

Sygn. akt: KIO 1380/18
KIO 1384/18

WYROK
z dnia 30 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Beata Pakulska – Banach
Aleksandra Patyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2018 r. przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska S.A.**, z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1380/18) oraz **Mosty Łódź S.A.**, z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 1384/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin oraz Szczecińską Energetykę Ciepłą sp. z o.o.**, z siedzibą w Szczecinie,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt: KIO 1380/18:

1. Umarza postępowanie w następującym zakresie:

- 1.1 zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a3) i a4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 1.2 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z art. 31 ustawy Pzp w zakresie posiadania przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych, dysponowania prawami zależnymi oraz zezwoleniami na wykonywanie praw zależnych do utworów w postaci projektów wskazanych w §3 ust. 3 pkt 1) lit. a) tiret 2 i 3 (załącznik nr 13 i 14 do PFU) jak i pozostałych utworów wskazanych w załączniku nr 12 do programu funkcjonalno – użytkowego;
- 1.3 zarzutu naruszenia art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z §22 ust. 7 i ust. 13 Umowy 2a oraz Umowy 2b w zakresie zobowiązania wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej limit określony ustawą Pzp;
- 1.4 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z §19 ust. 12 Umowy 2a i Umowy 2b w zakresie bezusterkowego odbioru częściowego;
- 1.5 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z art. 487 §2 kodeksu cywilnego w zakresie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto;
- 1.6 zarzutu naruszenia art. 83 ustawy z dnia 2 lutego 2003 r. Prawa upadłościowego w zw. z §25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b w zakresie prawa zamawiającego do odstąpienia od umów;
- 1.7 zarzut naruszenia art. 225 ust. 1, art. 247 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne w zw. z §25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b w zakresie uprawnienia zamawiającego do odstąpienia do umów;

2. Uwzględnia odwołanie w następującym zakresie:

- 2.1. nakazuje zamawiającemu wskazanie w §8 ust. 2 w zw. z §10 ust. 5 Umowy 2a oraz Umowy 2b, iż wytyczne zamawiającego przekazywane wykonawcy w toku realizacji zamówienia muszą wynikać z informacji zawartych w programie funkcjonalno – użytkowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2.2. nakazuje zamawiającemu wprowadzenie w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzorach umów obowiązku udostępnienia przez Zamawiającego jako załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia aktualnego na dzień składania ofert Podręcznika licencyjnego dla klubów Ekstraklasy;
- 2.3. nakazuje zamawiającemu wykreślenie w §6 ust. 5 Umowy 2a następujących zapisów *„Zamawiający zastrzega możliwość jednostronnej zmiany podziału ww. kwot, w szczególności w wypadku zmiany warunków Dofinansowania. W wypadku zmiany ww. kwot Wykonawca zobowiązany jest dostosować plan płatności do dokonanych zmian. Zmiana środków podziału nie stanowi zmiany Umowy”*.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1384/18:

4. Uwzględnia odwołanie w następującym zakresie:

- 4.1. Rozdział V ust. 2 ppkt 1 lit. a3) oraz pkt III.1.2) a) A3 ogłoszenia o zamówieniu - nakazuje wykreślenie dotychczasowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówienia i wprowadzenie postanowień o obowiązku wykazania się przez wykonawcę średnim wskaźnikiem rentowności ze sprzedaży netto (return of sale, ROS) z ostatnich trzech lat obrotowych obliczonym zgodnie ze wzorem: $ROS = (\text{zysk netto za sprzedaży/przychody netto ze sprzedaży}) * 100\%$, a jeżeli okres prowadzonej działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego – w okresie prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 2%, z zastrzeżeniem, że w żadnych z ostatnich trzech lat obrotowych wskaźnik rentowności sprzedaży netto nie może być niższy niż 0%.

5. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

6. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Gminę Miasto Szczecin oraz Szczecińską Energetykę Ciepłą sp. z o.o., z siedzibą w Szczecinie** i :

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **HOCHTIEF Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: 1380/18)** oraz **wykonawcę Mosty Łódź S.A., z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 1384/18)** tytułem wpisów od odwołania;

6.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Miasta Szczecin oraz Szczecińskiej Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** na rzecz wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: 1380/18)** kwotę **23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika;

6.3. zasądza od **zamawiającego Gminy Miasta Szczecin oraz Szczecińskiej Energetyki Ciepłej sp. z o.o., z siedzibą w Szczecinie** na rzecz wykonawcy **Mosty Łódź S.A., z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: 1384/18)** kwotę **23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1380/18
KIO 1384/18

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 1380/18

W dniu 13 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Hochtief Polska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący I**”) zarzucając zamawiającemu Inwestycjom Miejskim Stadion sp. z o.o., z siedzibą w Szczecinie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 9a ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 2 PZP poprzez ustalenie terminu składania ofert w sposób bez uwzględnienia regulacji art. 9a ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z tym, że Zamawiający w Rozdziale XV ust. 5 SIWZ przewiduje wizję lokalną, jak też z uwagi na złożoność zamówienia, co powinno skutkować znacznym wydłużeniem terminu składania ofert, dłuższym niż 35 dni liczonych od dnia przekazania ogłoszenia (29/06) do 9 sierpnia 2018 r. (Rozdział XI ust. 1 SIWZ), albowiem ustalony krótki termin na składania ofert świadczy o jego nieproporcjonalności do złożoności zamówienia, jak też nie uwzględnia czasu niezbędnego do przeprowadzenia wizji lokalnej i zapoznania się z koniecznymi informacjami do przygotowania oferty, co stanowi o naruszeniu konkurencji;
- 2) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22c ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej w Rozdziale V ust. 2 pkt 1) lit. a) podlitera a3) i określenie wskaźnika rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS), obliczonego zgodnie z wzorem: $ROS = (\text{zysk netto ze sprzedaży} / \text{przychody netto ze sprzedaży}) * 100\%$, który wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności co najmniej 2,5%, co narusza zasadę uczciwej konkurencji;
- 3) art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia,

nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a3) i a4) poprzez wymaganie co najmniej 2 robót budowlanych oraz co najmniej 2 usług, podczas gdy z uwagi na specyficzny charakter niniejszego zamówienia te warunki są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, co ogranicza konkurencję i eliminuje w sposób nadmierny potencjalnych wykonawców, a wymagana powtarzalność realizacji takich zadań jest wymogiem wygórowanym, a nadto warunek udziału nie powinien być niemal identyczny jak przedmiot zamówienia (por. KIO 371/17), co występuje w Postępowaniu, a jest sprzeczne też z istotą warunku udziału w postępowaniu;

- 4) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b1) tj. bb3) w zakresie wyrażenia „dotycząca budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA”, podczas gdy z uwagi na specyficzny charakter niniejszego zamówienia te warunki są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, co ogranicza konkurencję, a nadto specyfika zamówienia wprost wskazuje, że niewiele jest osób które spełniają warunki Zamawiającego, co skutkuje nadmiernie eliminującym charakterem tego warunku;
- 5) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności technicznej i zawodowej w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b2) tj. bb3) w zakresie wyrażenia „przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA, o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót co najmniej 100.000.000 zł brutto lub równowartość tej kwoty”, podczas gdy z uwagi na specyficzny charakter niniejszego zamówienia te warunki są nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, co ogranicza konkurencję, a nadto specyfika zamówienia wprost wskazuje, że niewiele jest osób które spełniają warunki Zamawiającego, co skutkuje nadmiernie eliminującym charakterem tego warunku;

- 6) art. 36 ust 1 pkt 13) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, a tym samym jako nieobiektywne oraz dyskryminacyjne określenie jako kryterium oceny oferty w Rozdziale XII ust. 1 pkt 4) SIWZ w kryterium „Zastępcy Kierownika Budowy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane dla Kierownika Budowy, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ”, albowiem liczba osób spełniających te wymagania jest znacznie ograniczona na rynku, a przyznawanie 10% punktacji w ramach tego kryterium skutkuje ograniczeniem konkurencji i tym, że wykonawca, który nie uzyska punktów w ramach tego kryterium nie jest w stanie uzyskać zamówienia, a zatem te kryterium ma charakter eliminujący i co więcej, wymóg posiadania Zastępcy Kierownika Budowy nie znajduje uzasadnienia w ustawie Prawo budowlane (dalej jako „PB”), jak i aktach wykonawczych;
- 7) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 31 PZP poprzez brak określenia w SIWZ, w tym też w Umowie 2a, czy Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe, dysponuje prawami zależnymi oraz zezwoleniem na wykonywanie praw zależnych do utworów w postaci projektów wskazanych w §3 ust. 3 pkt 1) lit a) tiret 2 i 3 (załącznik 13 i 14 do PFU) Umowy 2a, jak też wobec braku określenia, czy wykonawca ma samodzielnie pozyskać uprawnienia prawnoautorskie od twórców do realizacji tej części zamówienia, podczas gdy brak tej informacji (w przypadku załącznika 12 do PFU oświadczenia w tym zakresie są niewystarczające) ma zasadnicze znaczenie w zakresie realizacji części projektowej zamówienia, gdyż wykonanie projektów zamiennych ingeruje w integralność utworów i przy braku uprawnień stanowi naruszenie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako „UPA”), a brak regulacji w SIWZ w tym zakresie uniemożliwia oszacowanie oferty, jak też regulacje w tym zakresie są wymaganiami dodatkowymi PFU na temat przede wszystkim opracowanego projektu budowlanego; w zakresie zaś oświadczeń prawno-autorskich z załącznika nr 12 do PFU nie wynika, że Zamawiający jest dysponentem praw autorskich tam wskazanych, jak też i innych autorskich praw majątkowych i zależnych do pozostałych utworów oraz, że te oświadczenia dotyczą §3 ust. 3 pkt 1) lit a) tiret 1 Umowy 2a, które będą podlegać opracowaniu lub zmianie;
- 8) w zakresie wzoru umów (załącznik nr 2a i 2b) (dalej jako „Umowa 2a” i „Umowa 2b”) w zw. z SIWZ:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku w §3 ust. 3 pkt 2) Umowy 2a oraz S 3 ust. 1 pkt 2) Umowy 2b „uzyskania we własnym zakresie i na własny koszt (w imieniu i na rzecz Zamawiającego) wszelkich opinii, uzgodnień, zezwoleń i decyzji niezbędnych do wykonania Zadania i osiągnięcia celu, o którym mowa w ust. 2 poniżej”, podczas gdy jest to obowiązek nieprecyzyjny, niejasny, co uniemożliwia właściwe oszacowanie oferty przez wykonawcę, a Zamawiający powinien w sposób jednoznaczny podać szczegółowy zakres tego zobowiązania;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 28 i n. RODO poprzez brak określenia w treści Umowy 2a oraz Umowy 2b zasad przetwarzania danych osobowych oraz zasad powierzenia przetwarzania danych osobowych zgodnie z przepisami Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (dalej jako „**RODO**”), podczas gdy zarówno Zamawiający, jak i wykonawca będą przetwarzać dane osobowe pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, osób do przeszkolenia wskazanych w §3 ust 3 pkt 7) Umowy 2a oraz w §3 ust. 1 pkt 6) Umowy 2b oraz osób wskazanych jako kierownicy, czy przedstawiciele lub koordynatorzy lub członkowie zespołu projektowego, podczas gdy jest to konieczne w celu wykonania ww. umów, jak i dokonania weryfikacji zgodności postanowień w zakresie danych osobowych z RODO, co więcej ww. wymogu nie realizuje §7 ust. 28 Umowy 2a i Umowy 2b;
- 3) art. 29 ust. 1, 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez określenie w §7 ust. 21 Umowy 2a i Umowy 2b obowiązku przedkładania kopii umów o pracę, zaświadczenia do ZUS, kopii zgłoszenia pracownika do ubezpieczenia, podczas gdy jedyną przesłanką uprawniającą zamawiającego do żądania przekazania danych osobowych pracowników wykonawcy, mógłby być przepis prawa nakładający na wykonawcę (lub dalszego podwykonawcę) taki obowiązek, a takiego uprawnienia brak, a nadto wspólne stanowisko Prezesa UZP oraz Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (aktualnie Prezesa Urzędu

