



Dyrektor

dr n. med.

Dariusz Budziński

ul. 3-go Maja 13-15  
41-800 Zabrze

SEKRETARIAT

Tel: (32) 370 43 07

Fax: (32) 370 45 22

sekretariat@szpital.zabrze.pl

[www.szpital.zabrze.pl](http://www.szpital.zabrze.pl)

### ODPOWIEDŹ nr 3 na zapytania w sprawie SWZ

Informujemy, że do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia, w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605) w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

#### **BUDOWA BUDYNKU ŚLĄSKIEGO CENTRUM ONKOLOGII I HEMATOLOGII DZIECIĘCEJ WRAZ Z ŁĄCZNIKIEM W SYSTEMIE ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ W RAMACH DOTACJI CELOWEJ NA DOFINANSOWANIE REALIZACJI INWESTYCJI PN. „BUDOWA ŚLĄSKIEGO CENTRUM ONKOLOGII I HEMATOLOGII DZIECIĘCEJ”**

Zamawiający udziela wyjaśnień zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r., poz. 1605).

Treść wspomnianej prośby jest następująca:

#### **Pytanie nr 1**

##### **I Nadmierne wymagania dotyczące doświadczenia Wykonawcy**

1. W ramach Rozdziału 5 (pn. Warunki udziału w postępowaniu) pkt 5.1.4.1 SWZ Zamawiający sformułował następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy:

*„W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wymaga, aby Wykonawca:*

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

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

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

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



2. Wskazuje się na konieczność uwzględnienia, oprócz artykułu 112 PZP, także zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jak wyrażono w art. 16 PZP. Te zasady wymagają, aby zamawiający zapewnił szeroki dostęp do zamówienia dla wykonawców zdolnych do właściwej realizacji. Ograniczenie warunków udziału w postępowaniu nie może służyć sztucznemu ograniczeniu konkurencji ani nieuzasadnionemu wykluczeniu pewnych podmiotów, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo.
3. Co ważne, warunki uczestnictwa w procesie muszą być formułowane zgodnie z celem wybraniem wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie zamówienia. Te warunki powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, uwzględniając jego specyfikę, zakres, wartość i stopień złożoności. Ich istotą jest zapewnienie równego dostępu do procesu uczestnictwa dla wykonawców kompetentnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 852/23 „*Formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny służyć zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. W przypadku kryteriów oceny ofert, uwzględniając zasadę proporcjonalności powinny być one z kolei określone w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a pomiędzy zawężeniem kręgu wykonawców z tego wynikającym, a korzyściami płynącymi z takiego opisanie tych kryteriów zachodzi rozsądna proporcja. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu podkreślenia wymaga, że poza art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (wprost nakazującym zachowanie zasady proporcjonalności w Postępowaniu), zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie. Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu.”*

Kolejno, w wyroku z dnia 16 czerwca 2021 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 1163/21 „*Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmie.”*

4. Mając na uwadze cytowane orzecznictwo, Zamawiający, formułując warunki uczestnictwa w postępowaniu, winien konsekwentnie uwzględniać możliwości rynkowe dostępnych na danym rynku wykonawców. Jego ustawowym obowiązkiem jest zapewnienie najszerszego możliwego dostępu do zamówienia dla wykonawców zdolnych do właściwej realizacji.

Ponadto, określając warunki uczestnictwa, Zamawiający powinien ustalać je jako minimalne wymagania zdolności, co wymaga uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu oraz ilości. Jednocześnie celem warunków ustalonych przez Zamawiającego jest zapewnienie, że zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot gwarantujący jego należyte wykonanie. Konieczne jest zachowanie równowagi między interesami Zamawiającego a wykonawcy, aby nadmierne wymagania Zamawiającego nie skutkowały wykluczeniem z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Stawienie zbyt restrykcyjnego warunku uczestnictwa w postępowaniu nie może służyć do celowego ograniczenia konkurencji lub nieuzasadnionego wykluczenia pewnych podmiotów z udziału w postępowaniu, nawet jeśli posiadają one odpowiednie doświadczenie, co uniemożliwia im ubieganie się o realizację danego zadania.

5. W kontekście postawionych przez Zamawiającego wymogów wskazanych w Rozdziale 5 (pn. Warunki udziału w postępowaniu) pkt 5.1.4.1 SWZ, Zamawiający opart się na ściśle określonych i rozbudowanych parametrach referencyjnego doświadczenia, wskazując na:

- kategorię wykonanych prac budowlanych (wyłącznie budowa);
- kategorię budynku będącego przedmiotem referencyjnego doświadczenia (wyłącznie szpital lub zakłady opieki medycznej);
- wartość robót w ramach referencyjnego doświadczenia (40 mln zł brutto);
- powierzchnię całkowitą budynku (min. 3 tys. m<sup>2</sup>);
- krotność doświadczenia referencyjnego (dwa zadania);
- czasookres nabycia referencyjnego doświadczenia (ostatnie 7 lat);
- wymóg realizacji inwestycji objętej ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowanej na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków (dotyczy co najmniej jednego doświadczenia referencyjnego);
- wymóg realizacji inwestycji w warunkach obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwalnie usługi medyczne, gdzie prace budowlane prowadzono etapami, zapewniającymi ciągłość funkcjonowania obiektu służby zdrowia i płynność prac budowlanych (dotyczy co najmniej jednego doświadczenia referencyjnego);
- wymóg realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” (dotyczy co najmniej jednego doświadczenia referencyjnego);

z czego Wykonawca kwestionuje podkreślone parametry jako nieposiadające cech niezbędności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający szczegółowo opisał oczekiwane parametry referencyjnych inwestycji dotyczące doświadczenia wykonawcy, włączając konkretną infrastrukturę, wartość oraz rodzaj i przeznaczenie. W związku z tym, doświadczenie spełniające te kryteria nie będzie znacząco różnić się ze względu na czas jego pozyskania. W przypadku projektowania i realizacji obiektów szpitalnych, które są zazwyczaj oparte na standaryzacji oraz ściśle określonych normach i wytycznych, sposób wykonania jest przecież odgórnie ustandaryzowany, co nie wymaga dodatkowych ograniczeń narzucanych przez Zamawiającego.

6. Wykonawca podnosi, że z dokumentów przetargowych – tj. Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej:

„PFU”) – wynika, że Zamawiający zrezygnował z przebudowy pomieszczeń zlokalizowanych na czwartym piętrze istniejącego budynku (vide: 5 strona PFU; wykreślenie zakresu prac), a jedynie dąży do tego, aby w zakresie istniejącego budynku dokonano rozbudowy budynku o łącznik z zewnętrznym dźwigiem szpitalnym (cztery poziomy przystankowe). (vide: 7 strona PFU; wykreślenie zakresu prac).

