

Warszawa, dnia 20 marca 2023 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Odwołujący: **ERBUD Spółka Akcyjna**
ul. Franciszka Klimczaka 1
02 – 797 Warszawa
KRS Nr 0000268667
tel.: 22 548 70 00
fax: 22 548 70 20
e – mail: lukasz.rapcewicz@erbud.pl ;
info@erbud.pl

reprezentowana przez: **radcę prawnego Łukasza Rapcewicz**
adres do doręczeń do pełnomocnika:
ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa
tel.: 22 548 70 00
fax: 22 548 70 20
e – mail: lukasz.rapcewicz@erbud.pl
(adres do korespondencji)

Zamawiający: **Gmina Miejska Przemyśl**
Rynek 1
37 – 700 Przemyśl
Tel.: +48 16 678 68 20, +48 16 675 20 72, +48
16 675 20 38
e-mail: kancelaria@um.przemysl.pl ;
przetarg@um.przemysl.pl

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „Budowa Kompleksu Basenów w Przemyślu” – Sygn. akt: ZP.271.3.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu: 2023/S 050-144630; Dz.U./S S50 10/03/2023 144630-2023-PL

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Wykonawcy – Spółki ERBUD S.A. (zwana dalej również „Odwołujący” lub „ERBUD S.A.” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”),

wnoszę niniejszym odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

- 1) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III.1.3), pkt 1.2) lit. b) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w zakresie doświadczenia (sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ);
 - 2) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 1) SWZ);
 - 3) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 2) SWZ);
 - 4) czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 3) SWZ);
 - 5) czynności ukształtowania konkretnych postanowień zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ).
- II. Ogłoszenie dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia **10 marca 2023 r.** Odwołujący uzyskał zatem informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego **w dniu 10 marca 2022 r.** W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.
- III. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzuca się:
- 1) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III.1.3), pkt 1.2) lit. b) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w zakresie doświadczenia (sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ)):
 - a) naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP (ewentualnie naruszenie art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4) i art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. PZP) poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
 - wymagania, aby Wykonawca posiadał zdolność techniczną w zakresie doświadczenia polegającą w szczególności na zrealizowaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w szczególności **„co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie basenu w zakresie**

wykonania niecki basenowej z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej minimum 100 m²”;

- 2) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 1) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- ustalenia, że okres referencyjny punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej wynosi **„5 lat przed upływem terminu składania ofert”**;
 - ustalenia, że obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej (tj. podlegające ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej **„z ruchomym dnem”**;
- 3) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 2) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:
- ustalenia, że okres referencyjny punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) wynosi **„5 lat przed upływem terminu składania ofert”**;
 - ustalenia, że obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) (tj. podlegające ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej **„z ruchomym dnem”**;
- 4) w odniesieniu do czynności ukształtowania w treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 3) SWZ):
- a) naruszenie art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także naruszenie art. 16 pkt 1), 2), 3) PZP poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, w zakresie:

- ustalenia, że okres referencyjny punktowanego w ramach oceny ofert doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlane wynosi **„5 lat przed upływem terminu składania ofert”**;
 - ustalenia, że obiekty pozwalające uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlane (tj. podlegające ocenie i punktacji w ramach kryteriów oceny ofert) muszą posiadać basen o niece ze stali nierdzewnej **„z ruchomym dnem”**;
- 5) w odniesieniu do czynności polegających na ukształtowaniu konkretnych postanowień zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ):
- a) naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w § 21 ust. 1 pkt 5) Projektowanych Postanowień Umowy, że „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia **o co najmniej 15 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów w dniu składania ofert** – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę”;
 - b) naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w § 21 ust. 2 pkt 4) Projektowanych Postanowień Umowy, że „Zmiany, o których mowa w ust. 1 będą wprowadzane według następujących zasad: w sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia **powyżej 15%** Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy”;
 - c) naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w § 21 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy, że „Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to **5% wynagrodzenia** za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 **to 2% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3.**”.