Ochrony Danych Osobowych dalej jako „**PUODO**”) wskazuje, że „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontro/a spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usług”, czyli wymaganie te jest niedozwolone i nieproporcjonalne nawet, jeśli dochodzi do anonimizacji niektórych danych i jest nadmierne, a nawet zbędne wobec wymogu z §7 ust. 20 Umowy 2a i Umowy 2b;

- 4) art. 36 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. poprzez określenie w §4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a terminu realizacji Kamienia Milowego 1 w zw. z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 1) SIWZ, jako określonego konkretną datą (15 lipca 2019 r.), mimo że termin zawarcia Umowy 2a nie jest znany, a pozostałe terminy realizacji Kamieni Milowych określone są w miesiącach liczonych „od dnia podpisania Umowy” , co skutkuje nieproporcjonalnością tego etapu realizacji Umowy 2a, jak też niemożliwością wyceny czasu potrzebnego do jego realizacji i może spowodować, że ten okres będzie nierealny;
- 5) art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 PZP poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości przekraczającej ustawowe limity, albowiem Zmawiający w §22 ust. 7 i ust. 13 Umowy 2a oraz Umowy 2b przewiduje obowiązek uzupełnienia zabezpieczenia, co jest sprzeczne z ww. przepisami;
- 6) art. 29 ust. 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 2 pkt 9b) PZP w zw. art. 3531 k.c. poprzez określenie w §7 ust. 18 w zw. z ust. 17 Umowy 2a i Umowy 2b, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy również dalszych podwykonawców, podczas gdy ten obowiązek z mocy przepisów PZP jest ograniczony do wykonawcy oraz podwykonawcy, a tym samym nie obejmuje dalszych podwykonawców, a definicja podwykonawcy z art. 2 pkt 9b) PZP ogranicza się do podmiotu, który zawarł umowę z wykonawcą, a zatem ww. wymóg jest sprzeczny z PZP, a nadto jest nieproporcjonalny i nadmiernie ingerujący w działalność dalszych podwykonawców, jak i samych podwykonawców, na co wykonawca nie może mieć wpływu;

- 7) art. 29 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „**UZNK**”) w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez określenie w §13 ust. 9 Umowy 2a oraz Umowy 2b obowiązku do przedkładania umów prawnoautorskich, zawartych przez wykonawcę, podczas gdy takie umowy są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a przedmiotowe żądania skutkuje naruszeń przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa, co może skutkować zarówno odpowiedzialnością karną, jak i cywilną, a dodatkowo w zakresie §24 ust. 1 pkt 7) lit. i) Umowy 2a oraz Umowy 2b poprzez ustalenie kary umownej w zakresie zwłoki za nieprzedłożenie tych umów, co stanowi też wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do zakresu zamówienia, również z uwagi na §13 ust. 8 Umowy 2a i Umowy 2b;
- 8) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust 1 PZP w zw. z art 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 357¹ k.c. w zw. z art 358¹ § 3 k.c. w zw. z art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez określenie w § 8 ust. 2 w zw. z §10 ust 5 Umowy 2a i Umowy 2b „Koszty związane z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego przekazywanych Wykonawcy w toku uzgodnień, o których mowa w zdaniu pierwszym, zostały ujęte w wynagrodzeniu brutto, w związku z czym jakiegokolwiek zmiany dokumentacji projektowej z tym związane nie będą skutkowały wzrostem wynagrodzenia brutto, ani też nie będą podstawą dochodzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych (w tym za wydłużenie okresu realizacji Umowy - pactum de non petendo), podczas gdy:
- (i) zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (KIO 173/18) taka regulacja jest niedozwolona;
 - (ii) z uwagi na to, iż wykonawcy nie są w stanie określić jakie będą to uzgodnienia, nie jest możliwym określenie przy wycenie oferty, rzeczywistej jej ceny, albowiem dokonanie wyliczenia ceny oferty następuje w oparciu o dokumenty przekazane w toku Postępowania;
 - (iii) skutkuje to też wykorzystaniem przez Zamawiającego pozycji dominującej i rażące uprzywilejowanie jego pozycji, wbrew zasadom współzycia;
 - (iv) takie regulacje umowne prowadzą do oceny, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez

- nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych;
- (v) takie postanowienia mogą skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji zważywszy na okoliczność, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w Postępowaniu, a zgodnie z art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 PZP, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję;
- (vi) jest to sprzeczne z §6 ust. 3 Umowy 2a i Umowy 2b;
- 9) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez określenie w §10 ust. 1 1 Umowy 2a i Umowy 2b 45 - dniowego uprawnienia Zamawiającego do weryfikacji dokumentacji lub jej części, co może mieć negatywny wpływ na realizację terminową zamówienia z negatywnymi skutkami dla wykonawcy, jak też może powodować nieuzasadnione blokowanie rozpoczęcia prac, a nadto termin ten jest nieproporcjonalny dla prawidłowej realizacji zamówienia i powinien być znacznie krótszy;
- 10) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. w zw. z art 354 k.c. poprzez wzajemną sprzeczność postanowień §19 ust. 12 Umowy 2a i 2b - „Koordynator Inspektorów Nadzoru dokonuje weryfikacji i pisemnego zatwierdzenia wniosku o płatność częściową (..)” jedynie w przypadku „bezusterkowego odbioru częściowego” z m.in. z §4 ust. 3, §19 ust. 2 oraz §19 ust. 19 Umowy 2a i Umowy 2b, które przewidują, iż odbiory częściowe dokonywane są bez wad istotnych, a zatem z wadami nieistotnymi, a co więcej stosownie do §19 ust. 5 Umowy 2a - odbiór częściowy (z wadami nieistotnymi) „(...) jest także podstawą dokonania płatności częściowych na rzecz Wykonawcy”, co skutkuje tym, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i wzajemnie sprzeczny, a zatem

Zamawiający nie dochował należytej staranności w formułowaniu postanowień umów;

- 11) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez brak określenia limitu kar umownych w przypadku określenia aż 32 podstaw do naliczenia kar umownych, co utrudnia oszacowanie ryzyka przez wykonawców i jest obciążeniem nieproporcjonalnym i nadmiernym;
- 12) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez określenia rażąco wygórowanej wysokości kary umownej w §25 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy 2a oraz Umowy 2b, podczas gdy inne zastrzeżone kary są w znacznie niższej wysokości, a ze względu na wartość zamówienia, 5% z tej kwoty stanowić będzie kwotę rzędu kilku, jak nie kilkunastu milionów złotych w przypadku pkt 3), a w przypadku pkt 4) również ta kara w wysokości 0,5 % jest rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia i wobec innych kar zastrzeżonych;
- 13) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. poprzez uregulowania zawarte w §5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b „Projekt Organizacji Robót określać będzie ponadto sposób spełnienia wymagań wynikających z Podręcznika licencyjnego dla meczów”, §16 ust. 3 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b „przez cały okres realizacji przedmiotu Umowy, Stadion spełniał wymagania określone w obowiązującym w danym sezonie Podręczniku licencyjnym dla klubów Ekstraklasy (aktualne Podręczniki licencyjne dla klubów Ekstraklasy dostępne są pod adresem <https://www.pzpn.pl/rozurwki-k/ubowe/l/cenciek/ubowek> Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić ww. wymagania przy opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz przy określeniu zakresu i terminu wydania Wykonawcy przez Zamawiającego poszczególnych części placu budowy. Wykonawca odpowiada za takie opracowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego, które będzie umożliwiało zachowanie ww. warunków korzystania z obiektu przez dzierżawcę”, §16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b „Wszelkie koszty związane z zapewnieniem funkcjonowania Stadionu w sposób gwarantujący spełnienie warunków technicznych, o których mowa w ust. 3 i 4, w szczególności w zakresie

utrzymania i pielęgnacji boisk, zaopatrzenia w media, zapewnienia warunków transmisji telewizyjnych, itp. obciążają Wykonawcę. Wykonawca w szczególności zabezpieczy i pokryje koszty wszelkich tymczasowych rozwiązań, zabudowy, budowy zaplecza cateringowego, dojazdów, pomieszczeń dla WP, dojazdów i pomieszczeń dla wozów transmisyjnych, miejsc dla dziennikarzy, stanowisk komentatorskich, miejsc dla przedstawicieli spółki Pogoń Szczecin S.A., Policji, PZPN, zgodnie z warunkami Podręcznika licencyjnego, o którym mowa w ust. 3, a ponadto powinien zapewnić tymczasową infrastrukturę dla producenta sygnału telewizyjnego (zasłanie dla wozów transmisyjnych, sieć www, itp.), z uwagi na zmienne związane z Podręcznikiem licencyjnym, których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć i skalkulować w ofercie, a nadto są to wymagania nieprecyzyjne, które określają przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny;