Co więcej, Zamawiający w zakresie istniejącego budynku kładł nacisk na zachowanie elementów wykończeniowych które w zasadzie dotychczas istnieją na budynku (vide: 9 strona PFU, wykreślenie standardu prac) oraz zestawienie powierzchni przebudowywanego budynku (vide: 16-17 strona PFU, wykreślenie zakresu prac). Ponadto, Zamawiający z racji przebudowy budynku – o czym mowa w pierwotnej treści PFU – zwracał szczególną uwagę na fakt, że budynek ten w trakcie prowadzonych prac będzie czynnie funkcjonował (vide: 20 strona PFU, wykreślenie zakresu prac). Zdaniem Wykonawcy, pierwotna treść PFU przełożyła się na obecne warunki uczestnictwa, a to w postaci zbyt restrykcyjnego wymogu posłużenia się przez Wykonawcę doświadczeniem związanym z:

- budową budynku objętego ochroną konserwatorską zabytków (vide: Rozdział 5 pkt 5.1.4.1. lit a SWZ), albowiem w wyniku zmian w PFU (wykreśleń w PFU) doszło do znacznego obniżenia zakresu prac mających związek z ochroną konserwatorską,
- budową budynku w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwalnie usługi medyczne (vide: Rozdział 5 pkt 5.1.4.1. lit. b SWZ), albowiem w wyniku zmian w PFU (wykreśleń w PFU) doszło do rezygnacji z prac całej jednej kondygnacji budynku, który w trakcie realizacji Zamówienia będzie czynnie funkcjonować.

7. W zakresie określenia warunku uczestnictwa, zdaniem Wykonawcy Zamawiający mocno zawęży warunki uczestnictwa skupiając się na konieczności posłużenia się przez wykonawców doświadczeniem obejmującym swoim zakresem budynek szpitalny z oddziałami łóżkowymi. Nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający znacząco ogranicza katalog potencjalnych inwestycji referencyjnych, podczas gdy z utrwalonej praktyki zamawiających, w analogicznych zamówieniach opiera się na przyjętej klasyfikacji obiektów budowlanych KLASA 1264 PKOB do której zalicza się budynki szpitali i zakładów opieki medycznej. Przedmiotową praktykę potwierdza już tylko dokumentacja przetargowa dla postępowania o udzielenie zamówienia pn

„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”) zadania inwestycyjnego pn. „Budowa i wyposażenie Ośrodka Radioterapii na terenie Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Płocku (numer postępowania: SIR.2910.03.2021)”

8. Ponadto, Wykonawca podnosi, że w ramach przytoczonych warunków uczestnictwa w postępowaniu, Zamawiający postawił dodatkowe wymaganie, że co najmniej dwie (2) wskazywane inwestycje muszą być zrealizowane w formule "zaprojektuj i wybuduj" (Rozdział 5 pkt 5.1.4.1 lit. c) SWZ). Wykonawca kwestionuje konieczność i proporcjonalność takiego zastrzeżenia, argumentując, że ten sam zakres kompetencji mógłby być zweryfikowany poprzez oddzielenie warunku dotyczącego projektowania i budowy inwestycji.

Wykonawca wyjaśnia, że Wykonawcy nie mają kontroli nad wyborem formuły realizacji przez Zamawiającego. Przy skomplikowanych inwestycjach projektowanie zazwyczaj jest powierzane specjalistycznym biurom projektowym, które posiadają odpowiednie kwalifikacje. Nawet jeśli referencyjna inwestycja została zrealizowana w formule "zaprojektuj i wybuduj", to biuro projektowe jest głównym wykonawcą projektowania, więc powinno być w stanie samodzielnie potwierdzić swoje kwalifikacje. Podzielenie warunków uczestnictwa na wykonawstwo i projektowanie inwestycji oraz możliwość polegania na podmiocie trzecim do potwierdzenia spełnienia wymagań w zakresie projektowania miałyby kilka korzyści. Po pierwsze, odzwierciedlałyby to realia rynkowe związane z nabyciem kompetencji w tej dziedzinie. Po drugie, nie niosłoby to dla Zamawiającego ryzyka niższej jakości świadczenia.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 PZP, podmioty udostępniające zasoby dotyczące kwalifikacji zawodowych muszą wykonać usługi lub roboty budowlane, do których wymagane są te zdolności. W rezultacie biuro projektowe, które spełni warunki uczestnictwa w postępowaniu dotyczące projektowania określonego obiektu, będzie odpowiedzialne za tę część zamówienia. Dzięki temu Zamawiający ma pewność, że prace wymagające specjalistycznej wiedzy czy umiejętności będą wykonywane przez podmiot z odpowiednimi kompetencjami. Kontynuowanie tego wymogu, który odnosi się do inwestycji wykonanej w formule "zaprojektuj i wybuduj", nie tylko nie jest uzasadnione merytorycznie, ale także znacząco ogranicza konkurencyjność w ramach tego postępowania. Praktyka zamawiających potwierdza, że taki podział warunków uczestnictwa w postępowaniu nie stanowi żadnego zagrożenia dla zabezpieczenia jego potrzeb i interesów. Jest wystarczający do wyboru wykonawcy odpowiedniego dla tego rodzaju realizacji.

W związku z tym, wnioskodawca proponuje przyjęcie tego samego poziomu weryfikacji oraz możliwość potwierdzenia spełnienia warunków uczestnictwa poprzez przedstawienie odrębnych referencji dotyczących wykonawstwa i projektowania.

9. Mając na względzie warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt 5.1.4. SWZ, Wykonawca wnosi o modyfikację jego treści poprzez nadanie następującego brzmienia:

*5.1 Zamawiający określa następujące wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu:*

*5.1.4.1.a w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli zakres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/ budynki służby zdrowia (klasyfikacja PKOB 1264) o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup>.*

*Wartość każdej roboty powinna być nie mniejsza niż 40 000 000,00 zł brutto,*

*Co najmniej jedna z robót budowlanych referencyjnych powinna zostać zrealizowana w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia, świadczącego nieprzerwanie usługi medyczne, a prace budowlane prowadzono w sposób umożliwiający ciągłość funkcjonowania budynku/ budynków służby zdrowia (klasyfikacja PKOB 1264) i płynność prac budowlanych,*

- a) Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia jeśli wykaże, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zadanie budowlane polegające na remoncie lub przebudowie lub rozbudowie budynku objętego nadzorem konserwatora zabytków i remontowanej lub przebudowywanej lub rozbudowywanej o wartości robót min. 10.000.000 zł brutto*

- b) Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należyce wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie aparatury medycznej powiązanej z infrastrukturą budynku, o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto.