IV. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Wykonawcy ERBUD S.A. wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w zakresie doświadczenia, wskazanego w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia (sekcja III.1.3), pkt 1.2) lit.b) Ogłoszenia) i w treści specyfikacji warunków zamówienia (sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ) w ten sposób, że sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ (i odpowiednio Ogłoszenie o zamówieniu) otrzyma nową następującą treść: **„co**

- najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie basenu w zakresie wykonania niecki basenowej z ruchomym dnem”;**
- 2) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 1) SWZ) w ten sposób, że wskazany zapis otrzyma następującą treść:
„doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej. Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:
a) 2 dokumentacje - 0 pkt,
b) 3 dokumentacje - 5 pkt,
c) 4 dokumentacje lub więcej -10 pkt.”;
- 3) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 2) SWZ) w ten sposób, że wskazany zapis otrzyma następującą treść:
„doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej). Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:
a) 2 dokumentacje - 0 pkt,
b) 3 dokumentacje - 5 pkt,
c) 4 dokumentacje lub więcej -10 pkt.”;
- 4) zmiany kryteriów i sposobu oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (pkt XXXVII pkt 6. ppkt 3) SWZ) w ten sposób, że wskazany zapis otrzyma następującą treść:
„doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ilość pełnionych funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej:
a) kierowanie 1 budową - 0 pkt,
b) kierowanie 2 budowami - 5 pkt,
c) kierowanie 3 budowami i więcej -10 pkt.”;
- 5) zmiany Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) w ten sposób, że:
a) § 21 ust. 1 pkt 5) Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. „zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o co najmniej 2,5 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów w dniu składania ofert”;
b) § 21 ust. 2 pkt 4) Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. „w sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 2,5% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy;”
c) § 21 ust. 5 Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą

treść, tj. „Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to **20%** wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 to **20%** wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3.”.

- V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a także zasady punktowania i oceny ofert w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia. To utrudnia przygotowanie i złożenie w przedmiotowej sprawie oferty, a także utrudnia uzyskanie dobrej punktacji oferty w ramach oceny ofert. Nadto takie ukształtowanie wskazanych zapisów prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy potencjalnie mający zdolność techniczną i zawodową pozwalającą prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia i dający rękojmię prawidłowej realizacji wskazanego zadania inwestycyjnego nie będą mogli złożyć ofert z uwagi na wskazanie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego i nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto wykonawcy nie byłiby narażeni na negatywne konsekwencje wynikające z nieuprawnionego ukształtowania przez Zamawiającego zasad oceny ofert i przyznawania punktów. W przypadku uwzględnienia odwołania usunięte zostałyby ww. nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego. W konsekwencji także Odwołujący nie byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków bezpodstawnego ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu, czy skutków niezgodnego z przepisami ustalenia zasad oceny i punktowania ofert, albowiem w perspektywie potencjalnie skutkować to może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu potencjalnie złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.
- VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.
- VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymaganych dla wykazania doświadczenia inwestycji referencyjnych (sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ) m.in. w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w zakresie wskazanym w zarzutach sformułowanych na wstępie

niniejszego odwołania. Takie sformułowanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w praktyce oznacza, że udziału w postępowaniu zostaną pozbawieni także wykonawcy dający Zamawiającemu realną rękojmię prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Nadto Zamawiający w sposób m.in. nadmierny i nieuzasadniony ukształtował zasady oceny i punktowania ofert (kryteria oceny ofert i przyznawania punktów) w postępowaniu przetargowym. Prowadzi to potencjalnie do możliwości pozyskania zamówienia wyłącznie przez podmiot, który spełnia wyszukane i nadmierne oczekiwania Zamawiającego, a nie taki, który dając rękojmię należytego wykonania zamówienia, spełnia obiektywne i dopuszczalne kryteria oceny i punktowania.

Dodatkowo sporządzony przez Zamawiającego projekt umowy jest w konkretnych postanowieniach niezgodny z obowiązującymi przepisami.

I.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu powinny zostać określone w sposób minimalny zapewniający Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a przy tym proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to m.in. art. 112 ust. 1 PZP, zgodnie z którym, „*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*”. Wskazane warunki powinny zatem zostać określone przez Zamawiającego w sposób, które zabezpieczy go przed dostępem do postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym sformułowane warunki udziału w postępowaniu nie powinny jednak prowadzić do ograniczenia dostępu do postępowania podmiotom obiektywnie dającym Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO. Jak przykładowo KIO wskazała m.in. w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2022 r. (sygn. akt KIO 1138/22), „*Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności, co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości określonych przez zamawiającego.* (...). Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji.”. Zgodnie zaś z uzasadnieniem wyroku KIO z 16 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1500/19), „*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu *w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia* oraz w sposób umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych *poprzez minimalny poziom.* Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu.”. Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z 23 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 550/20) wskazała, że „(...) zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe *w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia* oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, *w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*”.