- 14) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 144 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 354 k.c. poprzez uregulowanie w §6 ust.5 Umowy 2a - „Ewentualna zmiana klasyfikacji budżetowej nie wymaga zmiany Umowy, a Wykonawca wraza zgodę, aby Zamawiający dokonywał tych zmian we własnym zakresie, bez konieczności informowania Wykonawcy. Zamawiający zastrzega możliwość jednostronnej zmiany podziału ww. kwot, w szczególności w wypadku zmiany warunków Dofinansowania. W wypadku zmiany podziału ww. kwot Wykonawca zobowiązany jest dostosować plan płatności do dokonanych zmian. Zmiana podziału środków nie stanowi zmiany Umowy.”, podczas gdy, określona powyżej zmiana jest zmianą istotną, a postanowienie umowne ingeruje w zasady zmian umowy w sposób nadmierny, jak również poprzez przyznanie Zamawiającemu w rzeczywistości prawa do jednostronnej zmiany umowy, co jest sprzeczne z instytucją zmiany umowy, do której potrzebna jest zgodna wola obu stron umowy, w sytuacji gdy klasyfikacja budżetowa ingeruje w plan płatności, co ma wpływ na szacowanie oferty, jak i na funkcjonowanie finansowe wykonawcy;
- 15) art. 83 ustawy z 2 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (dalej jako „**UPU**”) poprzez określenie w §25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b prawa do odstąpienia dla Zamawiającego, podczas gdy ww. przepis wprost stanowi, że takie postanowienia są nieważne w rozumieniu art. 58 §1 k.c.;
- 16) art. 225 ust. 1, art. 247 ustawy z 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (dalej jako „**UPR**”) poprzez określenie w §25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b

uprawnienia do odstąpienia dla Zamawiającego w sytuacji związanej z postępowaniem układowym i restrukturyzacyjnym, podczas gdy ww. przepisy wprost stanowią, że takie postanowienia są nieważne w rozumieniu art. 58 § 1 k.c.

Odwolujący I wniósł o dokonanie modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

- 1) zmianę Rozdziału XI ust. 1 SIWZ poprzez określenie terminu złożenia oferty na 1 października 2018 r.;
- 2) wykreślenie z Rozdziału V ust. 2 pkt 1) SIWZ podlitera a3);
- 3) zmianę Rozdziału V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a3) wyrażenia „dwie roboty” na „jedną robotę”;
- 4) zmianę Rozdziału V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a4) wyrażenia „dwie usługi” na „jedną usługę”;
- 5) zmianę Rozdziału V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b1 tj. bb3) wyrażenia „dotyczącą budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA”, na „dotyczącą budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy obiektu PKOB 1265 lub PKOB 2411”;
- 6) zmianę Rozdziału V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b2 tj. bb3) wyrażenia „przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA, o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót co najmniej 1.000.000 zł. brutto lub równowartość tej kwoty na „przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie obiektu kasy PKOB 1265 lub PKOB 2411 o wartości robót co najmniej 10.000.000zł brutto lub równowartość tej kwoty”;
- 7) zmianę w Rozdziale XII ust. 1 pkt 4) SIWZ wyrażania „Zastępcy Kierownika Budowy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane dla Kierownika Budowy”, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ na „Przedstawiciela Wykonawcy posiadającego doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy w zakresie realizacji inwestycji dotyczącej budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy obiektu PKOB 1265 lub PKOB 2411 o wartości robót budowlanych co najmniej 10.000.000 zł brutto lub równowartości tej kwoty”;
- 8) uzupełnienie SIWZ, Umowy 2a oraz PFU o informacje związane z prawami autorskimi, zgodnie z zarzutem nr 1.7 powyżej;
- 9) zmianę §3 ust. 3 pkt 2) Umowy 2a oraz §3 ust. 1 pkt 2) Umowy 2b poprzez uszczegółowienie i podanie wykazu opinii, uzgodnień, zezwoleń i decyzji;

- 10) uzupełnienie Umowy 2a oraz Umowy 2b o regulacje dotyczące danych osobowych i stworzenie załącznika stanowiącego umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych, zgodnie z zarzutem nr. 1.8.2) powyżej;
- 11) wykreślenie §7 ust. 21 Umowy 2a oraz Umowy 2b i poprawienie numeracji oraz odesłań wskazanych w aktualnym §7 ust. 22 Umowy 2a i Umowy 2b;
- 12) zmianę §4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a terminu realizacji Kamienia Milowego 1 w zw. z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 1) SIWZ, na „do 9 (dziewięciu) miesięcy od podpisania umowy – Kamienia Milowego 1”;
- 13) wykreślenie §22 ust. 7 i 13 Umowy 2a i Umowy 2b oraz poprawienie numeracji;
- 14) wykreślenie z §7 ust. 18 Umowy 2a oraz Umowy 2b wyrażenia „i Dalszych Podwykonawców”;
- 15) wykreślenie §13 ust. 9 Umowy 2a oraz Umowy 2b oraz §24 ust. 1 pkt 7) lit. i) Umowy 2a oraz Umowy 2b i poprawienie numeracji;
- 16) wykreślenie z §10 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b wyrażenia „Koszty związane z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego przekazywanych Wykonawcy w toku uzgodnień, o których mowa w zdaniu pierwszym, zostały ujęte w wynagrodzeniu brutto, w związku z czym jakiegokolwiek zmiany dokumentacji projektowej z tym związane nie będą skutkowały wzrostem wynagrodzenia brutto, ani też nie będą podstawą dochodzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych (w tym za wydłużenie okresu realizacji Umowy - pactum de non petendo). ” ;
- 17) zmianę terminu z §10 ust. 11 Umowy 2a i Umowy 2b z „45” na „15”;
- 18) zmianę §19 ust. 12 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez zastąpienie wyrażenia „bezusterkowego” na „bez istotnych wad”;
- 19) zmianę §24 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez dodanie ust. 8 o treści „Limit kar umownych wnosi 40% wartości wynagrodzenia brutto, określonego w niniejszej umowie”;
- 20) zmianę w §25 ust. 1 pkt 3) Umowy 2a oraz Umowy 2b, poprzez zastąpienie wyrażenia „5%” wyrażeniem „1%”;
- 21) zmianę §25 ust. 1 pkt 4) Umowy 2a oraz Umowy 2b poprzez zastąpienie wyrażenia "wyrażeniem „0,1%”;
- 22) zmianę w §5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez załączenie jako załączników do ww. umów Podręczników licencyjnych i wskazanie, które regulacje z ww. podręczników dotyczą wykonawcy;

- 23) zmianę §16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez dodanie ostatniego zdania „Wykonawca nie ponosi kosztów związanych ze zmianami wprowadzonymi w podręcznikach licencyjnych w trakcie realizacji Umowy”;
- 24) wykreślenie z §6 ust. 5 Umowy 2a wyrażenia „Ewentualna zmiana klasyfikacji budżetowej nie wymaga zmiany Umowy, a Wykonawca wraza zgodę, aby Zamawiający dokonywał tych zmian we własnym zakresie, bez konieczności informowania Wykonawcy. Zamawiający zastrzega możliwość jednostronnej zmiany podziału ww. kwot, w szczególności w wypadku zmiany warunków Dofinansowania. W wypadku zmiany podziału kwot Wykonawca zobowiązany jest dostosować plan płatności do dokonanych zmian. Zmiana podziału środków nie stanowi zmiany Umowy.”;
- 25) wykreślenie §25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b;
- 26) wykreślenie z §25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b wyrażen dotyczących postępowań układowych i restrukturyzacyjnych;
- 27) dokonanie zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący I wskazał, co następuje:

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 9a ust. 2 PZP

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający ustalił termin składania ofert w sposób bez uwzględnienia regulacji art. 9a ust. 1 i 2 PZP w zw. z tym, że Zamawiający w Rozdziale XV ust. 5 SIWZ przewiduje wizję lokalną, jak też z uwagi na złożoność zamówienia. Powyższa okoliczność powinna skutkować znacznym wydłużeniem terminu składania ofert, wyższym niż 35 dni liczonych od dnia przekazania ogłoszenia (29/06) do 9 sierpnia 2018 r. (Rozdział XI ust. 1 SIWZ), albowiem ustalony krótki termin na składania ofert świadczy o jego nieproporcjonalności do złożoności zamówienia, jak też nie uwzględnia czasu niezbędnego do przeprowadzenia wizji lokalnej i zapoznania się z koniecznymi informacjami do przygotowania oferty, co stanowi o naruszeniu konkurencji.

Odwołujący I wskazał, że w myśl art. 9a ust. 2 PZP „W przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami, z tym,

że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie.”

Jak wynika z SIWZ, Zamawiający zaleca, aby wykonawcy dokonali wizji lokalnej na terenie realizacji zamówienia. Zamawiający winien w sposób proporcjonalny i znaczny wydłużyć termin składania ofert ponad minimalny, określony w art. 43 PZP. Tymczasem Zamawiający tego nie dokonał w wystarczającym zakresie. Zamawiający wydłużył termin jedynie o kilka dni. W ocenie Odwołującego I przez kilka dni dłużej wszyscy zainteresowani wykonawcy nie są w stanie zapoznać się z obszerną dokumentacją, dokonać jej analizy i następnie dokonać oszacowania oferty. Zauważyć należy, że niniejsze zamówienie jest zamówieniem obszernym i skomplikowanym. Poza zapoznaniem się z dokumentacją, należy jeszcze pozyskać niezbędne informacje w zakresie wymaganych pozwoleń i decyzji administracyjnych (przykładowo decyzje środowiskowe). Zamawiający powinien wziąć też pod uwagę, że okres lipiec — sierpień jest sezonem wakacyjnym, czyli urlopowym. Wobec tego, utrudnione jest pozyskanie ofert od podwykonawców, kontrahentów, czy też nawet przeprowadzenie czy nawet przeprowadzenie rozeznania wśród tych podmiotów w zakresie koniecznym do opracowania oferty.

