjonującym obiekcie (szkoła), i tym samym na czas wykonywania robót budowlanych konieczne jest wykonanie odpowiedniego zabezpieczenia terenu. Natomiast zgodnie z pkt. 1.2.4. PFU, ze względu na stan dróg publicznych transport budowlany nie może przekraczać obciążenia 10 t/oś.

Powyższe obowiązki Wykonawcy nie wyczerpują katalogu wszystkich wymaganych czynności umożliwiających rozpoczęcie opracowania dokumentacji projektowej, a także okoliczności wpływających na wykonywane przez Wykonawcę roboty budowlane. Szacowany możliwy termin



spełnienia obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) Umowy stanowi sumę następujących działań:

- 1) Wykonanie ekspertyzy stanu technicznego budynków sąsiednich wraz z ekspertyzą jego stanu technicznego – 4 tygodnie
- 2) Wykonanie mapy do celów projektowych – 4 tygodnie
- 3) Przeprowadzenie badań podłoża gruntowego – 4 tygodnie

Powyższe działania można realizować jednocześnie, co skutkuje łącznym czasem opracowania podstaw do sporządzenia dokumentacji projektowej wynoszącym 4 tygodnie. Następne czynności to:

- 4) Opracowanie projektu budowlanego (projektu zagospodarowania działki lub terenu, projektu architektoniczno-budowlanego) – 10 tygodni
- 5) Opracowanie projektów technicznych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarów – 23 tygodnie
- 6) Dokumentacja i uzgodnienie – kolizje sieci – 11 tygodni
- 7) Uzyskanie odbioru dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, z uwzględnieniem konieczności jednokrotnego naniesienia uwag – 2 tygodnie
- 8) Uzyskanie prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę

Z powyższego zestawienia wynika, że łączny czas potrzebny na spełnienie obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) i b) wynosi ok. 46 tygodni, co równa się około 11 miesiącom.

Konsekwencją do powyższych rozważań dotyczących czasu potrzebnego do wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania pozwolenia na budowę i wniosku Wykonawcy o wydłużenie terminu na jej wykonanie z 5 do 8 miesięcy, a także wydłużenia terminu na sporządzenie pozostałej dokumentacji projektowej (obejmującej m.in. projekt techniczny) z 6 na 8 miesięcy, jest analogiczny wniosek o wydłużenie terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt. c). Jest to termin wyznaczony na wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, który zgodnie z treścią Umowy został wyznaczony na dzień 16.12.2025 r. Z uwagi jednak na konieczność wydłużenia terminów na sporządzenie dokumentacji projektowej, zachodzi także konieczność wydłużenia terminu na zrealizowanie robót budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Powyższe wynika z faktu, że dopiero opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej pozwala na rozpoczęcie robót budowlanych. W przypadku wydłużenia terminów, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) i b) zgodnie z wnioskami Wykonawcy, a przy pozostawieniu terminu w § 2 ust. 1 lit. c) na dzień 16.12.2025 r. wykonanie robót budowlanych w takim czasie pozostaje nierealne (jest obiektywnie niemożliwe).

W związku z powyższym, konieczne staje się także wydłużenie terminu na wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie na 22 miesiące od daty zawarcia Umowy, tj. o okres 5 miesięcy dłużej niż wynika z projektu Umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ, wskazujący jako termin wykonania prac okres 17 miesięcy (biorąc pod uwagę to, iż terminem początkowym prac będzie szacowana przez Zamawiającego

Strona 24 z 44

data rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, tj. 11 lipca 2024 r.). Z powyższego okresu, 3 miesiące wynikają z wydłużenia czasu opracowania kompletnej Dokumentacji Projektowej. Natomiast dodatkowe 2 miesiące przedłużenia są konieczne także z uwagi na okres roku, w którym realizowana będzie Umowa, tj. przypadnięcie realizacji robót na kolejny okres zimowy. Przy pierwotnych założeniach Zamawiającego i terminie realizacji do dnia 16.12.2025., roboty realizowane byłyby przez jeden okres zimowy. Z uwagi jednak na nierealność założeń w przedmiocie terminu opracowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę, okres realizacji robót budowlanych przypadał będzie przez dwa okresy zimowe. Natomiast realizacja robót budowlanych w okresie zimowym, z przyczyn technologicznych, przebiega wolniej niż poza tym okresem, co skutkuje koniecznością wydłużenia czasu realizacji prac.

Nadto, biorąc pod uwagę możliwość opracowania kompletnej dokumentacji projektowej w przeciągu 8 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, Wykonawcy pozostanie 9 (!) miesięcy na okres realizacji robót i uzyskania pozwolenia na użytkowanie biorąc pod uwagę pierwotnie zakładany przez Zamawiającego czas realizacji. Z czego na sam proces prób funkcjonalnych, testów i odbiorów z Zamawiającym oraz z organami administracyjnymi po zakończeniu samych robót budowlanych przypada około 3 miesiące. Powyższe powoduje, iż na samą realizację robót budowlanych powinno przypadać minimum 14 miesięcy, co jest minimalnym wymaganym czasem, w którym możliwe jest zrealizowanie powierzonego zakresu prac, z czego 6 miesięcy przypadnie na realizację konstrukcji obiektu, a 8 miesięcy na realizację prac wykończeniowych.

Podsumowując, terminy ustalone przez Zamawiającego są obiektywnie nierealne i niemożliwe do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego czasookresu niezbędnego do wykonania wymaganego zakresu prac objętych zamówieniem. Wykonawca mając na uwadze ustalenie terminu liczonego od dnia podpisania Umowy, musi mieć na uwadze nie tylko czas technologicznie wymagany na realizację zamówienia, ale także na formalne i proceduralne jego zamknięcie i rozliczenie. Wykonawca wskazuje również na długość procedury postępowania publicznego, który to aspekt nie może ująć uwadze – dopiero bowiem po zakończeniu całości postępowania o zamówienie publiczne, włączając w to ewentualne postępowanie odwoławcze przed KIO zarówno dotyczące odwołań na dokumenty postępowania jak i na wybór najlepszej oferty, zamawiający i wykonawca mogą podpisać umowę o zamówienie publiczne, od której to daty liczy się dla wykonawcy czas realizacji. Z licznych doświadczeń Wykonawcy wynika, iż takie procedury potrafią trwać min. 4-5 miesięcy. Natomiast Zamawiający mając na uwadze to, iż niniejsze Postępowanie zostało opublikowane 7 maja 2024 r. zakłada, iż do podpisania umowy dojdzie już 11 lipca 2024 r., czyli po dwóch miesiącach od dnia ogłoszenia Postępowania. Wykonawca byłby ostrożny w niniejszych szacunkach wskazując, iż przewidywanego terminu na podstawie umowy o zamówienie publiczne należy spodziewać się nie wcześniej niż we wrześniu 2024 r. (zgodnie z załączonym do niniejszego odwołania Harmonogramem).