II.

Zamawiający w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przy tym bardzo szczegółowo i kazuistycznie opisuje inwestycje referencyjne wymagane dla doświadczenia wykonawcy, w szczególności wskazując, jaką powierzchnię minimalną powinno mieć dno o powierzchni ruchomej w niecce basenu referencyjnego (sekcja XXIX pkt 4) ppkt b) tiret drugi SWZ).

Wykonawca wskazuje, że w odniesieniu do obiektów referencyjnych wykonywanych z zastosowaniem konkretnej technologii wymaganych przez Zamawiającego (wykonanie dna o powierzchni ruchomej) takie same doświadczenie w praktyce mieć będzie wykonawca, który np. wykonał basen posiadający nieckę z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej 100 m², jak i podmiot, który wykonał basen posiadający nieckę z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej np. 20 m² lub 50 m². **Kluczowa jest bowiem w tym przypadku konkretna technologia wykonania robót (niecka basenowa z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej), a nie wielkość powierzchni ruchomej, która sama w sobie w tym przypadku nie przekłada się na konkretne zwiększone doświadczenie Wykonawcy.** Taki wniosek jest tym bardziej uprawniony, że do tego, aby prawidłowo wykonać basen posiadający nieckę basenową z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej, nie jest koniecznym, aby w obiekcie referencyjnym niecka posiadała ruchome dno o powierzchni ruchomej minimum 100 m². **Niecka basenowa z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej jest bowiem tak samo wykonywana niezależnie od tego, jaką powierzchnię ruchomą ma dno na konkretnej realizacji.** Jeżeli Wykonawca wykona wskazaną nieckę z ruchomym dnem o mniejszej powierzchni ruchomej, to wykona ją także i o powierzchni większej. Większa powierzchnia ruchoma nie przekłada się bowiem na zwiększoną umiejętność (zdolność) prawidłowego wykonania danej technologii. W obu wskazanych przypadkach (tj. zarówno w przypadku wykonania niecki basenowej z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej 100 m², jak i mniejszej) Wykonawca posiadał będzie doświadczenie wystarczające i adekwatne do prawidłowego wykonania przedmiotu niniejszego postępowania przetargowego. Wzrost powierzchni ruchomego dna nie wiąże się ze zmianą systemu (technologii), a jedynie z wykonaniem kolejnych powtarzalnych segmentów i elementów: większa ilość siłowników, większa łączna długość lin, większa ilość siedzisk łączących i siedzisk krążków, większa powierzchnia poszycia dna itd. Jednocześnie połączenie przez Zamawiającego obu wskazanych wymogów w ramach jednej inwestycji referencyjnej (niecka basenowa z ruchomym dnem o powierzchni ruchomej + powierzchnia ruchoma minimum 100 m²) prowadzi do tego, że wskazane wymagane zadanie referencyjne jest opisane nadmiernie szczegółowo i kazuistycznie. W konsekwencji prowadzi to do nadmiernego ograniczenia dostępu do postępowania przetargowego dla wykonawców obiektywnie mających możliwość i dających rękojmię prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego, i jako takie wymaga zmiany zgodnie z żądaniem niniejszego odwołania.

III.

Powyższe wnioski wynikają również z orzecznictwa KIO, także tego wydanego na gruncie poprzedniej ustawy PZP, ale aktualnego również na gruncie aktualnych przepisów. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 3 lipca 2020 r. (sygn. akt: KIO 1001/20) wskazała, że „warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi doświadczeniem gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.”. Jak zaś wskazał WSA w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2020 r. (sygn. akt III SA/Łd 518/19), „Opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności oraz warunkami realizacji przedmiotu zamówienia i być w stopniu adekwatnym do zamówienia. **Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może zatem - respektując wymóg zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - w**

ogłoszeniu o zamówieniu - wprowadzać warunków, w istocie rzeczy eliminujących z możliwości ubiegania się o to zamówienie szerokiego kręgu potencjalnych wykonawców, co odnosi się w szczególności do stawiania warunków nieadekwatnych, niekoniecznych w relacji do przedmiotu zamówienia.”.