Odwołujący I wskazał, że wobec tego, aby przeprowadzić rzetelną analizę zamówienia i aby wykonawcy mogli przedłożyć szczegółowe i konkurencyjne oferty, koniecznym jest znacznie wydłużenie terminu składania ofert. Wykonawca proponuje termin październik 2018 r., gdyż taki okres czasu umożliwi zarówno wykonawcom polskim, jak i zagranicznym przeprowadzenie całej procedury do przygotowania i opracowania ofert.

W piśmiennictwie odnoszącym się do art. 9a podnosi się w oparciu o dyrektywę klasyczną, że „zgodnie z art. 47 ust. 2 w przypadku, gdy złożenie oferty wymaga weryfikacji warunków zamówienia w określonym miejscu (niekoniecznie w siedzibie instytucji zamawiającej), instytucja zamawiająca ma obowiązek wyznaczenia okresów dłuższych niż minimalne. Okolicznością, którą należy rozważyć przy ewentualnym wydłużeniu czasu na złożenie ofert lub wniosków, jest to, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli zapoznać się ze wszystkimi informacjami niezbędnymi do sporządzenia ofert. (...) W tym miejscu powstaje jednak istotne pytanie dotyczące okresu, który instytucje zamawiające powinny wyznaczać, gdy taka wizyta w danym miejscu jest konieczna. Wydaje się, że nie można tu wskazać jednego uniwersalnego minimalnego okresu, ponieważ wszystko zależy od wielu czynników, do których można zaliczyć: 1) zakres informacji (dokumentów) udostępnianych przez instytucję zamawiającą, w tym to, czy informacje te lub

dokumenty zainteresowani wykonawcy mogą kopiować, czy też mogą się z nimi zapoznawać wyłącznie w danym miejscu, oraz 2) zakres i wagę informacji wynikających z wizji lokalnej, w tym to, czy wiąże się ona z koniecznością przeprowadzenia określonych pomiarów lub innego rodzaju badań.

Odwołujący I wskazał, że przekładając powyższe na przedmiot niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający wyznaczając termin składania ofert nie tylko nie uwzględnił wymogów art. 9a PZP, ale także nie wziął pod uwagę okoliczności tej konkretnej sprawy, a mianowicie ilości i rozmiarów dokumentacji, z którą muszą zapoznać się Wykonawcy przed przygotowaniem i złożeniem oferty. Jednocześnie Odwołujący I wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiot zamówienia na roboty budowlane z uwzględnieniem wymienionych w art. 29 PZP zasad opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej (art. 31 PZP). Celem ww. uregulowań jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o tym czy są w stanie wykonać daną inwestycję. Wykonawcy muszą przeanalizować obszerne PFU.

Wykonawca ma zgodnie z SIWZ opracować projekty budowlane zamienne, a zatem musi znać szczegółowo przeanalizować koszty ich opracowania. Przepis zaś art. 9a PZP również nakazuje, by zamawiający, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, uwzględniał złożoność zamówienia, natomiast w odniesieniu do wyznaczenia terminu składania ofert - czas potrzebny sporządzenie ofert, zachowując przy tym określone w ustawie minimalne terminy składani wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. W ocenie Odwołującego I wymienione przesłanki mogą, a w zasadzie powinny mieć wpływ na wydłużenie minimalnych terminów składania zarówno ofert, jak i wniosków. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert.

III. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP

Zamawiający wymaga spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez wykazanie się poziomem wskaźników ekonomicznych w

postaci wskaźnika rentowności (Rozdział V ust. 2 pkt 1) lit. a) podlitera a3) SIWZ) „sprzedaży netto (return of sale, ROS), obliczonego zgodnie z wzorem: $ROS = \frac{\text{zysk netto ze sprzedaży/przychody netto ze sprzedaży}}{\text{przychody netto ze sprzedaży}} \cdot 100\%$, który wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 2,5%”

W ocenie Odwołującego I taki warunek postępowania narusza art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22c ust 1 i 3 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału. Przepis art. 22 ust. 1a PZP wymaga dokonania oceny spełnienia warunków w sposób proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Wobec tego, warunek nie może ograniczać konkurencji dla wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Określenie warunków związanych z przedmiotem zamówienia powinno być dokonane z uwagi na cel, czyli aby wybrać wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie można dokonywać opisu warunku w sposób, który wykracza poza realizację tego celu.

Odwołujący I wskazał, że w odniesieniu do wymaganego przez Zamawiającego wskaźnika rentowności 2,5%, to brak jest uzasadnionych przesłanek, jakoby podmioty o niższym wskaźniku rentowności, nie byłyby zdolne do należytego wykonania zamówienia. Do żądania wykazania się zyskiem (dodatnim wynikiem finansowym) odniosły się m.in. Wojewódzkie Sądy Administracyjne w Krakowie (wyrok z 24/02/2015 III SA/Kr 1993/14) oraz w Łodzi (wyrok z 3/02/2016 III SA/Łd 943/15). Z tych judykatów wynika, że zysk dodatni wynik finansowy - stanowi kategorię ekonomiczną, która nie jest miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej/finansowej przedsiębiorcy. W orzeczeniu WSA z Krakowa wskazano „Nie ulega wątpliwości, że aby Wykonawca mógł wykazać się dodatnim wskaźnikiem rentowności musi najpierw wykazać się zyskiem. Odwołujący I odwołał się również do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 czerwca 2011 r. sygn. akt K/O/KD 50/11, zgodnie z którą, "wymaganie od wykonawców uzyskania zysku w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z punktu widzenia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców o potencjale ekonomicznym i finansowym umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia zasadne jest wymaganie przez zamawiającego przychodu lub obrotu na poziomie adekwatnym przedmiotu zamówienia. Zysk - dodatni wynik finansowy - stanowi kategorię

ekonomiczną, która nie musi być miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej lub finansowej przedsiębiorcy. Przykładowo może mieć swe źródło w wymaganiach właścicieli, którzy w danym okresie chcą czerpać bezpośrednio korzyści w postaci wypłat z zysku lub dywidendy w ten sposób kreują decyzje ekonomiczne organów zarządzających. Trafnie zatem przyjmuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, że wymaganie wykazania się zyskiem narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z punktu widzenia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców o potencjale ekonomicznym i finansowym umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia zasadne jest wymaganie przez zamawiającego przychodu lub obrotu na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia. WSA w Łodzi podzielił te stanowisko i wskazał, że wymaganie od potencjalnych wykonawców wykazania się dodatnim wynikiem finansowym stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji z art. 7 ust. 1 PZP. Podobnie też KIO w uchwale z 23 stycznia 2014 r. (KIO/KU 2/14). Wymóg wykazania się zyskiem jest uznawany za niezgodny z PZP. Tak wskazała KIO w uchwale z 21 października 2016 r. (KIO/KU 65/16) — „Kontrolujący wyjaśnił, że zysk rozumiany jako dodatni wynik finansowy, stanowi kategorię ekonomiczną, która nie musi być miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej lub finansowej przedsiębiorcy. Przedsiębiorstwo niewypracowujące zysku może być w doskonałej sytuacji ekonomicznej, którą wyrażają także inne parametry analizy technicznoekonomicznej niezwiązanej bezpośrednio z kategorią zysku, np. zrównoważona produkcja dająca stabilne zatrudnienie, postęp techniczny i rosnąca wartość aktywów. Powyższe oznacza, że wymaganie wykazania dodatniego wyniku finansowego uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom rozpoczynającym działalność, realizującym inwestycje lub które w wymaganym okresie dokonały nakładów na własną działalność umożliwiającą osiągnięcie zysków w przyszłości (będących w fazie rozwoju), a które są w stanie wykonać zamówienie z starannością. Tym samym wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej nie jest adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.” W tej też sprawie stwierdzono, że nie można uznać, że z uwagi na specyfikę postępowania, wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży oraz osiągnięcia w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto (przed opodatkowaniem), są zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego I wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej nie jest adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym nie jest

proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowy warunek uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom będącym niedługo na rynku, jak też tym które poczyniły nakłady inwestycyjne na rozwój swej działalności. Warunek dotyczący zysku (wskaźnik rentowności) w żaden sposób nie zabezpiecza Zamawiającego, nie bada kondycji finansowej czy ekonomicznej. Jest to zatem sztuczny wymóg, które celem jest ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu. Co więcej, Zamawiający określił inne warunki finansowe, a zatem tworzenie dodatkowego ww. warunku jest tym bardziej nieproporcjonalne.

W ocenie Odwołującego I jest to wymóg nieadekwatny i nieproporcjonalny do zamówienia. PZP obliguje zamawiającego do określenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób, który powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, ustawodawca kładąc akcent na związek i proporcjonalność opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków z konkretnym przedmiotem zamówienia, nie dopuszcza możliwości formułowania opisu, który odnosiłby się także do innych okoliczności, w tym innych zamówień. (por. Informacja Prezesa UZP z 8/12/2013, UZP/DKUE/KU/213/13). W tym kontekście też wypowiedział się WSA w Rzeszowie w wyroku z 25 maja 2017 r. (I SA/Rz 1 74/17)

W ocenie Odwołującego I pogląd, że wymóg wykazania się zyskiem jest niezgodny z przepisami PZP, jest w zasadzie jednolicie przyjmowany zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie (Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., akt KIO/UZP 589/08, w wyroku z dnia 21 maja 2008 r., KIO/UZP 432/08. Podobnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli z dnia 15 września 2016 r. sygn. KU/37/16.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący I wniósł o wykreślenie powyższego warunku.