Przedłożony Harmonogram rzeczowy wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – 17 miesięcy, jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założona przez Odwołującego, poparta jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, kolejność wykonywania poszczególnych etapów procesu realizacyjnego uzasadnia przyjęcie terminu dla wykonania całości robót na minimum 22 miesięcy. Odwołujący zastrzega możliwość rozwinięcia argumentacji jak i przedłożenia dowodów w tej materii na rozprawie.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie może w sposób niczym nieograniczony narzucać reżimu realizacji zamówienia według własnego uznania, zwłaszcza mając świadomość, że wyznaczony przez niego termin będzie niemożliwy lub znacząco utrudniony dla wykonawców i spowoduje po ich stronie negatywne konsekwencje, np. naliczenie kar umownych. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Opisywany stan faktyczny, zdaniem Odwołującego, stawia wręcz wykonawców w sytuacji niemożliwości świadczenia. Wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiły się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Odwołujący wskazuje, że ekonomiczną nieracjonalnością byłoby składanie ofert z założeniem "z góry" opóźnień w realizacji etapu projektowania. Ponadto, Odwołujący podnosi, iż również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, fakt narzucenia nierealnych terminów realizacyjnych, niedostosowanych do zakresu i przedmiotu zamówienia, oceniany jest przez pryzmat niemożliwości świadczenia (vide: wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1006/11).

Wszystkie powyższe okoliczności, świadczą zdaniem Odwołującego o zasadności korekty terminu na całkowite zakończenie robót dotyczących przedmiotu umowy, poprzez usunięcie oznaczonych na sztywno dat zakończenia realizacji, a także wskazanie nowych, realnych terminów wykonania zamówienia, w tym terminu końcowego w miesiącach, a nie jako sztywna data kalendarzowa. Wynika to bowiem z tego, jak to już zostało wskazane przez Odwołującego, iż założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – dla wykonania dokumentacji projektowej – 5 miesięcy, oraz wykonania robót budowlanych – na dzień 16.12.2025 r., jest obiektywnie nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założony przez Odwołującego, poparty jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, termin na wykonanie poszczególnych części umowy, uzasadnia przyjęcie terminu minimum 8 miesięcy dla wykonania dokumentacji projektowej potrzebnej do uzyskania wniosku o pozwolenie na budowę, 8 miesięcy



dla wykonania pozostałej dokumentacji projektowej – projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz – w konsekwencji – wykonanie całości robót oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w terminie 22 miesięcy od daty podpisania Umowy.

Podkreślenia również wymaga fakt, iż zgodnie z art. 436 pkt. 1 PZP, jednym z obligatoryjnych elementów umowy zawieranej w trybie zamówienia publicznego jest planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Wprowadzenie tej zasady było zapewne podyktowane wolą uniknięcia sytuacji, w których prowadzenie postępowania przetargowego konsumuje termin na realizację zamówienia określonego konkretną datą. Natomiast wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej, sztywnej daty, jak w niniejszym postępowaniu jest wyjątkiem od tej zasady. Możliwe jest tylko w przypadkach uzasadnionych obiektywną przyczyną.

Natomiast jako obiektywną przesłankę niniejszego terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy Zamawiający wyjaśnił w SWZ, iż podany przez Zamawiającego termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy wynika z faktu, że Zamawiający zamierza sfinansować zamówienie ze środków Krajowego Programu Odbudowy i Zwiększania Odporności. Zgodnie z założeniami tego Programu przedsięwzięcie jako całość (wykonanie robót budowlanych, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, wyposażenie obiektu) musi być zrealizowane nie później niż do 31 grudnia 2025 r. Przy założeniu minimalnego czasu przewidzianego na wyposażenie budynku tj. dwóch tygodni, przedmiotowe zamówienie musi być zakończone najpóźniej do 16 grudnia 2025 r.

Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia sztywnej daty realizacji zamówienia, o ile jest ono uzasadnione obiektywną przyczyną (taką jak przywoływane przez Zamawiającego dofinansowanie ze środków Krajowego Programu Odbudowy i Zwiększania Odporności), jednakże powyższe uprawnienie Zamawiającego do ustalenia sztywnej daty realizacji nie może prowadzić do nakreślenia ram czasowych niemożliwych do spełnienia przez wykonawcę. W takim wypadku cel przyświecający Zamawiającemu (uzyskanie dofinansowania) sprawia, iż naruszone są zasady prowadzenia zamówień publicznych, w tym mających na celu prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny oraz przy zapewnieniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Tym samym Zamawiający nie powinien ignorować faktu, iż założenia postępowania nie tylko powinny koncentrować się na sztywnym określeniu, do kiedy dane prace mają być wykonane, ale również musi brać pod uwagę, ile czasu wykonawca będzie miał efektywnie czasu na ich realizację. Tylko takie określenie ram czasowych (tj. w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach) na wykonanie poszczególnych etapów realizacyjnych pozwala bowiem wykonawcom na uwzględnienie takich zmiennych jak ostateczna data składania ofert, długość procedury przetargowej oraz data podpisania umowy, co w konsekwencji gwarantuje zachowanie porównywalności ofert w ramach postępowania. W przeciwnym przypadku każdy z wykonawców będzie wyceniał ryzyka związane z szacunkami dotyczącymi tego, kiedy ostatecznie zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego na zupełnie dowolnych, spekulacyjnych i

Strona 27 z 44

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

nieporównywalnych poziomach. W tej sytuacji żaden z wykonawców nie będzie *de facto* w stanie ocenić realności przyjmowanego na siebie zobowiązania w tym zakresie, a w konsekwencji racjonalnie i rzetelnie skalkulować wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

Podsumowując Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie może ustalić daty wykonania zamówienia finansowego ze środków zewnętrznych w oderwaniu od zasad rządzących sposobem opisu przedmiotu zamówienia, który powinien uwzględniać okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie może zatem określać terminów, które są lub mogą być dla wykonawców lub części z nich nierealne, tylko ze względu na chęć utrzymania dofinansowania. Według najnowszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, potrzeba ta nie wyprzedza zakazu utrudniania uczciwej konkurencji. Data wykonania zamówienia finansowanego ze środków zewnętrznych powinna być realna z uwzględnieniem przynajmniej średniego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo w ocenie Wykonawcy powinna ona zawierać również czytelne warunki zmiany takiej umowy w sytuacji przedłużającej się procedury udzielania zamówienia.