Nadto wskazać należy, że wymogi co do inwestycji referencyjnych nie powinny w istocie stanowić powtórzenia przedmiotu aktualnego postępowania przetargowego. Potwierdza to także KIO, która przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 23 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 550/20) wskazała, że *„Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji.”.*

IV.

A.

Nieuzasadnione jest wymaganie przez Zamawiającego, aby okres referencyjny wymagany w ramach kryterium oceny ofert do uzyskania punktów za doświadczenie osób wskazanych do funkcji projektantów (sekcja XXXVII pkt 6. ppkt 1), 2) SWZ) wynosił 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a nadto aby punktowne doświadczenie wskazanych osób wynikać mogło w szczególności z obiektów, które muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem.

Wykonawca zwraca uwagę, że obiekty basenowe są obiektami projektowanymi i wykonywanymi w małych ilościach. Nawet osoba projektująca wskazane obiekty może przecież w międzyczasie zajmować się projektowaniem także innych obiektów. Nie pozbawia to jednak wskazanej osoby doświadczenia nabytego w odniesieniu do projektowania obiektów basenowych. Jednocześnie oczekiwanie, że wskazana osoba będzie posiadać większą liczbę inwestycji referencyjnych w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, oznacza w praktyce, że wskazany projektant miałby się zajmować praktycznie wyłącznie projektowaniem referencyjnych obiektów basenowych. W praktyce jest to zatem nieuprawnione ograniczanie dostępu i możliwości uzyskania zamówienia przez podmioty obiektywnie mające możliwość prawidłowego wykonania zamówienia.

Powyższe oznacza, że okres referencyjny wskazany przez Zamawiającego w niniejszej sprawie dla przyznawania punktów w ramach oceny ofert za doświadczenie wskazanych osób jest obiektywnie zbyt krótki. W tej sytuacji racjonalnym jest wydłużenie wskazanego okresu referencyjnego wymaganego dla doświadczenia punktownego w ramach oceny ofert zgodnie z żądaniami odwołania (tj. 10 lat przed upływem terminu składania ofert).

B.

Kolejną istotną kwestią jest to, że Zamawiający niezasadnie wymaga, aby inwestycje referencyjne punktowne w ramach oceny ofert dla kryterium doświadczenia projektantów dotyczyły obiektów, które muszą posiadać w szczególności basen o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem. Wykonawca zwraca uwagę, że technologia „ruchomego dna” jest tylko jedną z technologii, ale nie jedyną technologią wykonywania obiektów basenowych. Wskazana technologia jest wykonywana z wykorzystaniem podwykonawców specjalizujących się w projektowaniu i wykonywaniu rozwiązań technologii basenowych, którzy przedstawiają gotowe technologie wykonania robót możliwe do kompleksowego wykorzystania w przygotowywanym projekcie.

Wykonawca zwraca uwagę, że pełnienie funkcji projektanta oznacza przede wszystkim realizację obowiązków wynikających z ustawy Prawo Budowlane (w szczególności obowiązków wskazanych w art. 20 tej ustawy). Ewentualne wyposażenie dodatkowe basenu w ruchome dno nie wpływa na ten zakres obowiązków oraz charakter wykonywanych zadań. Wyposażenie basenu w system ruchomego dna jest elementem opcjonalnym, wykonywanym na życzenie inwestora i tak jak inne atrakcje, wykonywane (także w zakresie kompleksowej technologii) jest przez specjalistyczne firmy podwykonawcze i nie wiąże się to bezpośrednio z realizacją obowiązków przewidzianych dla projektanta. Rola projektanta sprowadza się do realizacji obowiązków wynikających w szczególności z przepisów ustawowych. Projektowanie obiektu basenowego z ruchomym dnem nie różni się zasadniczo od projektowania obiektu bez ruchomego dna (proponowaną technologię do możliwego zastosowania w ramach projektu dostarcza podwykonawca wskazanej atrakcji, a rola projektanta sprowadza się w istocie do skoordynowania tej technologii z pozostałą częścią projektu). Z uwagi na powyższe należy uznać jako niecelowe, a przy tym nadmierne i promujące w sposób niezasadny i nieproporcjonalny do okoliczności sprawy konkretne osoby posiadające specyficzne i kazuistyczne doświadczenie wymaganie, aby punktowane doświadczenia referencyjne projektantów dotyczyły obiektów, które muszą posiadać w szczególności basen o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem.