IV. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający w sposób znaczny naruszył obowiązek z art. 22 ust. 1a PZP. Warunki udziału w Postępowaniu z Rozdziału V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a3) i a4) poprzez wymaganie co najmniej 2 robót budowlanych oraz co najmniej 2 usług są nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący I wskazał, że przedmiot zamówienia składa się z dwóch w zasadzie odrębnych części tj. (1) budowy Centrum Szkolenia Dzieci i Młodzieży wraz

z kompleksem sześciu boisk, w tym Budynku Szatni Stadionu Miejskiego, jak też (2) budowy sieci ciepłowniczej. W zasadzie przedmiotowe zamówienie winno podlegać podziałowi na części, zgodnie z art. 36aa PZP.

Kwestionowane warunki dotyczą budowy części ciepłowniczej. Połączenie budowy kompleksu sportowego i sieci ciepłowniczej nie jest spotykanym zbyt często rozwiązaniem. Dlatego też, łącznie dla tych dwóch zadań, czyli budowy obiektów sportowych oraz sieci ciepłowniczej, tym bardziej należy zwrócić uwagę na proporcjonalność. Zamawiający w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a1) i a2) określił wymóg, że wykonawca ma wykonać co najmniej 1 robotę budowlaną oraz 1 usługę. Wobec tego, wymóg określony w a3 i a4 jest w sposób rażąco nieproporcjonalny. Zwrócić uwagę należy, że wykonawcy muszą się wykazać doświadczeniem w zakresie robót budowlanych specyficznych obiektów i usług specyficznych projektów. Takie łączne zestawienia nie są często spotykane. Określenia zatem warunku w zakresie robót budowlanych i usług związanych z siecią ciepłowniczą w ilość po 2 roboty i usługi jest wymaganiem nieproporcjonalnym. Są to wymagania 2-krotnie większe niż wskazane do budowy części sportowej (a1 i a2).

Odwołujący I dodatkowo wskazał, że budowa kompleksów sportowych nie jest powszechną robotą budowlaną. Tę okoliczność Zamawiający powinien mieć na uwadze. W szczególności, że wymaga doświadczenia w zakresie robót związanych z kryteriami UEFA. Formułując zatem dodatkowe wymagania w zakresie sieci ciepłowniczej w ilości co najmniej 2 (a3 i a4), Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP, jak też i pozostałe przepisy wskazane w ww. zarzucie. Odwołujący I wskazał, że jeżeli proporcjonalnym warunkiem byłyby co najmniej 2 roboty i usługi, to Zamawiający też taki wymóg wskazałby w a1 i a2, a nie tylko w a3 i a4. Wobec tego, już to świadczy o nieproporcjonalności do przedmiotu zamówienia warunku z a3 i a4. Dlatego też, wystarczającym jest, aby wykonawca w zakresie a3 i a4 wykazał się co najmniej 1 robotą i 1 usługą. Taki warunek byłby spójny o proporcjonalny. Teraz zaś jest wzajemnie sprzeczny i ograniczający konkurencję.

Jak wskazał NSA w wyroku z 20 kwietnia 2017 r. (II GSK 2633/15) „Tak więc skoro przepisy ustaw Prawo zamówień publicznych nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tak by nie były zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia to określenie wymagań wyższych, niż wymagałby tego przedmiot zamówienia (tak jak to miało miejsce w rozpatrywanej sprawie), stanowi o naruszeniu

przedstawionych wyżej regulacji prawnych.” Odwołujący I wskazał, że orzecznictwo KIO wskazuje, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., KIO/KD 30/15). Co więcej, warunki udziału w postępowaniu nie mogą uniemożliwiać złożenie oferty wykonawcom zdolnym do jego wykonania zamówienia. (por. wyrok KIO z 19 stycznia 2015 r. KIO 2833/14). Stwierdzenie zaś naruszenia art. 22 ust. PZP w zw. z art. 22d ust. 1 PZP może mieć wpływ na wynik postępowania, poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia dla wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. (por. wyrok KIO z 13 grudnia 2016 r. KIO 2193/16)

W ocenie Odwołującego I w zakresie warunku a3 i a4 powtarzalność doświadczenia nie jest niczym uzasadniona. Z przepisów wynika, że rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Przy czym „niezbędność” należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być oczywiście dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. Nie wystarczy jednak opisać warunków udziału w postępowaniu na poziomie podobnym do cech samego zamówienia (np. pod względem wartości, wielkości, posiadanych parametrów), ale konieczne jest zastanowienie, bez spełnienia których konkretnych wymogów i dlatego, wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia. Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś — należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym

ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W ocenie Odwołującego I mając powyższe na uwadze, sporne warunki z a3 i a4 winny zostać ograniczone do wymogu 1 roboty oraz 2 usługi zamiast 2.

V. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 PZP oraz art. 7 ust. PZP.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający dokonał również naruszenia wymogu określenia proporcjonalności w zakresie warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia również w zakresie potencjału technicznego w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b) tj. bb3) w zakresie wyrażania „dotyczącą budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA” oraz w Rozdziale V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera b2) tj. bb3) w zakresie wyrażania „przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA, o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót co najmniej 100.000.000zł brutto lub równowartość tej kwoty' (zarzuty 1.4 i 1.5).

Odwołujący I podtrzymuje w tym zakresie rozważania na temat art. 22 ust. 1a PZP zawarte przy uzasadnieniu z pkt IV uzasadnienia odwołania.

Odwołujący I wskazał, jak we wnioskach odwołania, że osobowy warunek ten powinien zostać zmieniony w ten sposób, aby III kategoria według klasyfikacji UEFA została zastąpiona klasami PKOB 1265 lub PKOB 2411 z rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).

Klasa 1265 to budynek kultury fizycznej, a klasa 2411 to klasa boisk sportowych przeznaczonych do sportów na świeżym powietrzu, np. odkrytych kortów tenisowych, odkrytych basenów itp. Sporne warunki dotyczą kierownika budowy oraz projektanta. Warunek III kategorii wg klasyfikacji UEFA jest warunkiem niezgodnym z art. 22 ust. 1a PZP. Na stronie https://pl.wikipedia.org/wiki/Kategorie_stadion%C3%B3w_UEFA) opisano co jest taką III kategorią. Mając na uwadze, że stadiony o kategorii III lub wyższej w klasyfikacji UEFA nie są budowane zbyt często, to ten warunek jest nieproporcjonalny w niniejszej sprawie. Szczególnie, że już

wykonawca sam musi spełnić warunek z tej III kategorii UEFA (por. Rozdział V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a1 i a2).

Odwołujący I wskazał, że mając na uwadze listę stadionów w Polsce (vide, info w Wikipedii) to na znajdujące się na liście 61 stadiony, tylko niektóre spełniałyby te wymogi. Wzmożona ilość inwestycji w zakresie stadionów wynikała z organizacji Euro 2012. Zamawiający zatem określił te warunki w taki sposób, że ograniczy w sposób znaczny udział wykonawców w postępowaniu. Odwołujący I podkreślił, że warunki nie mogą doprowadzić do blokowania wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia. Odwołujący I zwrócił również ponownie uwagę na warunki w zakresie sieci ciepłowniczej. Ilość warunków już zatem w sposób znaczny ogranicza liczbę potencjalnych wykonawców. Stawianie zatem warunku dla projektanta oraz kierownika w zakresie III kategorii UEFA jest wygórowane. Podobnie uznało KIO w wyroku z 13 marca 2017 r. (KIO 371/17). Jak się powszechnie uznaje, wartość robót nie odzwierciedla stopnia ich skomplikowania oraz wielkości zespołu, który wykonywał te roboty i którym kierowała dana osoba. Tym samym wartość robót nie gwarantuje posiadania doświadczenia i kwalifikacji, których zamawiający oczekuje od osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy.

Odwołujący I podkreślił na związaną ze zmianą ww. wymogu w zakresie kierownika budowy koniecznością usunięcia wymogów w zakresie miejsc siedzących oraz wartości robót. Powyższe jest konsekwencją konieczności zmiany na PKOB 1265 lub PKOB 2411.

VI. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13) PZP w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5) PZP w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d PZP oraz z-art. 7 ust. 1 i 2 PZP.

Odwołujący I podtrzymał argumentację z pkt V uzasadnienia. Wskazał ponadto, że Zamawiający chce punktować zastępcę kierownika budowy, dla którego wymaga posiadania analogicznych uprawnień i doświadczenia, jak dla kierownika budowy. Odwołujący I wskazał, że jest zakaz formułowania tego samego wymogu w ramach warunku i kryterium. Zamawiający zaś właściwie zmierza do punktowania osoby, która mogłaby być kierownikiem, a zatem byłaby warunkiem udziału w postępowaniu, jak i mogłaby być zastępcą kierownika, czyli byłaby punktowana w kryterium.

Odwołujący I wskazał, że wskazane kryterium oceny ofert Rozdziale XII ust. 1 pkt 4) SIWZ jest kryterium sztucznym, niezwiązanym z zamówieniem. PB nie nakłada wymagania dla zastępcy

kierownika budowy. Co więcej, Zamawiający przypisał temu kryterium znaczną liczbę pkt, tj. 10 pkt, czyli 10% wszystkich pkt. Ze względu na znikomość istotności zastępcy kierownika budowy, nie jest zasadne przyznawanie za to takiej ilości pkt. Co więcej, z uwagi na w zasadzie tożsamy warunek udziału, może się okazać, że wykonawcy nie będą w stanie przedstawić żadnej osoby spełniającej wymogi ku temu. Skutkować to będzie w sposób znaczny i niekonkurencyjny uprzywilejowanie wykonawcy, któremu uda się spełnić te kryterium. Nadto, taki wykonawca będzie mógł narzucić Zamawiającemu wyższą cenę.

Odwołujący I wskazał, że zgodnie z przywołanym art. 91 ust. 2 PZP, kryteria inne (niż cena lub koszt) odnoszą się do przedmiotu zamówienia. W ust. 2c PZP, który normuje materię związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, określono, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia.