Zgodnie m.in. z wyrokiem KIO z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. KIO 1797/23:

„Zamawiający wskazał, że ww. termin wynika z faktu ubiegania się przez niego o środki unijne z Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO), w którym okres kwalifikowalności wydatków upływa z dniem 30.06.2026 r. Realizacja zamówienia musi się zatem skończyć do dnia 31.05.2026 r., aby zamawiający miał jeszcze miesiąc na dokończenie formalności związanych z rozliczeniem przedsięwzięcia i złożeniem dokumentów do organizatora konkursu. Izba rozumie chęć sfinansowania niniejszego zamówienia ze środków KPO, niemniej jednak należy zauważyć, że możliwość skorzystania z ww. środków nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, w tym art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest opisując przedmiot zamówienia uwzględnić wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu zamawiający określając termin realizacji zamówienia nie uwzględnił tych wymagań i okoliczności”.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, analiza realności czasu zastrzeżonego przez Zamawiającego dla etapu całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy wskazuje, że terminy zastrzeżone przez Zamawiającego w tym zakresie są nierealne, nieadekwatne do zakresu prac do wykonania w ramach przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji niemożliwe do dotrzymania. Takiego stanu rzeczy nie może uzasadniać żadna obiektywna przyczyna ustalenia sztywnego terminu przez Zamawiającego, w tym próba uzyskania zewnętrznego dofinansowania przez Zamawiającego, jeżeli skutkuje narzuceniem terminu odbiegającego od realnych możliwości realizacji, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniającego wszystkich okoliczności towarzyszących zamówieniu, a co za tym idzie – prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, a także w sposób prowadzący do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współzycia społecznego.

Zarzut III.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przewidział dla siebie w § 15 ust. 1 pkt. 2 wzoru umowy uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadkach, które Odwołujący ocenia jako sformułowane zbyt ogólne jak na przesłanki, które mogą doprowadzić do ostatecznego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne. Dodatkowo Odwołujący wskazuje również, że przesłanki te nie przewidują wymagania, by przed odstąpieniem Zamawiający wezwał wykonawcę do naprawy naruszeń.

W ocenie Odwołującego stosowanie ogólnych postanowień dających możliwość dowolnego odstąpienia od umowy przez jedną ze Stron narusza obowiązek lojalności kontraktowej i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji, przedmiotowe postanowienie wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wskazuje też, że tak doniosła w swych skutkach czynność jak odstąpienie od umowy powinna być zastrzeżona dla wyjątkowych sytuacji, tj. tylko takich, w których dochodzi do naruszeń obowiązków o istotnym charakterze. Tymczasem przedmiotowe postanowienie wzoru umowy nie odnosi się np. do istotnych naruszeń lub odstępstw od sposobu wykonywania umowy, a do odstępstw każdego rodzaju, nawet takich, które nie mają przełożenia na osiągnięcie przez Stronę umowy celu, jakim jest prawidłowa i należyta realizacja całej inwestycji. Zauważyć należy, że proces budowlany ze względu na swoją złożoność i dynamikę powinien zezwalać na niewielkie odstępstwa, w każdym razie każde naruszenie, nieważnego jakiego kalibru, nie powinno otwierać Inwestorowi drogi do odstąpienia od umowy. Tymczasem zastosowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu postanowienie § 15 ust. 1 pkt. 2 wzoru umowy stwarza pole do różnych interpretacji i do znalezienia przesłanki odstąpienia na każdą sytuację i każde (nawet niewielkie) naruszenie przez wykonawcę jego umownych zobowiązań. Z tego względu przesłanki odstąpienia są nadmiarowe i niewspółmierne.

Zgodnie natomiast z art. 431 ustawy PZP Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 KC.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, określając odpowiedni termin ich naprawy. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie, Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia działania „w celu należytej

realizacji umowy” przemawia również treść art. 491 KC, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzysta z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy, a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

- wprowadzenie do postanowienia dot. odstąpienia obowiązkowego wezwania do naprawy naruszeń przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu;
- wprowadzenia do przedmiotowego § 15 ust. 1 pkt. 2 Projektu umowy korekt, które doprecyzują poszczególne przesłanki odstąpienia, wskazując że muszą to być np. „istotne” naruszenia lub dotyczące „istotnych” zobowiązań wykonawcy, zgodnie z wnioskami odwołania.

Zarzut IV.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że formułując postanowienia umowy ingeruje w sposób nieuzasadniony i nie służący ochronie Zamawiającego w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą poprzez uniemożliwienie dokonywania jakichkolwiek potrąceń/zatrzymań z wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy tytułem wniesionego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy (ograniczenie dla treści umów podwykonawczych wynikające z treści § 5 ust. 15 projektu umowy).

Odnosząc się do zakazu potrąceń/zatrzymań na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy wykonawca wyjaśnia, że pewnego rodzaju standardem rynkowym w umowach podwykonawczych jest korzystanie z pieniężnej formy zabezpieczenia w ww. formach, bowiem kondycja finansowa wielu firm podwykonawczych, zwłaszcza mniejszych, działających na rynkach lokalnych, nie pozwala na złożenie zabezpieczeń w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej. Wykonawca zaś, działając w sposób odpowiedzialny i zapewniający ochronę jego interesów, a także sprawną realizację inwestycji, wymaga złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez podwykonawców. Często zabezpieczeniem w formie pieniężnej jest kaucja – tj. dokonywane są umowne (za zgodą obu stron) potrącenia konkretnej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy. W chwili dokonania takiego potrącenia dana kwota przestaje być już wynagrodzeniem, a staje się kaucją (zabezpieczeniem). Nie jest już zatem objęta solidarną odpowiedzialnością Zamawiającego. Tym samym stosując takie wymagania dla treści umów podwykonawczych Zamawiający wkracza w strefę, która nie jest już objęta jego solidarną odpowiedzialnością.