5.1.4.1.b w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należyce dwa zamówienia obejmujące opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę dla zadania budowlanego polegających na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/ budynki o powierzchni całkowitej minimum 3 000 m<sup>2</sup> i obejmujące między innymi szpitalne oddziały łóżkowe (min. 40 łóżek).

Wartość kosztorysowa każdej inwestycji powinna być nie mniejsza niż 40 000 000,00 zł brutto.  
Co najmniej jedno z wyżej wskazanych zadań referencyjnych (dowolne w zakresie poniższych warunków):

- a) dotyczyło budynku objętego ochroną konserwatora zabytków lub zrealizowano na obszarze strefy objętej ochroną konserwatora zabytków,  
b) zrealizowano w warunkach funkcjonującego obiektu służby zdrowia,  
c) wartość zaprojektowanego sprzętu medycznego wyniosła min. 3 000 000,00 zł brutto.”

## II. Nadmierne wymagania w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia

1. W ramach Rozdziału 5 (pn. Warunki udziału w postępowaniu) pkt 5.1.4.2 SWZ Zamawiający sformułował następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia:

**„w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej** – Zamawiający wymaga, aby Wykonawca: dysponował osobami, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem, niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia:

### 1) Zespół projektowy:

#### a) projektant w branży architektonicznej, który posiada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**2) Zespół wykonawczy:**

**a) Kierownik budowy, który posiada:**

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

**b) Kierownik robót sanitarnych, który posiada:**

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

**c) Kierownik robót elektrycznych, który posiada:**

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

Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia w/w funkcji przy spełnianiu wymagań dla danych funkcji. W/w osoby winne posiadać uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego, a ponadto winne być członkami właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 551).

**UWAGA:** Zamawiający, określając wymogi dla ww. osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 682) oraz ustawy z dnia 22 grudnia

2. Powyższe wymogi wskazane przez Zamawiającego, analogicznie jak dla zarzutu nr 1 zostały sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
3. Wykonawca podnosi, że nie sposób zrozumieć zastrzeżenia Zamawiającego, a to wskazanego w Rozdziale 5 pkt 5.1.4.2 ppkt 1) lit a) SWZ, gdzie w kontekście projektanta w branży architektonicznej, *Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji Głównego projektanta w zakresie max. 2 inwestycji.*

Wykonawca zaznacza, że tak sformułowany przez Zamawiającego warunek prowadzi do dyskwalifikacji osób, które pełnią funkcje Głównego projektanta w więcej niż 2 inwestycjach. Co jednak ważne, duże biura projektowe (co bez wątplenia łączy się z większym doświadczeniem tych osób oraz rękojmią prawidłowego wykonania zamówienia) korzystają z szerokiej kadry osób wspomagających, gdzie mimo to kluczowe zadania pełni Główny projektant. Ważnym jest również to, że to właśnie duże biura projektowe zajmują się dużymi inwestycjami. Wręcz wskazać należy, że tak ukształtowany warunek przez Zamawiającego (max. 2 inwestycje) prowadzi do premiowania osób posiadających mniejsze doświadczenie, co znów stoi w całkowitej sprzeczności z ideą realizacji Zamówienia z wykorzystaniem doświadczonej kadry.
4. W dalszej kolejności Wykonawca podnosi, że w kwestii zespołu wykonawczego, Zamawiający podobnie jak dla doświadczenia Wykonawcy, wymaga od personelu doświadczenia przy robotach budowlanych związanych z budową szpitala lub opieki medycznej, podczas gdy dla tego typu zamówień, w tym mając na względzie akty wykonawcze (prawa budowlanego) powszechnie stosuje się przyjętą klasyfikację obiektów budowlanych. Argumentacja w tym względzie, w tym zasadność bazowania na PKOB 1264 potwierdza wcześniejsza treść niniejszego odwołania.
5. Dodatkowo, Wykonawca wskazuje, że w kwestii zespołu wykonawczego, Zamawiający skupia się na wymaganiu od kadry doświadczenia przy kierowaniu robotami, przy czym wymóg ten co do zasady zostaje wyłączone przy pełnieniu takiej funkcji przez daną osobę w podczas całego okresu trwania umowy. Co znów ważne, stawiany przez Zamawiającego wymóg jedynie iluzorycznie potwierdzać będzie spełnienie wymaganego doświadczenia przez daną osobę. W procesie budowlanym niezwykle istotnym jest pełnienie funkcji na przestrzeni długiego okresu realizowanego przedsięwzięcia, przy czym w istocie funkcja ta odgrywa kluczowe znaczenie w trakcie uzyskania decyzji o pozwolenie na użytkowanie przy udziale danej osoby, w tym Zamawiający ma podstawy by uznać, że osoba ta spełnia wymogi i daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

Nadto, Wykonawca zwraca uwagę, że rozróżnić należy znaczenie Kierownika Budowy od Kierownika robót sanitarnych oraz Kierownika robót elektrycznych. To jedynie Kierownik Budowy (w odróżnieniu od pozostałych) pełni funkcję nadzorującą w całym procesie budowlanych. Innymi słowy, to od Kierownika Budowy należy stawiać większe wymagania w zakresie doświadczenia, z kolei zrównanie wymogów Kierownika robót sanitarnych oraz Kierownika robót elektrycznych z wymogami Kierownika Budowy stanowi kolejny przykład kształtowania przez Zamawiającego nadmiernych i nieproporcjonalnych wymogów, o czym mowa we wcześniejszej treści niniejszego Odwołania. O ile w przypadku Kierownika Budowy za zrozumiałe należy wymagać doświadczenia przy minimum 3 zrealizowanych inwestycjach, tak bez wątplenia od pozostałej kadry za wystarczające należy uznać zrealizowanie minimum jednej (1) podobnej inwestycji.