Odwołujący I wskazał na wyrok KIO z 6 czerwca 2017 r. (KIO 940/17; KIO 943/17), gdzie podniesiono, że ww. część przepisu wskazuje, że ustawodawca uznał, że kryterium oceny ofert jest związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli jest związane z świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego (przedmiotem zamówienia), które ma zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia. Wymaganie to określa ramy legalności zastosowania kryterium. Kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia, a więc posiadać charakter przedmiotowy. Regulację tę uzupełnia art. 91 ust. 3 PZP zakazujący ustanawiania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy.

Odwołujący I wskazał, że z treści art. 91 ust. 2 pkt 5 PZP wynika, że dozwolonym kryterium w każdym postępowaniu jest kryterium dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowej i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Tym samym, jako kryterium może być stosowanie kryterium dotyczące doświadczenia personelu wykonawcy (zespołu wykonawcy, który będzie realizował zamówienie), jednakże wyłącznie, o ile może mieć ono znaczący wpływ, na jakość wykonania zamówienia. Dotyczy to również zamówienia, w którym przedmiotem jest wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Jak wskazuje KIO w wyroku z 2 lutego 2017 (KIO 140/17) zastosowanie tego kryterium, służy ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie wykonawcy, jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej.

Dalej Odwołujący I wskazał, że chcąc zastosować wskazane wyżej kryterium zamawiający powinien udowodnić, że zastosowanie takiego kryterium jest uzasadnione znaczącym wpływem, na jakość wykonania zamówienia. Wskazując jako kryterium zastępcę kierownika budowy brak takiego uzasadnienia. Jest to osoba o doświadczeniu takim jak sam kierownik budowy. Nadto, rola takiej osoby jest służebna. Sama nazwa wskazuje, że zastępuje ona kierownika budowy, a zatem nie ma ona charakteru istotności. W ocenie Odwołującego I możliwość stosowania kryterium wskazanego w art. 91 ust. 2 pkt 5 PZP jest wyjątkiem od zasady, zgodnie, z którą kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 PZP). Stosując kryterium dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowej i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia należy pamiętać o dwóch kwestiach. Po pierwsze, należy mieć na uwadze zasady udzielania zamówień (zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności). A zatem przy konstruowaniu wskazanego kryterium oceny ofert, zamawiający powinien respektować ww. zasady, tak, aby zaprojektowane kryterium nie naruszało tych zasad. Po drugie należy zadbać poprzez odpowiednie zapisy SIWZ oraz umowy w sprawie zamówienia, aby oceniane w ramach tego kryterium osoby bezwzględnie realizowały zamówienie. W niniejszej sprawie nie jest zatem przesądzone, czy zastępca kierownika budowy będzie realizował zamówienie. Celem tego kryterium jest, aby punktować zespół wykonawcy, który następnie będzie realizował zamówienie, bo to zapewni lepszą jakość wykonania zamówienia. Takie też kryterium może skutkować zwiększoną ilością środków finansowych, które będą wydatkowane w ramach niniejszego zamówienia w sposób nieracjonalny, nieuzasadniony i nadmierny. Szczegółowe zasady odnoszące się do wydatkowania środków publicznych znalazły odzwierciedlenie w regulacji art. 35 i 44 ustawy o finansach publicznych. Wydatki publiczne mają być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, jak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań.

Odwołujący I wskazał, że nie negując prawa Zamawiającego do określania kryteriów wskazuje na to by ww. kryterium zastąpić kryterium „Przedstawiciela Wykonawcy posiadające doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy w zakresie realizacji inwestycji dotyczącej budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy obiektu PKOB 1265 lub PKOB 2411 o wartości robót budowlanych co najmniej 10.000.000 zł brutto lub równowartości tej kwoty”. Każda umowa ma takiego przedstawiciela. Nadto, kryterium te nie wpływa na warunek udziału w postępowaniu, gdyż jest od niego niezależny. Co więcej, właściwy i doświadczony przedstawiciel czy też kierownik kontraktu odpowiada za prawidłową realizację zadania inwestycyjnego i za

kontakt z inwestorem. Są okoliczności i doświadczenia bardzo istotne, dlatego też Odwołujący I proponuje taką zmianę.

VII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 31 PZP.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający nie określił w sposób jasny i precyzyjny, czy posiada autorskie prawa majątkowe, dysponuje prawami zależnymi oraz zezwoleniem na wykonywanie praw zależnych do utworów w postaci projektów wskazanych w §3 ust. 3 pkt 1) lit a) tiret 2 i 3 (załącznik 13 i 14 do PFU) Umowy 2a. Zamawiający nie wskazał też, jeżeli ww. praw nie ma, to czy wykonawca ma samodzielnie pozyskać uprawnienia prawnoautorskie od twórców do realizacji tej części zamówienia podczas gdy brak tej informacji (w przypadku załącznika 12 do PFU oświadczenia w tym zakresie są) ma zasadnicze znaczenia w zakresie realizacji części projektowej zamówienia.

Wykonanie projektów zamiennych ingeruje w integralność utworów w postaci istniejących projektów i przy braku uprawnień stanowi naruszenie przepisów UPA, a brak regulacji w SIWZ w tym zakresie uniemożliwia oszacowanie oferty. Wskazuje się też, że regulacje prawoautorskie są wymaganiami dodatkowymi PFU na temat przede wszystkim opracowanego projektu budowlanego.

W ocenie Odwołującego I w zakresie zaś oświadczeń prawno-autorskich z załącznika nr 12 do PFU nie wynika, że Zamawiający jest dysponentem praw autorskich tam wskazanych, jak też i innych autorskich praw majątkowych i zależnych do pozostałych utworów, które będą podlegać opracowaniu lub zmianie. W Umowie 2a są inne osoby jako twórcy projektów wskazane.

W myśl art. 8 ust. 1 UPA prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że utworem podlegającym ochronie prawnoautorskiej jest każde dzieło, jeśli - przynajmniej pod względem formy - wykazuje pewne elementy twórcze, choćby minimalne (orzeczenie SN z 31 marca 1953 r., II C834/52). Z faktu stworzenia utworu twórcy przysługują autorskie prawa osobiste, majątkowe oraz wyłączne prawo do zezwalania na rozporządzanie i korzystanie z tzw. praw zależnych. Zmiana cudzego utworu

powoduje powstanie utworu zależnego, który opiera się na utworze pierwotnym. Na korzystanie z utworu zależnego, jak również na rozporządzanie utworem zależnym niezbędna jest zgoda twórcy utworu, który został zmieniony.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający winien działać zgodnie z art. 354 k.c. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego określone obowiązki, co wprost wynika z art. 29 PZP. OPZ musi być jasny i precyzyjny. Jak też zupełny, czyli musi określać także takie kwestie jak konieczność zapewnienia praw. gdyż jak tego brak w OPZ to na etapie realizacji Umowy nie można tego wymagać od wykonawcy. Również KIO w wyroku z 21 lutego 2017 r. (KIO 269/17) wskazało, że „Skoro zamawiający, nie uczynił tego samego przy zamawianiu systemu A., to konsekwencje kosztowe wiążące się przykładowo z zakupem licencji i ich uprawnionego udostępnienia wykonawcom tego zamówienia na system E prowadzonego w procedurze przetargu nieograniczonego obciążają zamawiającego. To samo dotyczy wykonania modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów”.

Wobec tego, ww. uchybienie Zamawiający winien usunąć i zamieścić stosowne oświadczenia lub dokumenty bądź też uregulować tę kwestię w inny, jednoznaczny sposób. Dodatkowo, za wyrokiem KIO (KIO 123/14) Odwołujący I wskazał, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami PZP oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 2 PZP wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Odwołujący I wskazał, że granicę kompetencji Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad jego realizacji określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymienione w art. 7 ust. 1 PZP. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 PZP użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogą sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej

konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w bezpośrednio. W świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 PZP nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia.

VIII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający w §3 ust. 3 pkt 2) Umowy 2a oraz §3 ust. 1 pkt 2) Umowy 2b nałożył na wykonawcę nieprecyzyjny obowiązek „uzyskania we własnym zakresie i na własny koszt (w imieniu i na rzecz Zamawiającego) wszelkich opinii, uzgodnień, zezwoleń i decyzji niezbędnych do wykonania Zadania i osiągnięcia celu, o którym mowa w ust. 2 powyżej”. Odwołujący I wskazał, że jest to opis niespełniający wymogów z art. 29 ust. 1 i 2 PZP. Uniemożliwia bowiem właściwe oszacowanie oferty przez wykonawcę, a Zamawiający powinien w sposób zupełny podać szczegółowy zakres tego zobowiązania. Wykonawca nie wie albowiem, co przez te postanowienie Zamawiający rozumie, a tym samym jaki jest jego zakres, co wprost przekłada się na to, że jakakolwiek oferta wykonawców nie musi uwzględniać tożsamego zakresu tego postanowienia, z zakresem jaki uznaje Zamawiający. Dlatego też, zakres zamówienia może być tożsamy z tym wskazanym w ofercie (por. art. 140 ust. 1 PZP).

Za wyrokiem KIO z 80 czerwca 2017 r. (KIO 1206/17; KIO 1208/17) Odwołujący I wskazał, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń, polegających m.in. na tym, że co do zasady to zamawiający określa postanowienia umowne (art. 86 ust. 1 pkt 16 PZP). Z art. 29 ust. 1 PZP wynika zaś, że zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten można odnieść także do innych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia niż jedynie opisana jako "opis przedmiotu zamówienia", określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, np. do warunków realizacji umowy. Z przepisu tego nie można jednak wywodzić, że, aby opis wymagań był wyczerpujący i dostatecznie dokładny, należy go uszczegóławiać aż do etapu omówienia najmniejszego szczegółu. Z kolei jak wskazało KIO w wyroku z 5 lutego 2018 r. (KIO 171/13) „Z uwagi na brzmienie art. 29 ust. 1 p.z.p., zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót

wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. ”

Odwołujący I wskazał, że działanie Zamawiającego zniechęca wykonawców do uczestnictwa w postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i w Umowie 2a, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji, gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna.