Stosując kwestionowane postanowienie Zamawiający zmusza strony umowy podwykonawczej do stosowania innych form zabezpieczenia, tj. gwarancje bankowe czy ubezpieczeniowe, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wiarytelności nie istnieje. Pozyskanie takiego typu zabezpieczeń bywa ekstremalnie trudne dla drobniejszych podwykonawców, w szczególności w aktualnej sytuacji rynkowej. Praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi około 80 - 90% wszystkich zabezpieczeń w przypadku umów podwykonawczych. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia

przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń, wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań, co powoduje przestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach. Dodatkowo – stosowanie ograniczeń takich jak w niniejszym przypadku powoduje ograniczenie konkurencji między podwykonawcami i skazuje generalnego wykonawcę na zatrudnianie wyłącznie dużych firm podwykonawczych, które zazwyczaj mają wyższe ceny. Mniejsze firmy, nawet gwarantujące realizację robót na wysokim poziomie jakości, są w ten sposób eliminowane ze współpracy z wykonawcą.

Odwołujący ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak ta kwestia była już przedmiotem orzecznictwa i rozważań doktryny (o czym poniżej) i – nawet w przypadku istnienia obaw Zamawiającego – mogłaby zostać wyjaśniona poprzez odpowiednie sformułowanie postanowień umowy (w szczególności umowy podwykonawczej), a nie przez stosowanie postanowień, które *de facto* prowadzą do wykluczenia pieniężnej formy zabezpieczenia.

Jednocześnie w tym miejscu podkreślić należy, że przepisy ustawy PZP dopuszczają stosowanie potrąceń przez Zamawiającego (art. 452 ust. 4 ustawy PZP) i tworzenie zabezpieczenia w formie pieniężnej. Tym samym Zamawiający stosuje wobec wykonawców daleko bardziej rygorystyczne postanowienia, niż sam zobowiązany jest stosować.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wiele zależy od tego, w jaki sposób zakwalifikowane zostaną środki zatrzymane przez wykonawcę – czy jako kaucja czy też jako zatrzymanie kwoty wynagrodzenia. Za kaucję gwarancyjną inwestor bowiem nie odpowiada. Zatrzymanie części wynagrodzenia na poczet kaucji gwarancyjnej doprowadza do częściowego wygaśnięcia wierzytelności podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawia się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sygn. akt V CSK 428/16). Dalej Sąd Najwyższy w ww. wyroku sygn. akt V CSK 428/16 wskazał, że: „Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on (inwestor) solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”.

Tym samym kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2018 roku (sygn. akt I CSK 349/17) wskazał, iż: „*Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły posługując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.*”

Tym samym dopuszczenie umownego tworzenia kaucji, tj. zabezpieczenia pieniężnego nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi wykonawcy skuteczne podzelenie części robót podwykonawcy.

Jednocześnie przechodząc do zakazanych potrąceń/zatrzymań Odwołujący wskazuje, że zakaz dokonywania potrąceń wynikających z kar umownych i innych należności również stanowi nadmierne ograniczenie i prowadzić może wyłącznie do utrudnienia realizacji procesu inwestycyjnego. Nawet ustawodawca, tworząc przepisy ustawy PZP chroniące Zamawiającego przed solidarną odpowiedzialnością, przewidział w art. 465 ust. 4 PZP, że wykonawca broniąc się przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy może powoływać się na potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związane z realizacją umowy o podwykonawstwo. Zamawiający w niniejszym postępowaniu stosuje postanowienia bardziej rygorystyczne, które – jak wspomniano powyżej – nie tylko utrudnią wykonawcy rozliczenia, ale mogą doprowadzić do paraliżu realizacji inwestycji.

Tytułem podsumowania Odwołujący podkreśla, że stawiając zaskarżone ograniczenie dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą. Stąd Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany i wykreślenie przedmiotowego ograniczenia z warunków umowy o zamówienie publiczne w niniejszym Postępowaniu.

Zarzut V.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwolujący w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek „*ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (tak w wyroku KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14). Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w swoich wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej, a jednocześnie stosuje klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt. 1 i 3 PZP poprzez wskazanie w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, że Wykonawca będzie miał jedynie uprawnienie do zmiany terminu realizacji umowy, a nie będzie mu przysługiwało uprawnienie do zmiany wynagrodzenia we wszystkich przypadkach określonych w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy. Wykonawca podkreśla, iż skoro okoliczności wymienione w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy skutkują zmianą terminów umownych (w tym przedłużeniem czasu realizacji umowy), a jednocześnie nie leżą one po stronie Wykonawcy, są od niego niezależne, dają się przypisać Zamawiającemu lub są niezależne od obydwu stron, to *de facto* zmiana jakichkolwiek terminów nastąpi kosztem Wykonawcy.

Wykonawca kalkulując ofertę wycenia podstawowy czas realizacji zadania. Kalkulacja obejmuje zakres robót wynikających z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, robót nieujętych, a koniecznych do wykonania i możliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, a także kosztów ogólnych jakie będą towarzyszyły tym robotom, w wyznaczonym okresie realizacji zadania. Wykonawca za każdy dodatkowy dzień realizacji umowy ponosi koszty stałe jak koszty budowy, koszty wynajmu maszyn, zatrudnionej kadry, koszty zabezpieczenia i gwarancji, itd. Przedłużając czas realizacji Umowy z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, nie jest uzasadnione przerzucenie na niego kosztów z tym związanych. Wykonawca nie ma wiedzy czy i o ile nastąpi przedłużenie czasu realizacji kontraktu z powodu okoliczności wskazanych w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, a także nie może wycenić odpowiednio ryzyka w ofercie z tego tytułu. Z drugiej strony robienie sztucznego narzutu, np. 20 % do ceny oferty nadal nie utwierdza Wykonawcy w przekonaniu, że limit taki będzie wystarczający, jak i niesie dużo bardziej doniosłe zagrożenie jak sztuczne zawyżanie cen w celu pokrycia ryzyka, niezasadne wydatkowanie środków publicznych, oraz nieporównywalność ofert wykonawców, w szczególności, że szacowana oferta musiałaby uwzględniać ewentualne zmiany wynagrodzenia dotyczące takich okoliczności jak:

a) zmiany w dokumentacji projektowej,

Strona 33 z 44

- b) konieczność wykonania dodatkowych/zamiennych i niemożliwych do przewidzenia prac, których zrealizowanie jest niezbędne, wskutek niemożliwych do przewidzenia okoliczności, w tym z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów, a których przeprowadzenie wiąże się z potrzebą zmiany terminu,
- c) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkody spowodowane lub dające się przypisać Zamawiającemu,
- d) siła wyższa,
- e) działania osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron,
- f) wystąpienie innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny,
- g) konieczność przesunięcia terminu wykonania poszczególnych etapów bądź terminu wykonania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- h) przedłużanie się procedury udzielania przedmiotowego zamówienia, wynikającego z dowolnych przyczyn.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyrokach sądów powszechnych, które w przypadku sporów o dodatkowe wynagrodzenie zwracają uwagę na to, że wykonawca mógł wycenić tylko prace mieszczące się w pierwotnym i znanym czasie realizacji zadania. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 6 września 2017 r. I ACa 264/17: „Przed wszystkim uzasadniony jest zarzut, że Sąd Okręgowy dokonując oceny łączącej strony umowy nie uwzględnił, że składając ofertę i kalkulując wynagrodzenie oraz koszty jednostkowe strona powodowa brała pod uwagę okoliczności jakie wówczas były znane, a więc między innymi zakres robót, miejsce ich wykonania, czas przez jaki roboty miały być wykonywane. Wszystkie te elementy miały wpływ na ustaloną cenę. Składając ofertę strona powodowa brała pod uwagę koszty jakie miałyby ponieść w okresie pierwotnie planowanym czyli do listopada 2012 roku i wg tych kosztów skalkulowała cenę jednostkową oraz wynagrodzenie należne jej za wykonanie umowy. Cena obejmowała więc realizację robót do dnia 10 listopada 2012 roku (...) Poza sporem jest, że prace objęte umową wykonywane były dłużej od pierwotnie założonego terminu o ponad 8 miesięcy i powodowa spółka musiała przez ten czas ponosić koszty między innymi utrzymania pracowników, ubezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, telefonów, Internetu, ochrony, dzierżawy terenu na plac składowy, wynajmu mieszkań służbowych, utrzymania samochodów, obsługi geodezyjnej, podgrzewania betonu, zakupów spożywczych i środków czystości, delegacji służbowych. Skoro przy kalkulacji uwzględniono wszystkie te koszty jakie musiałyby być poniesione przez powódkę przy realizacji umowy z zachowaniem pierwotnego terminu do 10 listopada 2012 roku, to w sytuacji kiedy prace były wykonywane przez kolejne 8 miesięcy, to niewątpliwie poniesione koszty były znacznie wyższe i kwota określona w ofercie i pierwotnej umowie nie odzwierciedlała rzeczywistego kosztu tej pracy. (...)

Co więcej, rozszerzenie przesłanek z § 14 ust. 2 pkt. 2 wzoru Umowy dodatkowo o zmianę wynagrodzenia dla Wykonawcy nie niesie żadnego bezpośredniego ryzyka dla Zamawiającego, gdyż jest to tylko *przesłanka* zmiany umowy. Aby doszło do zmiany umowy potrzebna jest zgodna wola obu stron i zawarcie aneksu. Jeżeli w ocenie którejś ze stron nie ziszcza się okoliczności stanowiące podstawy do zmiany Umowy, to do zawarcia aneksu nie dojdzie, co jest rozwiązaniem w pełni uzasadnionym i zgodnym z wymogami jak i zasadami udzielania zamówień publicznych.

Ponadto Wykonawca wskazuje, iż takie ukształtowanie postanowień § 14 ust. 2 pkt. 2 wzoru Umowy, Wykonawca poczytuje jako naruszenie art. 433 ustawy PZP w kontekście użycia zakazanych w tym przepisie klauzul abuzywnych.

Zgodnie bowiem z art. 433 pkt. 1 ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Wykonawca wskazuje, iż w świetle art. 471 KC, określającego podstawową zasadę odpowiedzialności kontraktowej, wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkodę (i jest zobowiązany do jej naprawienia), która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. Zatem co do zasady projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy (rozumianej również jako odpowiedzialności finansowej) za opóźnienie, czyli za każde przekroczenie wymaganego w umowie terminu na wykonanie zobowiązania (nie wynikające z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność).

Natomiast zgodnie z art. 433 pkt. 3 ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Przez takie okoliczności należy rozumieć okoliczności określone w § 14 ust. 2 pkt. 2 c) i g), zupełnie leżące po stronie Zamawiającego. Tym samym powinny one w całości obciążać Zamawiającego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności wynikającym z tego przepisu. Obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, jest nie tylko nieuzasadnione, co nawet nielogiczne. W swoim wyroku z dnia 17 czerwca 2016 r. (sygn. akt IV CSK 674/15), Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (tak też Sąd Okręgowy Szczecin w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt VIII Ga 554/17). Co ważne, Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 10 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 2864/21 i KIO 2872/21) podkreśliła, że art. 433 ustawy PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Jako klauzulę abuzywną KIO wskazała ryzyko przychodowe, które została na mocy postanowień umownych przerzucone na wykonawcę. Zdaniem Izby był to przykład nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. W omawianym wyroku KIO potwierdziła naruszenie art. 433 poprzez:

- 1) przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka przychodowego bez jednoczesnego zagwarantowania pokrycia niedoborów (co jest cechą charakterystyczną dla rekompensaty) wskutek czego wykonawca może nigdy nie uzyskać nawet pokrycia kosztów usług, co jest zaprzeczaniem krajowej praktyki w tym zakresie;

- 2) przerzucenie na wykonawców w zasadzie wszystkich ryzyk kosztowych niezależnie od tego, że są one w ramach wzoru umowy podzielone na zależne i niezależne od wykonawcy. Zwiększenie jednej lub drugiej kategorii kosztów nie ma bowiem wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu finansowego, a ten z kolei wynika ze złożonej oferty, której z kolei nie sposób odpowiednio oszacować wobec przerzucenia wszelkich ryzyk znanych i nieznanym na wykonawcę;
- 3) nieprawidłowe zdefiniowaniem rozsądnego zysku, co powoduje, że obliczenie jego wartości jest oderwane od realizowanego kontraktu.

Wykonawca wskazuje również, iż przez okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu Umowy, i które powinny uprawniać Wykonawcę zarówno do zmiany terminu, jak i zmiany wynagrodzenia umownego, powinny być również rozumiane szczególne warunki atmosferyczne, o których mowa w § 14 ust. 5 projektu umowy. Obecna treść projektu Umowy w § 14 ust. 5 stanowi, iż Strony z powodów, jakie mogą wpływać na zmiany terminów wykonania robót objętych niniejszą umową, wyłączają niedogodności związane z pogodą, typową dla okresu wykonywania robót w miejscu budowy. Powyższe oznacza, przy tak niedookreślonym i niedoprecyzowanym stwierdzeniu, co Strony rozumieją poprzez „nietypowe” niedogodności związane z pogodą, iż *de facto* to na Wykonawcy przerzucona jest w całości odpowiedzialność (w tym odpowiedzialność finansowa) i ryzyko za jakiegokolwiek anomalie pogodowe, które wystąpią na budowie i które, uniemożliwiając Wykonawcy prowadzenie robót, mogą prowadzić do opóźnień prac.