Powyższe oznacza, że zasadnym jest dokonanie zmiany sposobu oceny ofert i punktowania we wskazanej kwestii w ten sposób, że punktowanie doświadczenia projektantów nie powinno wynikać z realizacji zadań referencyjnych obejmujących projektowanie krytej pływalni w szczególności ze stali nierdzewnej **z ruchomym dnem**, a nadto uzasadnione jest zmodyfikowanie (wydłużenie) okresu referencyjnego.

V.

A.

Nieuzasadnione jest oczekiwanie przez Zamawiającego, aby okres referencyjny wymagany w ramach kryterium oceny ofert do uzyskania punktów za doświadczenie osoby wskazanej do funkcji kierownika budowy wynosił 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a nadto aby punktowane doświadczenie wskazanych osób wynikać mogło w szczególności z obiektów, które muszą posiadać basen o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem.

Wykonawca zwraca uwagę, że okres realizacji zadań inwestycyjnych polegających na realizacji (budowie) obiektów basenowych jest z reguły długi z uwagi na technologię i specyfikę wykonywania wskazanych obiektów, a także z uwagi na rodzaje i charakter robót wykonywanych celem wykonania wskazanego obiektu. **Nawet w niniejszej sprawie Zamawiający na wykonanie przedmiotu umowy przewiduje okres 950 dni od dnia podpisania umowy (wg projektowanych postanowień umowy), co oznacza ok. 2,5 roku na realizację tylko jednego zadania inwestycyjnego.**

Nadmienić przy tym należy, że osoba zdobywająca doświadczenie może realizować konkretne zadania inwestycyjne (o wysokiej wartości i zwiększonej ilości robót), które są realizacjami rozłożonymi na długi okres czasu. W konsekwencji wskazana osoba posiadać będzie ilościowo mniej inwestycji referencyjnych zrealizowanych w takim samym czasie referencyjnym, co osoba realizująca więcej inwestycji krótkoterminowych o mniejszej wartości. Nie oznacza to jednak, że wskazana osoba powinna być po zrealizowaniu pewnej liczby inwestycji referencyjnych traktowana jako osoba mająca mniej wartościowe doświadczenie niż osoba, która zrealizowała więcej inwestycji np. krótkoterminowych o mniejszej wartości.

Nadto wskazać także należy, że osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika budowy może przecież w międzyczasie realizować również zadania inwestycyjne o innym

charakterze i parametrach niż wskazane obiekty referencyjne. Obiekty referencyjne o parametrach wymaganych przez Zamawiającego i obiekt, którego dotyczy niniejsza sprawa, są bowiem obiektami, które są realizowane na rynku w ograniczonych ilościach. Nie oznacza to jednak, że kierownik budowy, który np. w międzyczasie zrealizował obiekty o innym charakterze, powinien mieć z tego tytułu niżej punktowane doświadczenie tylko dlatego, że wymagana przez Zamawiającego ilość obiektów referencyjnych wykonał w dłuższym okresie czasu. Przecież wskazana osoba w takiej sytuacji nie tylko nie utraciła nic z nabytego doświadczenia, ale co więcej, nabyła doświadczenie potencjalnie rozszerzające jej umiejętności i doświadczenie zawodowe.

Aktualnie wskazane przez Zamawiającego zasady oceny i przyznawania punktów za doświadczenie kierownika budowy oznaczają, że według wymagań Zamawiającego maksymalnie oceniany kierownik budowy musiałby pełnić taką funkcję praktycznie tylko i wyłącznie na referencyjnych obiektach, co w praktyce zdarza się bardzo rzadko i nie powinno determinować wyboru konkretnego wykonawcy. Taki sposób oceny ofert premiuje w praktyce osoby o wyjątkowym doświadczeniu, czego jednak nie uzasadnia przedmiot niniejszego postępowania przetargowego ani charakterystyka obiektu przewidzianego w niniejszej sprawie do wykonania.

Powyższe oznacza, że okres referencyjny wskazany przez Zamawiającego w niniejszej sprawie dla przyznawania punktów w ramach oceny ofert za doświadczenie kierownika budowy jest obiektywnie zbyt krótki. W tej sytuacji racjonalnym jest wydłużenie wskazanego okresu referencyjnego wymaganego dla doświadczenia punktowanego w ramach oceny ofert zgodnie z żądaniami odwołania (tj. 10 lat przed upływem terminu składania ofert).