6. Ponadto, wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zespołu wykonawczego przy zrealizowanej inwestycji powyżej 40.000,00 zł brutto należy uznać za zbyt wygórowane.
7. Nierzadkim zdarzeniem, na które w istocie nie ma wpływu jakkolwiek wykonawca jest to, że kluczowy personel nie pełni funkcji na całym etapie realizacji umowy. W praktyce wypadki losowe (np. śmierć pracownika, choroba etc.) powodują zawsze automatyczne wykluczenie takiej osoby. Tymczasem tak sformułowana treść warunku, jakkolwiek związana z przedmiotem Zamówienia, narusza zasadę uczciwej konkurencji i znacząco zawęża krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą w stanie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz godzi w zasadę proporcjonalności o udzielenie zamówienia nie mogą ubiegać się bowiem wykonawcy posiadający osobiście nawet ogromne doświadczenie w zakresie danych robót budowlanych, De facto, kwestionowany warunek

będzie skutkowało tym, że o udzielenie zamówienia będą mogły ubiegać się jedynie podmioty nierzadko sztucznie (zadaniowo) zapewniające obecność wymaganego personelu, a który na dalszym etapie nie będzie już współpracować z potencjalnym wykonawcą. Bez wątplenia podtrzymanie takiego wymogu zachęcałoby przedsiębiorstwa do nieuczciwej praktyki podkupowania zasobów osobowych konkurencji w okresie realizacji umowy, jak też po złożeniu ofert/wniosków a przed ich ostateczną oceną.

8. Doświadczenie, o którym mowa powyżej, nie może stanowić jakiegokolwiek wyznacznika dla niezbędnego, posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia zawodowego mającego znaczenie dla wykonania robót budowlanych. Właściwym i uzasadnionym warunkiem, który weryfikuje umiejętności i doświadczenie zawodowe wykonawcy, jest warunek posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych, tyle że przez samego (bezpośrednio) Wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.
9. Należy podkreślić, że warunki powyższe mają fundamentalne znaczenie dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Warunki te jako bardzo rygorystyczne (oraz nieobiektywne) w sposób istotny ograniczają krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.
10. Krąg potencjalnych wykonawców, posiadających niezbędne doświadczenie w realizacji takich robót, jest znacznie szerszy, w tym winien dotyczyć doświadczenia Wykonawcy i nie może ograniczać się jedynie do podmiotów mogących zapewnić kierownika budowy/inspektora nadzoru, tym bardziej, że to Wykonawca odpowiada za kwestie związane z realizacją umowy, w tym z zakresu gwarancji i rękojmi.
11. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowagą ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowego wykonania.
12. Tym samym, skoro Wykonawca (jako podmiot, a nie wykazując daną kadre) posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, tak nie sposób twierdzić, aby rękojmią prawidłowego wykonania zamówienia została zachwiana. Wręcz przeciwnie, albowiem pomimo zmiany kierownika budowy (także wskutek okoliczności losowych, o których mowa powyżej), tak Wykonawca w dalszym ciągu dysponuje doświadczeniem dającym zapewnienie Zamawiającemu w sfinalizowaniu przedsięwzięcia. To w zasadzie stanowić winno rękojmię w prawidłowym wykonaniu przedsięwzięcia.
13. Tak więc Wykonawca podnosi, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, wyklucza bowiem z postępowania wykonawców, którzy przedmiotowego warunku nie spełniają. W ostatnich latach Wykonawca wykonał wiele przedsięwzięć budowlanych o dużej skali i stopniu skomplikowania, w tym Wykonawca dysponuje referencjami odpowiadającymi głównym wymogom określonym w pkt 5.1.4.1 SWZ.
14. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się konieczność opisywania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i wymagań w sposób proporcjonalny do realizowanego zadania. Zgodnie z wyrokiem z dnia 29 stycznia 2021 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3489/20 „określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 r.)”
15. Jak wskazano w Uchwale z dnia 10 lipca 2019 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 48/19 „*Obowiązek zachowania proporcjonalności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej został ujęty również w treści art. 22d ust. 1 Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w powyższym zakresie, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji*



zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z powyższego należy wywieść zakaz stawiania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia."

16. Mając na względzie warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt 5.1.4.2 SWZ, Wykonawca wnosi o modyfikację jego treści poprzez nadanie następującego brzmienia:

**„w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wymaga, aby Wykonawca: dysponował osobami, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem i doświadczeniem, niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia:**

**1) Zespół projektowy:**

**a) projektant w branży architektonicznej, który posiada:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2) Zespół wykonawczy:**

### **a) Kierownik budowy, który posiada:**

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno budowlanej bez ograniczeń,
- doświadczenie przy kierowaniu robotami budowlanymi przez okres co najmniej 12 miesięcy (łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie), przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków służby zdrowia (PKOB 1264) o łącznej wartości co najmniej 40 000 000,00 zł brutto, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3.

### **b) Kierownik robót sanitarnych, który posiada:**

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży sanitarnej przez okres co najmniej 12 miesięcy (łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie), przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków użyteczności publicznej o łącznej wartości co najmniej 30 000 000,00 zł brutto, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3, z zastrzeżeniem, że przynajmniej jedna z nich sklasyfikowana jest w PKOB 1264.

### **c) Kierownik robót elektrycznych, który posiada:**

- wykształcenie wyższe,
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- doświadczenie przy kierowaniu robotami branży elektrycznej przez okres co najmniej 12 miesięcy (łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie), przy robotach budowlanych związanych z przebudową lub/i modernizacją lub/i budową lub/i nadbudową lub/i rozbudową budynku/budynków użyteczności publicznej o łącznej wartości co najmniej 30 000 000,00 zł brutto, przy czym ilość wskazanych realizacji (odrębnych umów) nie może być mniejsza niż 3, z zastrzeżeniem, że przynajmniej jedna z nich sklasyfikowana jest w PKOB 1264. Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia w/w funkcji przy spełnianiu wymagań dla danych funkcji. W/w osoby winne posiadać uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego, a ponadto winne być członkami właściwej izby samorządu zawodowego, zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 551).

*UWAGA: Zamawiający, określając wymogi dla ww. osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 682) oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 roku o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2023 r., poz. 334)."*

### **III. Dodatkowe Stanowisko w ramach pkt I oraz II**

Wykonawca wskazuje, że zaproponowane przez Zamawiającego wymogi, prowadzą do konsekwencji w której, w istocie jedynie jeden wykonawca (tj. Warbud S.A.) będzie uprawniony do uczestnictwa w Postępowaniu.

Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający wyeliminował zarówno wykonawców, jak i personel wykonawców (projektantów, technologów), którzy posiadają rozległe doświadczenie w realizacji podobnych lub zbliżonych zamówień do przedmiotu niniejszego zamówienia projektów. Ci wykonawcy i personel mają doświadczenie w przeprowadzaniu wielu inwestycji, przewyższających wartość lub stopień skomplikowania niniejszego zamówienia, ale mogą nie spełnić jednego z oczekiwanych przez Zamawiającego elementów. Wykonawca uważa, że rozszerzenie warunków referencyjnych byłoby celowe, gdyż przy zachowaniu dotychczasowych wymogów doświadczenia więcej podmiotów uzyskałoby dostęp do przetargu. To z kolei doprowadziłoby do większej konkurencji cenowej, potencjalnie eliminując sytuacje, w których do przetargów wpłynęła tylko jedna oferta (wykonawcy) lub dwie oferty (projektant).

Powyższe potwierdza poniższy wykaz przebiegu analogiczny postępowań, potwierdzających wykonywanie Zamówienia wyłącznie przez podmiot Warbud S.A.:

- Ośrodek Radioterapii z Brachyterapią przy Szpitalu Wojewódzkim w Zamościu- Inwestycja której data zakończenia przypadła na III kwartał 2022 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 15.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 50.000.000,00 zł, wykonawcą której był Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Rem-Mal Sp. z o.o. - warunki niespełnione
- 1. Wielkopolskie Centrum Zdrowia Dziecka - Inwestycja której data zakończenia przypadła na III kwartał 2021 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 52.028 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 375.000.000,00 zł, wykonawcą której był Warbud S.A. - **warunki spełnione**
- 2. Nowe skrzydło Szpitala Bielańskiego - Centralny Blok Operacyjny – Inwestycja której data zakończenia przypadła na I kwartał 2023 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 10.210 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 118.280.000,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum Strabag sp. z o.o. oraz Ed. Zublin AG – warunki niespełnione
- 3. Blok Operacyjny i Oddział Chirurgiczny Szpitala MSW w Rzeszowie - Inwestycja której data zakończenia przypadła na I kwartał 2020 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 7539 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 56.730.000,00 zł, wykonawcą której byli Skanska S.A. oraz Budimex S.A.- warunki niespełnione
- 4. Rozbudowa Szpitala św. Wincentego w Paulo w Gdyni - Inwestycja której data zakończenia przypadła na III kwartał 2015 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 6300 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 70.000.000,00 zł, wykonawcą której był Semeko budownictwo - warunki niespełnione
- 5. Blok operacyjny szpitala MSWiA w Kielcach - Inwestycja której data zakończenia przypadła na I kwartał 2021 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 7525,3 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 65.050.00,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum Przedsiębiorstwo Elementów Budowlanych Fabet S.A. oraz Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. - warunki niespełnione
- 6. Zespół Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie - Inwestycja której data zakończenia przypadła na III kwartał 2020 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 4.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 61.000.000,00, wykonawcą której byli Eresco Sp. z o.o. Sp. k. (w latach 2014 – 2015) oraz Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. (w latach 2018 – 2021) - warunki niespełnione
- 7. Centralny Zintegrowany Szpital Kliniczny - centrum medycyny interwencyjnej - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2023 roku, moduł 1, 2a, 2b, 3b Poznań o powierzchni całkowitej wynoszącej 16.101 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 234.200.000,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum składające się na WARBUD S.A. oraz CITINEA - **warunki spełnione**
- 8. Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica – budowa - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2018 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 22.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 90.000.000,00 zł, wykonawcą której był Budimex S.A. - warunki niespełnione
- 9. Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy – rozbudowa - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2022 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 5912,12 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 94.200.000,00 zł, wykonawcą której był Budimex S.A. - warunki niespełnione
- 10. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Lublinie - Blok R- blok operacyjny – Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2023 roku, o powierzchni całkowitej wynoszącej 5.808 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 82.610.000,00 zł, wykonawcą której był Strabag sp. z o.o. – warunki niespełnione
- 11. Szpital Pediatryczny Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2015 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 97.389 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 300.000.000,00 zł, wykonawcą której był Warbud S.A.- **warunki spełnione**
- 12. Przebudowa i rozbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2018 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 29.252 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 138.000.000,00 zł, wykonawcą której byli Budimex S.A. oraz Ferrrovial Agroman S.A. - warunki niespełnione
  - Budynek z 8 salami operacyjnymi dla Szpitala św. Wojciecha - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2019 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 6.538 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 52.000.000,00 zł, wykonawcą której był Alstal Grupa Budowlana

- sp. z o.o. sp. k. - warunki niespełnione
13. Uniwersytecki Szpital Kliniczny UWM- nowe skrzydło - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2022 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 5.895 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 53.000.000,00 zł, wykonawcą której był Adamietz sp. z o.o. - warunki niespełnione
  14. Uniwersytecki Szpital Dziecięcy Krakowie • rozbudowa, bloki B, C, D, F - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2014 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 26.000m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 80.000.000,00 zł, wykonawcą której była Chemobu- dowa Kraków S.A. - warunki niespełnione
  15. Szpital Uniwersytecki w Krakowie – Prokocimiu - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2019 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 145.000m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 819.000.000,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum składające się na Warbud S.A., VAMED Standortenwicklung und Engineering GmbH&CO KG oraz Porr S.A. – **warunki speł- nione**
  16. Centrum Kliniczno-Dydaktyczne Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - etap II - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2022 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 60.900 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 373.870.000,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum składające się na Premix Sp. z o.o., Warbud S.A., BUDOMAL Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane Rafał Leśniak - **warunki spełnione**
  17. Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie • termomodernizacja budynków A, B, C, D, E, F, I, t, R, S, T - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2023 roku, o powierzchni całkowitej wynoszącej 49.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 139.250.000,00 zł, wykonawcą której był Zab-Bud sp. z o.o. - warunki niespełnione
  18. Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Zielonej Górze - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2020 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 19.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 60.000.000,00 zł, wykonawcą której był Mostostal Zabrze S.A. - warunki niespełnione
  19. Centrum Diagnostyki i Terapii Onkologicznej w Tomaszowie Mazowieckim -- Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2014 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 2.100m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 65.000.000,00 zł, wykonawcą której było Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Rem-Mal Sp. z o.o. - warunki niespełnione
  20. budowa Kliniki Przylądek Nadziei - nowej siedziby Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej Akademii Medycznej we Wrocławiu. - Inwestycja której data zakończenia przypadła na II kwartał 2015 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 14.597 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 63.000.000,00 zł, wykonawcą której był Erbud S.A.- warunki niespełnione
  21. Ośrodek Radioterapii w Płocku - Inwestycja której data zakończenia przypadła na III kwartał 2023 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 10005 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 63.100.000,00 zł, wykonawcą której było konsorcjum składające się na Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. oraz Alstal Investment Sp. z o.o. - warunki niespełnione
  22. Przebudowa i rozbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IIII kwartał 2014 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 36.000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 120.000.000,00 zł, wykonawcą której byli Budimex S.A. oraz Ferroviał Agroman S.A. - warunki niespełnione
  23. Szpital Uzdrawiskowy Mieszko - I etap rozbudowy - Uzdrawiskowe Centrum Rehabilitacji w Kamieniu Pomorskim - Inwestycja której data zakończenia przypadła na IV kwartał 2015 roku o powierzchni całkowitej wynoszącej 7000 m<sup>2</sup>, której łączna wartość wyniosła 90.000.000,00 zł, wykonawcą której był Budimex S.A. - warunki niespełnione