Tym samym za w pełni uzasadniony należy uznać wniosek Wykonawcy o doprecyzowanie, co Strony mają rozumieć poprzez „nietypowe”, szczególne warunki atmosferyczne, które uprawniają będą Wykonawcę do zmiany terminów umownych oraz wynagrodzenia. Wykonawca działający jako profesjonalny, duży podmiot zajmujący się wykonawstwem budowlanym, za takie warunki uznaje:

- wystąpienie wiatru o prędkości powyżej 10 m/s,
- wystąpienie temperatur powietrza poniżej - 5°C lub powyżej 35°C.

Odnośnie przesłanki dotyczącej wiatru Wykonawca wskazuje na przepisy rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 22 października 2018 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy obsłudze żurawi wieżowych i szybkomontujących. Dokument ten daje podstawę prawną do kontroli przestrzegania przepisów dotyczących warunków pracy operatorów żurawi. Zgodnie z przepisami, niedopuszczalne jest obsługiwanie żurawia, przy prędkości wiatru powyżej 10 m/s przy transportowaniu ładunków wielkowymiarowych oraz w innych przypadkach przy prędkości wiatru w porywach powyżej 15 m/s chyba, że producent określił w instrukcji żurawia inne dopuszczalne wartości. Również wykonywanie prac na wysokości nie jest dozwolone przy wietrze przekraczającym 10 m/s. Natomiast zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy z dnia 6 lutego 2003 r., prowadzenie robót rozbiórkowych, jeżeli zachodzi możliwość przewrócenia części konstrukcji obiektu przez wiatr, jest zabronione, a roboty należy wstrzymać w przypadku, gdy prędkość wiatru przekracza 10 m/s. Natomiast robót betonowych nie powinno się prowadzić w temperaturze poniżej - 5°C (co jest temperaturą krytyczną), a także przy temperaturze przekraczającej 35°C.



Mając na uwadze powyższe, zarzut Wykonawcy dotyczący § 14 ust. 2 pkt. 2 projektu umowy jest w całości uzasadniony.

Zarzut VI.

Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 PZP, tj. waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Zamawiający w § 14 ust. 8 wprowadził uregulowanie będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy PZP, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny i nieproporcjonalny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, a także ustalają nadmierne ograniczenie waloryzacji wprowadzając bardzo niski – bo 5% - maksymalny limit jej wprowadzenia. Na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo więc, na jakich zasadach będzie przeprowadzana oraz czy zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Pierwotnie ustawodawca przewidział, że trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotnym jest, że ustawodawca uznał, że okres 12 miesięcy jest zbyt długi i dokonał nowelizacji art. 439 PZP. Obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się znacznie krótsze, a to jest 6 miesięczne umowy. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny i proporcjonalny, z

Strona 37 z 44

poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe Wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
3. sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2 PZP, zgodnie z którym w umowie określa się:

- 1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- 2) *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*
 - a) *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*
 - b) *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*
- 3) *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- 4) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

Zamawiający formułując zapisy § 14 ust. 8 Umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 PZP. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia został ustalony w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych/prognozowanych zmian cen materiałów i usług.

W § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy Zamawiający przewidział, iż poziom zmiany cen lub kosztów, od którego będzie uruchamiana waloryzacja, musi przekroczyć 10% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, natomiast wartość wskaźnika $W_{w(n)}$, do poziomu 1,1 mieści się w zakresie ryzyka kontraktu, co oznacza, iż *de facto* stanowi ono pełne ryzyko Wykonawcy.

Tymczasem określony przez Zamawiającego w § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy poziom przekraczający 10% zmiany cen lub kosztów, od którego będzie uruchamiana waloryzacja, względem poziomu

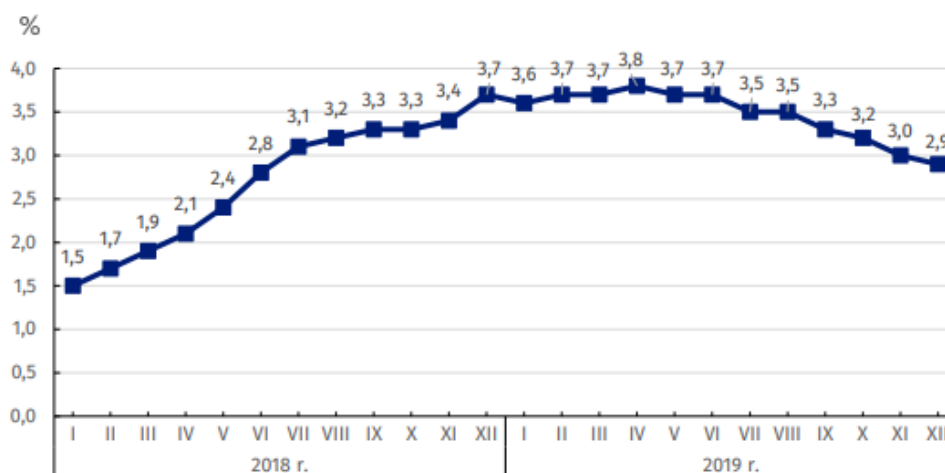
Strona 38 z 44

cen lub kosztów przyjętych do ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy, skutkuje pozornością całej klauzuli waloryzacyjnej. Wykonawca wskazuje, iż kwestia waloryzacji wynagrodzenia w obecnej sytuacji rynkowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na konstruowanie ofert i ustalenie wynagrodzenia wykonawcy, stąd niezmiennie istotnym jest równomierne i racjonalne rozłożenie ryzyka zmiany cen pomiędzy Stronami, gdzie ustalenie poziomu 10% jako poziomu, od którego w ogóle waloryzacja ma zastosowanie, pozostaje tego zaprzeczeniem.