B.

Kolejną istotną kwestią jest to, że Zamawiający niezasadnie wymaga, aby inwestycje referencyjne punktowane w ramach oceny ofert dla kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej dotyczyły obiektów, które muszą posiadać w szczególności basen o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem. Wykonawca zwraca uwagę, że technologia „ruchomego dna” jest jedną z technologii, ale nie jedyną technologią wykonywania obiektów basenowych. Wskazana technologia jest jedną z alternatyw możliwych do zastosowania w ramach wykonywania obiektów basenowych. Wskazana technologia jest wykonywana z reguły z wykorzystaniem podwykonawcy oferującego w ramach swoich specjalizacji wykonanie takich robót, jednak wskazane roboty nie uzasadniają przypisywania im waloru rzutowania na doświadczenie kierownika budowy oceniane i punktowane w ramach oceny ofert.

Wskazać należy, że pełnienie funkcji kierownika budowy oznacza przede wszystkim realizację obowiązków wynikających z ustawy Prawo Budowlane (w szczególności obowiązków wskazanych w art. 22 tej ustawy). Ewentualne wyposażenie dodatkowe basenu w ruchome dno nie wpływa na zakres obowiązków oraz charakter kierowanej budowy. Wyposażenie basenu w system ruchomego dna jest elementem opcjonalnym, wykonywanym na życzenie inwestora tak jak inne atrakcje, a nadto wykonywane jest przez specjalistyczne firmy podwykonawcze i nie wiąże się bezpośrednio z realizacją obowiązków przewidzianych dla kierownika budowy. Gdyby Zamawiający organizował przetarg wyłącznie na wykonanie niecek basenowych, to podobne kryterium byłoby potencjalnie uzasadnione w odniesieniu do dostawcy tego elementu. Rola kierownika budowy przy realizacji obiektów basenowych sprowadza się jednak do realizacji obowiązków wynikających w szczególności z przepisów ustawowych oraz obowiązków organizacyjnych związanych z bieżącym prowadzeniem budowy (m.in. zapewnianie frontu robót podwykonawcy, koordynacja międzybranżowa prac podwykonawców, nadzór BHP, nadzór nad przestrzeganiem realizacji harmonogramów rzeczowo – finansowych). Kierownik budowy ani nie realizuje bezpośrednio

wykonania ruchomego dna, ani też wykonywanie tych robót nie jest istotą jego obowiązków. Budowa niecek basenowych i technologii basenowej w obiekcie z ruchomym dnem nie różni się zasadniczo od wykonania tych elementów w obiekcie bez ruchomego dna. Nie jest też możliwe, aby to wykonawca basenu i jego kierownik budowy mieli wpływ na wybór tego, czy realizowana przez nich kryta pływalnia jest wyposażona w ruchome dno. Stąd też nie jest możliwe planowe uzyskiwanie doświadczenia kierownika budowy przez uczestnictwo tylko w realizacjach basenowych zawierających ruchome dno. Z uwagi na powyższe należy uznać wskazane kryterium jako niecelowe, a przy tym nadmierne i promujące w sposób niezasadny i nieproporcjonalny do okoliczności sprawy konkretne osoby posiadające specyficzne i kazuistyczne doświadczenie.

Powyższe oznacza, że zasadnym jest dokonanie zmiany sposobu oceny ofert i punktowania we wskazanej kwestii w ten sposób, że punktowanie doświadczenia kierownika budowy nie powinno wynikać z realizacji zadań inwestycyjnych obejmujących realizację basenu posiadającego w szczególności **ruchome dno**, a nadto uzasadnione jest zmodyfikowanie (wydłużenie) okresu referencyjnego.

VI.

Wykonawca wskazuje, że zaproponowane przez Zamawiającego w Projektowanych Postanowieniach Umowy konkretne zapisy dot. waloryzacji (wskazane w zarzutach niniejszego odwołania) prowadzą do tego, że wskazane klauzule waloryzacyjne faktycznie nie spełniają przewidzianej dla nich roli wynikającej z obowiązujących przepisów.

Wykonawca zwraca uwagę, że celem wprowadzania do umowy klauzul waloryzacyjnych jest konieczność zapewnienia w umowie mechanizmów mających na celu zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w trakcie jej wykonywania. Jak przykładowo zostało wskazane w komentarzu do PZP pod red. Jaworska 2022, wyd. 3, *„Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennych cen i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych.”*

Powyższe oznacza, że zapisy klauzul waloryzacyjnych powinny mieć charakter umożliwiający realne (a nie wyłącznie pozorne) zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy o roboty budowlane.