Bez względu, w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 PZP, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

Odwołujący I odwołał się do wyroku KIO z 23 kwietnia 2014 r. (KIO 706/14), gdzie wskazano „Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę z 2004 r. Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice rzeczowe i czasowe przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się znacząco nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter

prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w S/WZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także pozwalać na oszacowanie ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego I, Zamawiający winien doprecyzować kwestionowane postanowienia umowne.

IX. Zarzut naruszenia art. 29 ust.1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 28 i n. RODO.

Zdaniem Odwołującego I Zamawiający dopuścił się również naruszeń wskazanych w kolejnym zarzucie. Nie określił bowiem w treści Umowy 2a oraz Umowy 2b zasad przetwarzania danych osobowych oraz zasad powierzenia przetwarzania danych osobowych zgodnie z RODO, podczas gdy zarówno Zamawiający, jak i wykonawca będą przetwarzać dane osobowe pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, osób do przeszkolenia wskazanych w §3 ust 3 pkt 7) Umowy 2a oraz w §3 ust. 1 pkt 6) Umowy 2b oraz osób wskazanych jako kierownicy, czy przedstawiciele lub koordynatorzy lub członkowie zespołu projektowego, podczas gdy jest to konieczne w celu wykonania ww. umów, jak i dokonania weryfikacji zgodności postanowień w zakresie danych osobowych z RODO, co więcej ww. wymogu nie realizuje §7 ust. 28 Umowy 2a i Umowy 2b.

W ocenie Odwołującego I konieczność określenia ww. zasad przetwarzania jest istotną okolicznością, którą określa zasady realizacji zamówienia/

X. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) PZP w zw. z art. 139 ust. PZP w zw. z art. 3531 k.c.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający nie jest uprawniony weryfikować realizację art. 29 ust. 3a PZP poprzez żądanie dokumentów z §7 ust. 21 Umowy 2a i Umowy 2b. Sporne postanowienia dotyczą żądania przedkładania kopii umów o pracę, zaświadczenia do ZUS, kopii zgłoszenia pracownika do ubezpieczenia. Jednakże, jedyną przesłanką uprawniającą zamawiającego do żądania przekazania danych osobowych pracowników wykonawcy, mógłby być przepis prawa nakładający na wykonawcę (lub dalszego podwykonawcę) taki obowiązek, a takiego uprawnienia brak, a nadto wspólne stanowisko Prezesa UZP oraz PUODO, dostępne na stronie UZP.

Na marginesie Odwołujący I wskazał, że orzecznictwo sądowe wskazuje, że „O tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych da stosunku pracy” (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 2 sierpnia 2016 r., III AUa 235/16). Stosunek pracy istnieje nawet wtedy, gdy strony w dobrej wierze zawierają umowę cywilnoprawną, lecz jej treść lub sposób realizacji odpowiada cechom stosunku pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2008 r., I PK 31 1/07). Umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 26 lipca 2016 r. III AUa 490/16).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego I, sporne postanowienia Umowy nie są zgodne z przepisami PZP, w tym są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

XI. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający naruszył również przepisy poprzez określenie w §4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a terminu realizacji Kamienia Milowego 1 w zw. z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 1) SIWZ, jako określonego konkretną datą (15 lipca 2019 r.), mimo że termin zawarcia Umowy 2a nie jest znany, a pozostałe terminy realizacji Kamieni Milowych określone są w miesiącach liczonych „od dnia podpisania Umowy”, co skutkuje nieproporcjonalnością tego etapu realizacji Umowy 2a.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, że termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 PZP. W przypadku ustalenia terminu w sposób "sztywny" jako daty kalendarzowe, Zamawiający nie uwzględnia zdaniem Odwołującego wszelkich okoliczności i zmiennych mogących mieć wpływ na możliwość zachowania tego terminu. Jak wskazała KIO w wyroku z 2 września 2016 r. (KIO 1557/16) „Zamawiający oznaczając terminy przez daty kalendarzowe nie mając jednocześnie wpływu na datę faktycznego początku realizacji zamówienia wypełnia tym samym przesłanką niemożliwości świadczenia.” Sztywny termin, nie bierze pod uwagę tego, że jest możliwość składania odwołań w Postępowaniu, a zatem zakładany

nawet przez Zamawiającego termin zawarcia umów może ulec zmianie. Wykonawcy składając ofertę wyceniają czas do realizacji poszczególnych etapów zamówienia. Przedłużenie terminu zawarcia umów, skutkować zaś będzie rzeczywistym zmniejszeniem okresu, w jakim wykonawca będzie mógł zrealizować tę część zamówienia. Jak wskazała KIO w wyroku z 27 kwietnia 2016 r. „Nie wykluczając możliwości wnoszenia przez wykonawców odwołań od wyboru najkorzystniejszej oferty, a to termin ten może ulec przesunięciu o kolejny prawe miesięczny okres czasu. Przy ustaleniu sztywnej daty końcowej wykonania zamówienie może skrócić okres realizacji zamówienia do około 2-3 miesięcy”.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego I, konieczna jest zmian spornego postanowienia w taki sposób, aby Zamawiający określił termin jego realizacji jako okres od zawarcia umów, a nie jako datę sztywną.

XII. Zarzut naruszenia art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 PZP.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający w sposób rażący naruszył dyspozycję art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 PZP. Zamawiający bowiem określił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ponad obowiązujące prawem limity. Przewidział bowiem jego uzupełniania, o ile Zamawiający w toku realizacji umów skorzysta z niego. Zamawiający w §22 ust. 7 i ust. 13 Umowy 2a oraz Umowy 2b przewiduje obowiązek uzupełnienia zabezpieczenia, co jest sprzeczne z ww. przepisami. W sposób jednoznaczny na temat niezgodności takiego działania i żądania uzupełnienia zabezpieczenia ponad 10% wartości zamówienia KIO wypowiedała się już wielokrotnie. Odwołujący I przywołał wyrok KIO z: 29 listopada 2012 r. (KIO 2211/12), 30 stycznia 2013 r. (KIO 110/13), 14 sierpnia 2012 r. (KIO 1529/12). Celem zabezpieczenia, określonym przez ustawodawcę w art. 147 ust. 2 PZP jest zabezpieczenie pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, „Ustawodawca zatem z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia do wysokości 10%. Brak jest wobec tego podstaw do przyjęcia, że uprawnione i możliwe jest podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w przypadku, gdy zamawiający pokrył część zabezpieczenia swoją szkodę.” (wyrok KIO 11 0/1 3 z 30 stycznia 2013 roku). Podobnie Izba w wyroku z 14 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1768/12: „Nie można przyjąć, że zamawiający będzie mógł wnosić o podwyższenie złożonego zabezpieczenia, jeżeli zaspokoił się z zabezpieczenia, gdyż istotą instytucji zabezpieczenia jest możliwość zabezpieczenia roszczeń

zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy, de tylko do wysokości tego zabezpieczenia. W przypadku braku możliwości zabezpieczenia wszystkich roszczeń zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy z omawianego zabezpieczenia, zamawiający będzie mógł dochodzić swoich roszczeń na zasadach ogólnych.”.

XIII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 2 pkt 9b) PZP w zw. art. 353¹ k.c.

Odwołujący I wskazał też na ww. naruszenie, które zaistniało w §7 ust. 18 w zw. z ust. 17 Umowy 2a i Umowy 2b że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy również dalszych podwykonawców, podczas gdy, ten obowiązek z mocy przepisów PZP jest ograniczony do wykonawcy oraz podwykonawcy, a tym samym nie obejmuje dalszych podwykonawców. Definicja podwykonawcy z art. 2 pkt 9b) PZP ogranicza się do podmiotu, który zawarł umowę z wykonawcą, a zatem ww. wymóg jest sprzeczny z PZP, a nadto nieproporcjonalny i nadmiernie ingerujący w działalność podwykonawców, na co wykonawca nie może mieć wpływu. Jeśli w PZP jest mowa o dalszym podwykonawcy, to ustawodawca wprost o tym mówi. Przepis art. 29 ust. aa PZP nie przewiduje zaś dalszego podwykonawcy.

XIV. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c.

Odwołujący I wskazał, że kolejnym naruszeniem jest wskazanie obowiązku w §13 ust. 9 Umowy 2a oraz Umowy 2b do przedkładania umów prawnoautorskich, zawartych przez wykonawcę. Takie umowy objęte są często klauzulami poufności, jak też określone w nich zasady współpracy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust. 4 UZNK.

W ocenie Odwołującego I przedmiotowe żądania może zatem skutkować naruszeniem przez wykonawcę zasad poufności, co może skutkować zarówno odpowiedzialnością karną, jak i cywilną. Dodatkowo, powiązany z tym jest niezasadny wymóg w zakresie §24 ust. 1 pkt 7) lit. i) Umowy 2a oraz Umowy 2b poprzez ustalenie kary umownej w zakresie zwłoki za nieprzedłożenie tych umów, co stanowi też wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do zakresu zamówienia. Mieć też na uwadze należy, że w oparciu o §13 ust. 8 Umowy 2a i Umowy 2b wykonawca oświadcza Zamawiającego, że jest dysponentem praw autorskich. Za złożenie niezgodnego z prawdą

oświadczenia, wykonawca ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą względem Zamawiającego.