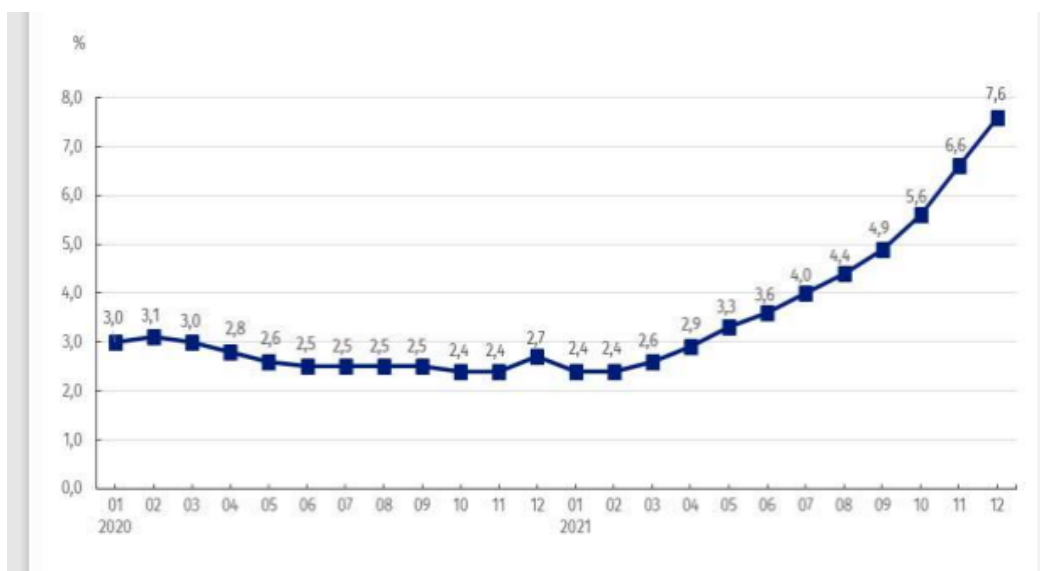
Celem wykazania powyższego, Odwołujący posłuży się danymi archiwalnymi dla Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (który to wskaźnik występuje w przykładowych i rekomendowanych wzorach waloryzacyjnych opublikowanych w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> jako zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych).

Otoczenie gospodarcze w wymiarze historycznym jak i obecnym doskonale ilustrują Wykresy 1 - 4 poniżej, wskazujące notowane przez GUS zmiany Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej na przestrzeni ostatnich 6 lat. Wskazane jak w wykresach wartości wskazują zmiany wskaźnika w stosunku rok do roku (a nie na przestrzeni 6 miesięcy).

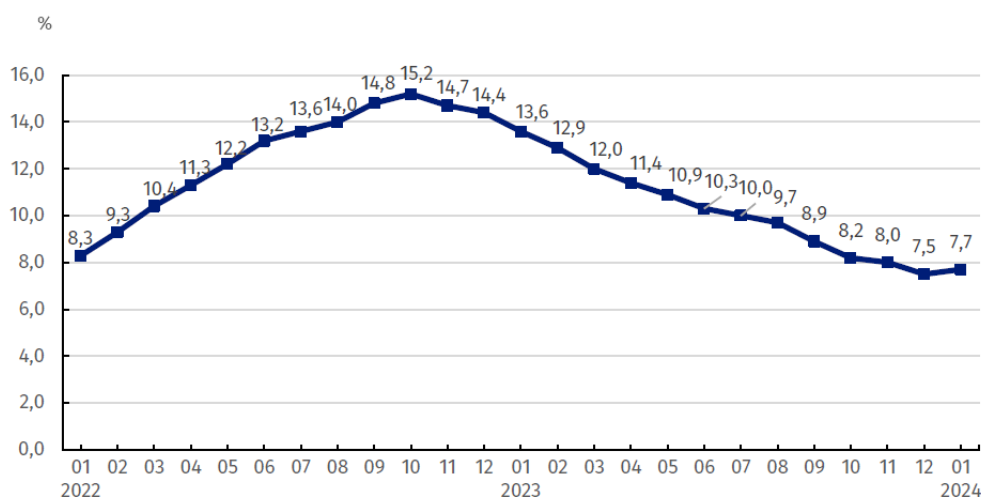
Wykres 1: Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2018-2019 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2019)



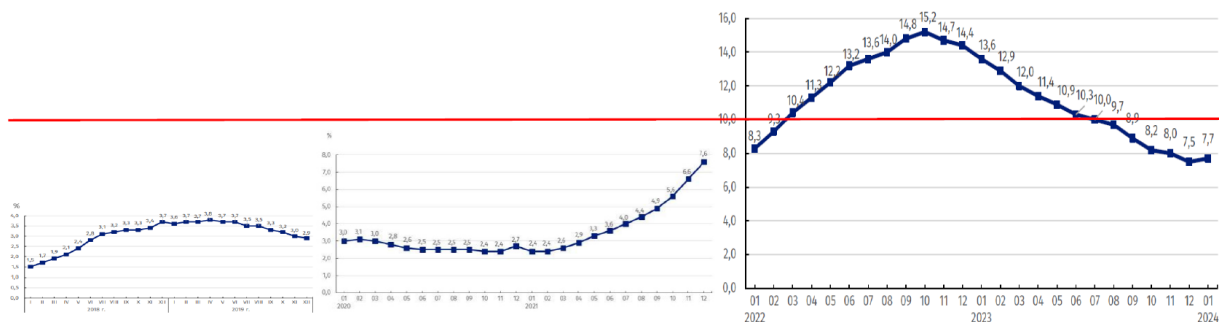
Wykres 2: Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2020-2021 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r.)



Wykres 3: Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2022-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w lutym 2024)



Wykres 4: Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2018-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego – porównanie; opracowanie własne



Na Wykresie nr. 4 ukazano zbiorcze zestawienie wykresów 1,2,3 z lat 2018-2024, gdzie poziomą czerwoną linią zaznaczono poziom zmiany cen równy 10% w skali rok do roku.

Zgodnie z Wykresem nr 1 maksymalna zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2018-2019 wyniosła 3,8%, natomiast w latach 2020-2021 wyniosła 7,6% (Wykres nr. 2), po to aby dopiero w marcu 2022 r. (a więc po ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę) (Wykres nr. 3), przekroczyć 10% w stosunku rocznym.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż od początku prowadzonych przez GUS pomiarów wysokości cen nie odnotowano tak wysokich odczytów, jak na przestrzeni ostatnich dwóch lat, co skutkowało gwałtownym wzrostem ryzyka związanego z realizacją umów o roboty budowlane. Poprzedni „boom budowlany” z lat 2006-2009 skutkowało wzrostem cen o maksymalnie 9% w skali rok do roku (na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej GUS). Następnie przez okres ponad 10 lat, **ceny w budownictwie pozostawały na dość niezmiennych poziomach, notując maksymalne zwwyżki na poziomie 4% rok do roku**. Obecna sytuacja jest o tyle bezprecedensowa, że wzrost cen w sektorze budownictwa notowany przez GUS jest niemal dwukrotnie wyższy niż kiedykolwiek wcześniej zarejestrowany, a mimo to Zamawiający wprowadza próg uruchamiający waloryzacje wynoszący ponad 10%, przerzucając na Wykonawcę w istotnej części ryzyko zmiany cen.