**Ponadto, Wykonawca załączył do odwołania w niniejszym Postępowaniu przykładowe dokumenty zamawiających potwierdzające to, że obecne brzmienie SWZ skutkować będzie wyborem WARBUD S.A. Co więcej, potwierdza to również przystąpienie WARBUD S.A. do odwołania po stronie Zamawiającego.**

W tym stanie rzeczy, wniosek o modyfikację treści SWZ, o którym mowa w pkt I) oraz II) tym bardziej zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie Wykonawca zaznacza, że dodatkowe argumenty w tym względzie zostaną podniesione na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą, a to na skutek odwołania złożonego w Postępowaniu.

#### IV. Ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej

1. Zamawiający w §1 ust. 3 Umowy przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyko związane z: warunkami terenu budowy i jego sąsiedztwem, uwarunkowaniem realizacji robót, trudnościami mogącymi wyniknąć przy realizacji robót, ryzykiem i zakresem odpowiedzialności związanej z pracami koniecznymi przy realizacji Przedmiotu umowy (vide: §1 ust. 3 lit. a) Umowy). Nadto Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia oświadczenia zgodnie z którym wykonawca na własne ryzyko bierze ewentualny brak wyjaśnienia niejasności bądź sprzeczności dokumentacji przetargowej.

Z powyższym nie sposób się zgodzić.

Zdaniem wykonawcy, mając na uwadze, że Zamawiający, tak jak wykonawca, może nie być w stanie przewidzieć części okoliczności występujących w toku procesu budowlanego, to winien jednak w tym zakresie przyjąć, iż w przypadku wykonania prac czy robót nieprzewidzianych zamawiający dokona zmiany wynagrodzenia w tym zakresie.

Powyższe było przedmiotem skutecznego zarzutu w sprawie prowadzonej przez KIO pod sygn. akt:

KIO 1041/22 w wyroku z dnia 4 maja 2022 r. „Zgodnie z przepisem art. 651 Kodeksu cywilnego:

*„Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zająd inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.” Skład orzekający podziela stanowisko przedstawione przez Izbę w wyroku z dnia 18 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2809/21. Jak wskazała Izba w ww. orzeczeniu:*

*„Oczywiście na zasadach kodeksu cywilnego (art. 651 KC) wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony. Jak wskazuje orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138/16 „Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie.” Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 24 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt VII AGa 53/18 „Z brzmienia art. 651 KC nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuację, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Powyższą linię potwierdza również orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 26 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt I AGa 13/19 „Przepis art. 651 KC nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Nie jest zadaniem wykonawcy drobiazgową analizą projektu w celu jego sprawdzenia i wykrycia jego ewentualnych wad.” Jednocześnie Izba w pełni podziela stanowisko, wyrażone w przywołanym przez odwołującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. akt V ACa 442/13 z dn. 22 listopada 2013 r., odnoszące się wprost do postępowania przetargowego, zgodnie z którym „Przepis ten (przyp. art. 651 KC) nie może być nadto odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej”.*

Mając na uwadze powyższe izba nakazała zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że ryzyko związane z oceną prawidłowości dokumentacji **projektowej nie może być w całości przeniesione na wykonawcę. Dokonując modyfikacji projektu umowy w tym zakresie zamawiający powinien kierować się wytycznymi sformułowanymi w orzecznictwie w odniesieniu do przepisu art. 651 Kodeksu cywilnego.**

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia możliwości zastosowania zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności czy to wskazanej w art. 357<sup>1</sup> KC czy też 632 § 2 KC. Zauważyć również należy, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy dokonanie kompleksowego sprawdzenia dokumentacji przetargowej w taki sposób aby wykryć wszelkie sprzeczności, błędy czy niejasności, które mogą pojawić się dopiero na etapie projektowania lub realizacji robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe **Wykonawca wnosi o** wykreślenie §1 ust. 3 lit. a) oraz c) Umowy, względnie o zmodyfikowanie wskazanych postanowień umowy w ten sposób, że ryzyko związane z oceną prawidłowości dokumentacji projektowej oraz stanem terenu budowy i nieruchomości sąsiednich nie może być w całości przeniesione na wykonawcę. Dokonując modyfikacji projektu umowy w tym zakresie zamawiający powinien kierować się wytycznymi sformułowanymi w orzecznictwie w odniesieniu do przepisu art. 651 Kodeksu cywilnego.

2. Zamawiający w treści Umowy w:

- §6 ust. 1 pkt 37) Umowy - przerzuca na wykonawcę wszelkie inne czynności konieczne dla terminowego i należytego wykonania robót, w tym wykonanie dodatkowych badań, ekspertyz, uzyskania pozwoleń, na własny koszt.
- §6 ust. 2 pkt 1) Umowy - przerzuca na wykonawcę wszelkie wszelkie wydatki i koszty, – jakie zostaną poniesione w celu prawidłowego wykonania prac.
- §13 ust. 2 Umowy - przerzuca na wykonawcę wszelkie koszty towarzyszące,
- §13 ust. 3 Umowy - pozbawia wykonawcy uprawnienia do żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów robót budowlanych, za wyjątkiem sytuacji określonych w niniejszej umowie.

Przedmiotowe postanowienia umowne oraz treść PFU również w sposób nieprecyzyjny (nieostry) określają szereg wymogów po stronie Wykonawcy, a które uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie oferty. W tym zakresie Wykonawca podnosi i wywodzi jak w pkt 1 powyżej (tj. **wnosi o wykreślenie wskazanych postanowień umownych, względnie wnosi o ich modyfikację**).

3. W związku z pkt I oraz pkt II Wykonawca **wnosi o analogiczną modyfikację postanowień umowy**.

W zakresie przedmiotowych zmian należy mieć na uwadze w szczególności, ale nie wyłącznie §3 Umowy – dotyczący przedstawicieli Stron.