Wykonawca wskazuje, że w aktualnym czasie na rynku materiałów i usług budowlanych następują gwałtowne wahania cenowe, skutkujące zwłaszcza podwyższeniem kosztów realizacji zadań inwestycyjnych. Wskazane wahania są wynikiem takich okoliczności, jak w szczególności konsekwencje wystąpienia nadzwyczajnego i nieprzewidywanego wzrostu cen surowców, paliw energii, gazu (najwyższy od 13 lat), najwyższej od ok. 20 lat inflacji, a w ostatnim okresie czasu także negatywnych skutków prowadzenia przez Federację Rosyjską działań wojennych na terenie Ukrainy.

Wykonawca zwłaszcza zwraca uwagę, że w szczególności w związku z prowadzeniem przez Federację Rosyjską działań wojennych na terenie Ukrainy:

- nastąpiło wstrzymanie/przerwanie łańcuchów dostaw materiałów/urządzeń/produktów niezbędnych na potrzeby realizacji zadań inwestycyjnych (ewentualnie komponentów i surowców niezbędnych do ich wykonania) z terenu Ukrainy (w rezultacie prowadzenia działań wojennych na terenie tego państwa) oraz z terenu Rosji i Białorusi (w rezultacie objęcia

- wskazanych krajów sankcjami), czego konsekwencją (ze względu m.in. na ograniczenie podaży) jest wzrost cen materiałów/urządzeń/produktów niezbędnych na potrzeby realizacji zadań inwestycyjnych;
- nastąpił wyjazd znacznej części pracowników pochodzących z Ukrainy na Ukrainę celem udziału w działaniach wojennych prowadzonych aktualnie na terenie tego państwa, czego konsekwencją (ze względu m.in. na ograniczenie liczby pracowników i wynikające z tego ograniczenia osobowe) jest wzrost cen robót budowlanych u podwykonawców (ze względu na ograniczenie liczby pracowników) i usług związanych z realizacją robót budowlanych (m.in. ograniczenie produkcji i w konsekwencji ograniczenie dostaw materiałów/urządzeń/produktów).

Wykonawca przypomina także, że podobne okoliczności wystąpiły wcześniej w związku z epidemią COVID-19, tj. w szczególności nastąpiło wstrzymanie/przerwanie łańcuchów dostaw materiałów/urządzeń/produktów niezbędnych na potrzeby realizacji zadań inwestycyjnych (ewentualnie komponentów i surowców niezbędnych do ich wykonania), czego konsekwencją (ze względu m.in. na ograniczenie podaży) jest m.in. wzrost cen materiałów/urządzeń/produktów niezbędnych na potrzeby realizacji zadań inwestycyjnych.

Wykonawca podkreśla, że w związku z dynamiką zmian cenowych na rynku materiałów i usług budowlanych często nie ma aktualnie realnej możliwości zastrzeżenia u podwykonawców, dostawców i usługodawców stałych cen na moment faktycznego wykonywania konkretnych zakresów robót/dostaw/usług. Podwykonawcy, dostawcy, usługodawcy dostrzegając dynamikę wzrostu cen materiałów i usług budowlanych nie wyrażają bowiem woli ustalania wynagrodzeń i cen na stałym poziomie na przyszłość. Co więcej, w przypadku wielu materiałów i usług ceny są w praktyce ustalane przez podwykonawców, dostawców i usługodawców na bieżąco jako tzw. „ceny dnia” i praktycznie nie ma możliwości ich negocjowania (z uwagi na ograniczoną podaż wskazanych materiałów i usług).