Dość wspomnieć w tym miejscu, iż zgodnie z bieżącą projekcją inflacji według Narodowego Banku Polskiego (marzec 2024 r.), ta ma w skali roku wynosić:

	2024	2025	2026
Inflacja CPI r/r (%)	3,0	3,4	2,9

Źródło: <https://nbp.pl/projekcja-inflacji-i-pkb-marzec-2024/>

Powyższe oznacza, iż według ekspertów Narodowego Banku Polskiego, inflacja w 2024 r. w skali rok do roku będzie wynosiła 1/3 wzrostów cen wymaganych przez Zamawiającego umową dla uruchomienia waloryzacji, podobnie w latach kolejnych. Oznacza to, iż w przypadku gdyby ceny w budownictwie utrzymywały poziom zmian zbliżony do inflacji, w ciągu najbliższych 3 lat Wykonawca nie osiągnąłby wymaganego umową limitu 10% dla uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia.

Nie powinno schodzić z pola widzenia, iż według prognoz analityków, sytuacja z biegiem czasu zacznie się stabilizować, a nie zaostrzać, co oznacza, że rejestrowana jeszcze w ubiegłym roku obecna górka cenowa powinna opadać, niż osiągać wyższe, szczytowe poziomy. Tym samym przy obecnych trendach rynkowych, uwzględnieniu aktualnych prognoz inflacji i mając na uwadze zaproponowane zapisy umowne, możliwość waloryzacji nie wystąpi w okresie najbliższych dwóch lat. Oznacza to, że od momentu podpisania umowy przez kolejne miesiące realizacji umowy Wykonawca będzie realizował przedmiot umowy po cenach z etapu oferty, o których waloryzację będzie mógł wystąpić dopiero, gdy te zmienią się o ponad 10%, co jak dowodzi Wykres nr. 1 i 2, nie występuje przy normalnej, zrównoważonej koniunkturze, a na pewno nie nastąpi w tak krótkim czasie, jak zakładany przez Zamawiającego bardzo krótki termin realizacji niniejszej umowy, która to realizacja ma zakończyć się do 16 grudnia 2025 r.

Kolejnym aspektem wskazującym na pozorność zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej jest określony w § 14 ust. 8 pkt. 6) limit zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania waloryzacji wynagrodzenia, który to przepis umowy stanowi:

6) Maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający z tytułu waloryzacji umowy wynosi 5% wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 1 umowy.

Limit zmiany wynagrodzenia został zatem ograniczony do wzrostu kosztów w wysokości 5% względem pierwotnie przez Wykonawcę założonych. Wskazuje to na olbrzymią dysproporcję i nierównowagę ekonomiczną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Oznacza to, że ryzyko pierwszych wzrostów kosztów całości zamówienia liczonych zgodnie z § 14 ust. 8 pkt. 1) od przekroczenia wskaźnika $W_{W(n)}$ na poziomie 1,1, ma ponieść Wykonawca. Następnie maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaka z tytułu waloryzacji przysługiwałaby Wykonawcy, ograniczona została przez Zamawiającego do 5% wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 1 umowy. Powyższe oznacza, że gdyby zaistniała podstawa do zwiększenia wynagrodzenia dla wszystkich robót na minimalnym poziomie wynoszącym ponad 10%, to Wykonawcy i tak przysługiwałby wzrost wynagrodzenia o jedyne mniej niż 5% (z uwagi na ograniczenie maksymalnej wartości waloryzacji zgodnie z § 14 ust. 8 pkt. 6) Umowy).

Przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak, że limit waloryzacji wyczerpie się bardzo szybko, a całe dalsze ryzyko zmiany cen ma zostać poniesione przez Wykonawcę. W ocenie Odwołującego ma to zapewnić, by § 14 ust. 8 projektu Umowy dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w trakcie realizacji zamówienia był zastosowany jedynie w ograniczonym zakresie, jednocześnie uniemożliwiając przewrócenie ekwiwalentności świadczeń stron. Ograniczając wysokość waloryzacji do 5% wynagrodzenia Zamawiający wbrew założeniom art. 439 ustawy PZP przerzuca na Wykonawcę ryzyko zmiany

cen niemal w całości. Art. 439 PZP został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to, aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych. W ostatnim czasie ustawodawca uznał, że dotychczasowe przepisy nie odpowiadały rzeczywistości i zmienionej sytuacji rynkowej i ograniczył ryzyko inflacyjne do 6 miesięcy. Zamawiający ustalając zbyt niski poziom możliwej waloryzacji działa zatem wbrew dyspozycji art. 439 PZP.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od obecnych i nieprzewidywalnych warunków rynkowych i tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen. Odwołać należy się również do opinii Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa, z której da się wywieść, iż klauzule waloryzacyjne pełnią rolę utrzymania ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym klauzula waloryzacyjna tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy PZP musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń. Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy limit zmiany wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i nieproporcjonalny, gdyż przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen, które obecnie jest nieprzewidywalne.

Z uwagi na rażącą pozorność i nieproporcjonalność zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej, Odwołujący sformułował żądanie wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej opracowanej na podstawie modelowej klauzuli waloryzacyjnej rekomendowanej przez Urząd Zamówień Publicznych (<https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>). Rekomendacje te stanowią zbiór doświadczeń różnych podmiotów działających w sektorze zamówień w tym dużych Zamawiających jak Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Sieci Elektroenergetyczne wobec czego należy przyjąć że są pewnym powtarzalnym i praktykowanym obecnie zwyczajem.

Tytułem podsumowania powyższych rozważań należy również podkreślić, że wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej realizującej cele ustawy PZP jest korzystne również dla Zamawiającego. Cytując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22: „Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w

ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiającą dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.” (podkreślenie Odwołującego)

Należy zauważyć trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla Zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozwinięcia dalszej argumentacji jak i przedłożenia dowodów co do każdego z powyższych Zarzutów na rozprawie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
3. Wydruk informacji odpowiadającej pełnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS dla Odwołującego
4. Potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania
5. Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu
6. Harmonogram sporządzony przez Odwołującego, dla potwierdzenia zarzutu dot. terminu