4. Ponadto, Zamawiający **uzależnia zapłatę, odbiór prac oraz rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji od bezusterkowego protokołu odbioru**.

Wskazać należy, że zgodnie z:

- §14 ust. 1 Umowy – Zamawiający uzależnił rozliczanie Stron od zatwierdzenia bezusterkowo protokołu odbioru,
- §14 ust. 8 Umowy – Zamawiający uzależnił uprawnienie wykonawcy do wystawienia faktury od zatwierdzenia bezusterkowo protokołu odbioru,
- §16 ust. 1 Umowy – Zamawiający uzależnił okres liczenia gwarancji rękojmi od zatwierdzenia bezusterkowo protokołu odbioru.

Wskazać należy, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dąży do uzależnienia szereg uprawnień Wykonawcy od odbioru „bez wad”. Zamawiający w żaden sposób nie rozgranicza wad na istotne i nieistotne, co jest wprost sprzeczne z regulacjami wynikającymi z przepisów dot. umowy o roboty budowlane.

W świetle art. 647 KC inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. *Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie*

nie tamuje całego procesu odbioru (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2020 r., KIO 781/20).

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 07 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12 wskazać należy, że: „W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.”.

Zakwestionowany zapis powoduje, że Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami przyznaje sobie możliwość ingerowania w czynność odbioru w sposób całkowicie arbitralny. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97 zaznaczyć należy, że: „z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.”. **Powyższe jednoznacznie wskazuje, że uprawnienia przyznane sobie przez Zamawiającego wykraczają poza możliwości ustawowego ukształtowania stosunku stron.**

Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 k.c.), a takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, za wyjątkiem art. 654 k.c.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wnosi o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

- §14 ust. 1 Umowy – Zamawiający przewiduje rozliczenia częściowe, nie częściej niż raz na kwartał. Fakturowanie odbywać się będzie według zaawansowania prac na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo- finansowego nie częściej raz na kwartał i odbioru końcowego.
  - §14 ust. 8 Umowy – Wykonawca wystawi faktury w ciągu 7 dni od dnia podpisania protokołu odbioru części lub całości przedmiotu umowy wraz z pisemnym oświadczeniem o braku zobowiązań wymagalnych do Wykonawcy w odniesieniu do nich z tytułu realizacji przedmiotowej inwestycji.
  - §6 ust. 1 Umowy Wykonawca udziela gwarancji (...) będzie liczony od daty podpisania protokołu odbioru robót częściowych zgodnie z dokumentacją i końcowego protokołu odbioru robót.
5. Wykonawca wnosi również o modyfikację zasad związanych z klauzulą waloryzacyjną. Zgodnie z § 13 ust. 5 pkt 3) Umowy – Zamawiający uprawnia do waloryzacji wynagrodzenia przy zastosowaniu średniej arytmetycznej ze wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy, o ile średnia arytmetyczna ze wskaźnika przekroczy 8%.

Ponadto, zgodnie z §13 ust. 5 pkt 7 Umowy – Zamawiający przewidział maksymalnie 16% waloryzację wynagrodzenia brutto. Przypomnieć należy, że czas trwania umowy przewidziany jest na okres ponad 2 lat.

*Zastosowane zapisy czynią obowiązkową waloryzację narzędziem iluzorycznym i nie odpowiadają realiom rynkowym. Zgodnie z art. 439 PZP w myśl założeń ustawodawcy wynagrodzenia wykonawców mają być urealnione w stosunku do zmieniających się warunków rynkowych realizacji zamówień z użyciem obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych. Dodatkowo bardzo wysoka wartość graniczna tj. 8% za okres 6 miesięcy również uniemożliwi przeprowadzenie rzetelnej waloryzacji w związku ze zmianą cen materiałów budowlanych.*

Wykonawca wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Wykonawca podnosi, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane z wzrostem swoich kosztów zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu one wystąpią.

Powyższą tezę potwierdzają głosy doktryny oraz uzasadnienie do ustawy PZP:

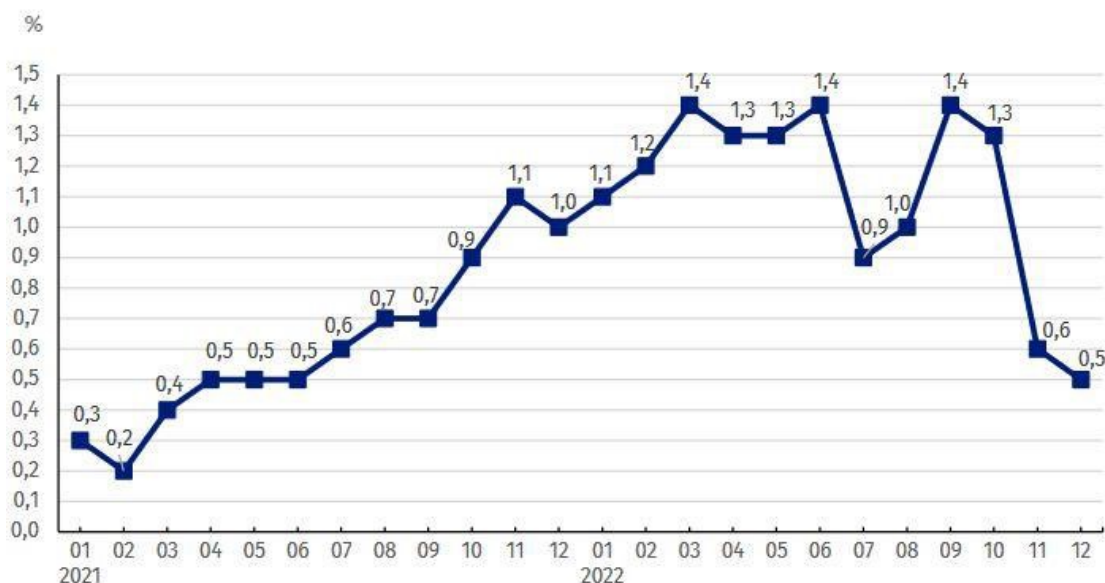
*„co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.”* – Komentarz do art. 439 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis.

Uzasadnienie projektu ustawy PZP – *„Wyraźnie wskazuje się, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyka pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.”* (druk sejmowy nr 3624).

Wykonawca wskazuje, że jego brzmienie jest wystarczające do uznania, że Zamawiający jedynie pozornie zrealizował obowiązek wynikający z przepisu art. 439 PZP.