Wykonawca zwraca uwagę, że niniejsze postępowanie przetargowe dot. realizacji wartej według wstępnych ogólnych kalkulacji nawet kilkadziesiąt milionów złotych. To oznacza, że zaskarżone zapisy Projektowanych Postanowień Umowy obciążają Wykonawcę ryzykiem ekonomicznym wzrostu ceny materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia wynoszącym co najmniej 15% (waloryzacja jest bowiem dopuszczalna w przypadku wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 15%). To w praktyce w niniejszej sprawie oznacza ryzyko ekonomiczne warte co najmniej kilka lub nawet kilkanaście milionów złotych. Tak wysokie progi procentowe wymagane dla potencjalnej waloryzacji w praktyce oznaczają, że wynagrodzenie Wykonawcy będzie niezmiennie nawet w sytuacji, gdy jakiegokolwiek czynniki zewnętrzne i niezależne od Wykonawcy, faktycznie zmniejszą wartość tego wynagrodzenia Wykonawcy, co czynić je będzie nieekwiwalentnym w stosunku do przedmiotu świadczenia i skutkować będzie ponoszeniem przez Wykonawcę na bieżąco strat finansowych (także potencjalnie rażącej straty na realizacji zadania inwestycyjnego). Mając na uwadze, że wskaźniki cen produkcji budowlano – montażowej zgodnie z danymi GUS odnotowują dynamiczne wzrosty w ujęciu miesiąc do miesiąca, nie jest uzasadnione wskazanie tak wysokiego progu dopuszczającego ewentualną waloryzację, albowiem w praktyce nie uwzględnia to występującego na rynku realnego wzrostu cen i kosztów. W konsekwencji oznacza to przeniesienie na wykonawcę faktycznego ciężaru ekonomicznego wzrostu kosztów realizacji inwestycji.

Dostosowania do aktualnych realiów rynkowych wymaga również wysokość maksymalnego dopuszczalnego poziomu waloryzacji umownej (aktualnie poziom ten wynosi 2% wartości Umowy). Już tylko porównanie wskazanego górnego progu waloryzacji do aktualnego poziomu inflacji prowadzi do wniosku, że wskazany górny próg waloryzacji całkowicie nie przystaje do aktualnego poziomu inflacji. Wskazany wniosek jest tym bardziej

uprawniony, że realizacja zadania inwestycyjnego w niniejszej sprawie jest przewidywana na 950 dni od podpisania umowy. To oznacza, że Wykonawca będzie narażony na oddziaływanie wysokiej inflacji przez ok. 2,5 roku i przy inflacji wynoszącej kilkanaście procent rok do roku oznacza to w praktyce obciążenie Wykonawcy ryzykiem ekonomicznym wynoszącym co najmniej kilkanaście procent wartości umowy i co najmniej kilka lub kilkanaście milionów złotych.

Jak wskazała KIO przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22), „*Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.*”. Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z 25 października 2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22) wskazała, że „*Zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% , rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, oraz mając na uwadze, że okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy (...).*”.

Powyższe oznacza, że aktualnie ukształtowana treść klauzuli waloryzacyjnej jest sprzeczna z istotą i celem przepisów art. 439 PZP oraz naturą zawartego stosunku prawnego, w sytuacji gdy wyklucza zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty. Zgodnie z art. 439 ust. 2 PZP zamawiający ma swobodę w określeniu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia i zasad waloryzacji, **ale wskazana swoboda nie powinna prowadzić do wypaczenia celu wskazanej regulacji.** Zamawiający, kształtując Projektowane Postanowienia Umowy w sposób zaskarżony w niniejszym odwołaniu, naruszył przepisy wskazane w postawionych zarzutach w sposób tam wskazany.

W powyższych okolicznościach zaskarżone w niniejszym odwołaniu konkretne zapisy klauzul waloryzacyjnych w praktyce nie zapewniają ochrony Wykonawcy, nie zapewniają zachowania równowagi ekonomicznej stron umowy o roboty budowlane, ale obciążają wykonawcę negatywnymi skutkami ekonomicznymi wahań występujących aktualnie na rynku materiałów i usług budowlanych. W konsekwencji zasadnym jest dokonanie zmian wskazanych projektowanych postanowień Umowy w sposób wskazany w żądaniach (wnioskach) niniejszego pisma.

W powyższych okolicznościach zasadne jest postawienie zarzutów i dokonanie zmian zgodnie z wnioskami przedstawionymi na wstępie niniejszego pisma.

VII.

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania. W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania daleko idących modyfikacji.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

RADCA PRAWNY
Lukasz Rapcewicz
Lukasz Rapcewicz
Nr wpisu WA-8454

Załączniki:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od ERBUD S.A. dla pełnomocników;
3. informacja z KRS dot. ERBUD S.A.;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
5. 2 odpisy pełnomocnictwa z informacją z KRS dot. ERBUD S.A.