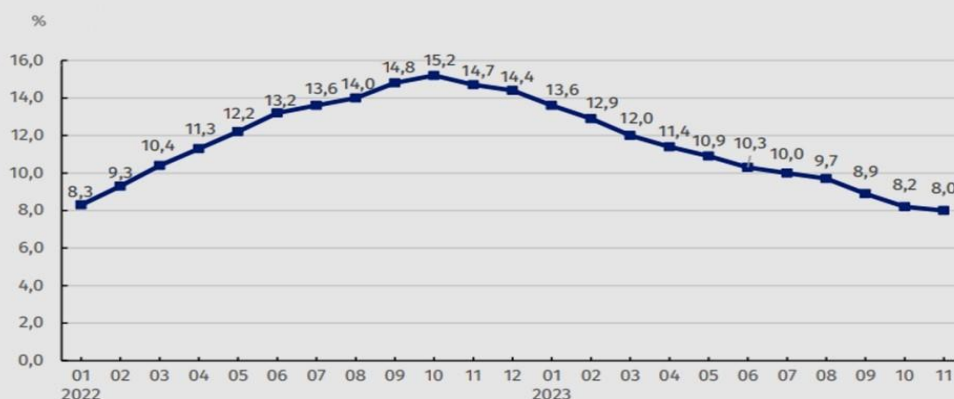
Celem zobrazowania skali problemu przyjętej przez Zamawiającego zbyt niskiej waloryzacji (nierealnej), Wykonawca wskazuje na wykresy zmiany cen produkcji budowlano-montażowej na przestrzeni kilku ostatnich lat.

**Wykres 1. Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2021-2022 w stosunku do okresu poprzedniego**





Wykres 2. Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2022-2023 w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego



Jak wynika z w/w informacji Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022r. w porównaniu do listopada 2022r. wyniósł 0,5%. Wartość wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej za okres od maja do grudnia 2022r. to 9,88 %. Z kolei, analizując stosunek zmiany ceny do analogicznego okresu roku poprzedniego (wykres 2), średnia zmiana ceny oscyluje w wysokości średnio 12%. Co znów ważne, realizację Zamówienia przewiduje się na ponad 2 lata, co daje logiczne podstawy by przyznać, że poziom zmiany ceny przekroczy znacznie powyżej 16%.

Dlatego więc, wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm „waloryzacji” jest oczywiście pozorny.

Podejście Zamawiającego do waloryzacji – faktyczne jej uniemożliwienie – jest także w ocenie Wykonawcy całkowicie nieracjonalne i sprzeczne z ratio legis przepisu art. 439 PZP i podejściem do umowy o realizację zamówienia publicznego jako partnerskiej współpracy obu stron a nie siłowego wymuszania jej realizacji przez stronę silniejszą (Zamawiającego) pomimo zmiany warunków. Waloryzacja bowiem wprowadzana jest w interesie obu stron, a szczególnie Zamawiającego.

Wykonawca podnosi, że kwestionowane postanowienie umowne było już przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3600/21. Zgodnie z przywołanym wyrokiem „klauszule 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 niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauszula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauszule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauszula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.”

Mając powyższe na uwadze, w tym obecnie utrzymujący się poziom inflacji **Wykonawca wnosi o modyfikację postanowień umownych** nadając im następujące brzmienie:

- §13 ust. 5 pkt 3) Umowy - Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy. Pierwszej waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku;
  - §13 ust. 5 pkt 4) Umowy - Kolejne waloryzacje wynagrodzenia dokonywane będą po upływie 6 miesięcy od dnia poprzedniej waloryzacji. Kolejnych waloryzacji wynagrodzenia dokonuje się na pierwszy dzień miesiąca kalendarzowego następującego po złożeniu wniosku, o ile Wykonawca lub Zamawiający wystąpi z wnioskiem o zmianę.
  - §13 ust. 5 pkt 7) Umowy - Łącznie zmiana wynagrodzenia Wykonawcy wynikająca z waloryzacji, o której mowa w pkt 1-5 powyżej, nie może przekroczyć w okresie obowiązywania niniejszej umowy wartości **20%** wynagrodzenia brutto ustalonego w § 13 ust. 1 niniejszej umowy;
6. Wykonawca podnosi, że przepisy ustawy PZP jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy.

Zgodnie zaś z art. 353<sup>1</sup> KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający **nie może swego prawa podmiotowego nadużywać** (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.).

7. Wykonawca podnosi, że rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353<sup>1</sup> KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC.

## V. **Zasadność rozpoznania niniejszego wniosku**

Wykonawca podnosi, że Zamawiający jest zobowiązany odnieść się do przedmiotowego wniosku, a to mając na względzie dobro prowadzonego postępowania oraz pomocniczo zasadę zawartą w art. 16 PZP, mimo iż doszło do upływu terminu.

Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo, gdzie dla przykładu należy wskazać wyrok z dnia 31 grudnia 2019 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 2555/19, zgodnie z którym „Z zestawienia art. 38 ust. 1 i ust. 1a (obecnie 135 ust. 5 PZP) ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika zakaz składania wniosku o wyjaśnienie po upływie połowy terminu składania ofert, ale to tylko, że jeśli wykonawca złoży wniosek po tym terminie, zamawiający nie jest zobowiązany do wyjaśnienia treści SIWZ. W takiej sytuacji **zamawiający powinien natomiast rozważyć, czy mając na względzie dobro prowadzonego postępowania oraz zasady zawarte w art. 7 ust. 1 (obecnie art. 16 PZP) Prawa zamówień publicznych odpowiedź powinna zostać udzielona.**”

Powyższe prowadzi do skutku, że w każdym przypadku Zamawiający mając na względzie zasadność dalszych uwag Wykonawcy, winien wziąć pod uwagę konieczność dokonania modyfikacji SIWZ, a tym bardziej że wątpliwości te mają istotny wpływ na prawidłowe skalkulowanie oferty.

\* \* \*

Dokonanie powyższych zmian w SWZ w znacznym stopniu przyczyni się do zachowania w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP, a w konsekwencji przełoży się na ilość ofert, które będą mogły zostać złożone w ramach niniejszego postępowania. Ponadto zaproponowane zmiany wpłyną na złożenie przez wykonawcy korzystniejszej oferty.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający informuje, iż pozostaje przy zapisach SWZ.**

**Zamawiający**

**z up. DYREKTORA  
Kierownik Działu Zamówień Publicznych  
Adam Strzyżewski**