XV. Zarzut naruszenia art. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 357¹ k.c. w zw. z art. 358¹ § 3 k.c. w zw. z art. 632 §2 k.c. w zw. z art. 5 k.c.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający naruszył też ww. przepis wskazane w zarzucie. Zamawiający określił, w §8 ust. 2 w zw. z §10 ust 5 Umowy 2a i Umowy 2b „Koszty związane z uwzględnieniem wytycznych Zamawiającego przekazywanych Wykonawcy w toku uzgodnień, o których mowa w zdaniu pierwszym, zostały ujęte w wynagrodzeniu brutto, w związku z czym jakiegokolwiek zmiany dokumentacji projektowej z tym związane nie będą skutkowały wzrostem wynagrodzenia brutto, ani też nie będą podstawą dochodzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych (w tym za wydłużenie okresu realizacji Umowy - pactum de non petendo).” W rzeczywistości ww. postanowienia skutkuje wyłączeniem wskazanym w zarzucie przepisów k.c. umożliwiających zmianę wynagrodzenia. Oczywistym jest, że wynagrodzenie wykonawcy z oferty obejmuje to co w tej ofercie wskazane i znane na moment zawarcia umowy (por. art. 140 PZP). KIO w wyroku z 15 lutego 2018 r. (KIO 145/18; KIO 173/18) wprost wskazano, że zamawiający nie mogą przerzucać całego ryzyka kontraktowego na Wykonawców. Przepisy art. 357¹ k.c., art. 358¹ k.c., art. 632 § 2 k.c. przewidują możliwość dochodzenia przez wykonawcę przed sądem m.in. podwyższenia wynagrodzenia umownego i sądowej waloryzacji świadczeń pieniężnych. Dotyczy to głównie sytuacji, w których wykonawcy grozi rażąca strata z uwagi na zmianę okoliczności w trakcie wykonywania zamówienia, których nie można było przewidzieć. Przepisy prawa (kodeks cywilny) dopuszczają w takich sytuacjach możliwość dochodzenia od zamawiającego przed sądem podwyższenia wynagrodzenia. W przypadku wystąpienia tego rodzaju nadzwyczajnych okoliczność sąd w wyroku może podwyższyć wynagrodzenie dla wykonawcy. KIO przyznała, że prawo zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków przyszłej umowy nie ma charakteru absolutnego. Rezygnacja ze wspomnianych klauzul może skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji, ponieważ tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, zezwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego I dyspozytywny charakter przedmiotowych norm nie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Odwołujący I dodał, że nie jest to zakres uzgodnień i zaleceń, o których mowa w ww. postanowieniu. Zatem, nie jest możliwym określenie przy wycenie oferty, rzeczywistej jej ceny, albowiem dokonanie wyliczenia ceny oferty następuje w oparciu o dokumenty przekazane w toku postępowania.

XVI. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający naruszył ww. przepisy poprzez określenie w §10 ust. 1 1 Umowy 2a i Umowy 2b „45” - dniowego uprawnienie Zamawiającego do weryfikacji dokumentacji lub jej części, co może mieć negatywny wpływ na realizację terminową zamówienia z negatywnymi skutkami dla wykonawcy. Taki długi okres może powodować nieuzasadnione blokowanie rozpoczęcia prac, a nadto termin ten jest nieproporcjonalny dla prawidłowej realizacji zamówienia i powinien być znacznie krótszy. Taki okres jest nieuzasadniony i nieproporcjonalny, a zatem nie jest zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP. W ocenie Odwołującego I skutkuje też nadmiernym uprzywilejowaniem Zamawiającego. Tak długi okres jest nieuzasadniony również z powodów podanych w §4 Umowy 2a. Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby okres ten był tak długi.

XVII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c.

W ocenie Odwołującego I kolejne uchybienie Zamawiającego wynika z niespójności postanowień Umowy 2a i Umowy 2b, a nawet z ich wzajemnej sprzeczności. Zamawiający określił w §19 ust. 12 Umowy 2a i Umowy 2b, że „Koordynator Inspektorów Nadzoru dokonuje weryfikacji i pisemnego zatwierdzenia wniosku o płatność częściową (...). Jedynie w przypadku „bezusterkowego odbioru częściowego”. W ocenie Odwołującego I użycie wyrażenia „bezusterkowego” jest sprzeczne m.in. z §4 ust. 3, §19 ust. 2 oraz §19 ust. 19 Umowy 2a i Umowy 2b, które przewidują, iż odbiory częściowe dokonywane są bez wad istotnych, a zatem z wadami nieistotnymi, a co więcej stosownie do §19 ust. 5 Umowy 2a - odbiór częściowy (z wadami nieistotnymi) jest także podstawą dokonania płatności częściowych na rzecz Wykonawcy.

Powyższe skutkuje tym, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a zatem sprzeczny z przepisami wskazanymi w zarzucie. Zamawiający powinien z kolei działać zgodnie z należytą starannością (art. 354 k.c.) i w sposób spójny i jednoznaczny określić postanowienia umowne.

XVIII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c.

Odwołujący I wskazał, że nie odmawia Zamawiającemu prawa do ustalenia kar umownych. Jednakże, poprzez brak określenia limitu kar umownych w przypadku określenia aż 32 podstaw do naliczenia kar umownych, Zamawiający nadużywa pozycji dominującej. Zamawiający przewiduje kary umowne niemal za wszystko. Zamawiający przerzuca zatem na wykonawcę ciężar wykazywania braku ewentualnych podstaw do naliczenia kar umownych. Co więcej, hipotetycznie, wysokość kar umownych może przekroczyć wartość zamówienia, która jest nie mała. Odwołujący I wskazał, że KIO uznaje w orzeczenia, że limit kary umowne naliczone przez zamawiającego nie mogą przekraczać 10% wynagrodzenia umownego. Jest to standardowe postanowienie przewidywane w podobnych przypadkach i uwzględniając fakt, że zamawiający ma również prawo do odszkodowania uzupełniającego, należycie zabezpiecza jego interesy (wyrok KIO z 6 marca 2013 r. KIO 411/13). Podobnie uznało KIO w niedawnym wyroku z 2 marca 2018 r. (KIO 323/18), nakazując ograniczenie wysokości kar umownych do 30%. KIO wskazało, że Zamawiający winien swoje uprawnienia skorelować z obowiązkami wynikającymi w

szczegółności z przepisem art. 44 ustawy o finansach publicznych, czyli celowego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu celu.

XIX. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 §2 k.c.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający określił w sposób rażąco wygórowany kary umowne w §25 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy 2a oraz Umowy 2b, podczas gdy inne zastrzeżone kary są w znacznie niższej wysokości. W §25 ust. 1 pkt 3) kara wynosi aż 5% wartości brutto, a ze względu na wartość zamówienia, 5% z tej kwoty stanowić będzie kwotę rzędu kilku, jak nie kilkunastu milionów złotych. W przypadku pkt 4) kara w wysokości 0,5 % również jest rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia i wobec innych kar zastrzeżonych.

Odwołujący I wskazał, powołując się na wyrok KIO 323/18, iż w orzecznictwie stwierdza się, że kara umowna spełnia różne funkcje. Po pierwsze, jest to funkcja odszkodowawcza, po drugie, kara umowna pełni również funkcję prewencyjno-represyjną, motywującą dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami jakościowymi i w oznaczonym w umowie terminie. Z powyższego należy wywieść, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia wysokości kar umownych nie jest nieograniczone. Zamawiający w odniesieniu do odszkodowawczej funkcji kar winien wykazać, czy ustalona wysokość kary odpowiada wysokości ewentualnej szkody, spowodowanej nieterminowym wykonaniem zamówienia lub jego części. Kara winna mieć funkcję odszkodowawczą, a nie dochodowa dla Zamawiającego, dlatego też wysokość kary nie może przekraczać wysokości ewentualnej szkody/straty Zamawiającego. Taki charakter ma ta kara. Brak jest możliwości określenia szkody u Zamawiającego (jednego, czy drugiego). Kary te są niewspółmierne. Za inne przypadki do naliczenia kar umownych, Zamawiający przewiduje zdecydowanie niższe kary, mimo, że stopień naruszenia jest większy. Wysokość tych kar jest zatem nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Podkreślić trzeba też, że kary za te naruszenia nie dotyczą zasadniczego przedmiotu umów, ale kwestie dodatkowych i ubocznych.

XX. Zarzut naruszenia art. 29 ust. i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający uregulował w §5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b Projektu Organizacji Robót. Ponadto, w §16 ust. 8 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b wskazano, że przez cały okres realizacji przedmiotu Umowy, Stadion spełniał wymagania określone w obowiązującym w danym sezonie Podręczniku licencyjnym dla klubów Ekstraklasy (aktualne Podręczniki licencyjne dla klubów Ekstraklasy dostępne są pod adresem <http://www.pzpn.pl/rpzyrywki-klubowe/licencje-klubowe>). Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić ww. wymagania przy opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz przy określeniu zakresu i terminu wydania Wykonawcy przez Zamawiającego poszczególnych części placu budowy. Wykonawca odpowiada za takie opracowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego, które będzie umożliwiała zachowanie ww. warunków korzystania z obiektu przez dzierżawcę.

Dodatkowo, Zamawiający w §16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b wskazał, że wszelkie koszty związane z zapewnieniem funkcjonowania Stadionu w sposób gwarantujący spełnienie warunków technicznych, o których mowa w ust. 3 i 4, w szczególności w zakresie utrzymania i pielęgnacji boisk, zaopatrzenia w media, zapewnienia warunków transmisji telewizyjnych, itp. obciążają Wykonawcę. Wykonawca w szczególności zabezpieczy i pokryje koszty wszelkich tymczasowych rozwiązań, zabudowy, budowy zaplecza cateringowego, dojazdów, pomieszczeń dla VIP, dojazdów i pomieszczeń dla wozów transmisyjnych, miejsc dla dziennikarzy, stanowisk komentatorskich, miejsc dla przedstawicieli spółki Pogoń Szczecin S.A., Policji, PZPN, zgodnie z warunkami Podręcznika licencyjnego, o którym mowa w ust. 3, a ponadto powinien zapewnić tymczasową infrastrukturę dla producenta sygnału telewizyjnego (zasilanie dla wozów transmisyjnych, sieć www, itp).

W ocenie Odwołującego I powyższe postanowienia powodują, że wykonawca nie jest w stanie tych obowiązków wycenić i uwzględnić w ofercie. Ponadto, podręczniki licencyjne podlegają zmianom. Na te zmiany wykonawca nie ma wpływu. Co więcej, wykonawca nie musi być ekspertem od zasad rozgrywek piłkarskich. Zamawiający zatem nie zrealizował art. 29 ust. 1 i 2 PZP, albowiem w sposób jednoznaczny nie określił, które wymogi z podręcznika licencyjnego go dotyczą. Zamawiający winien zatem załączyć te podręczniki licencyjne, aby wykonawcy mogli się z nimi zapoznać i aby stanowiły załączniki do umów. Jednocześnie, Zamawiający winien wprost wskazać, które zasady i postanowienia z ww. podręczników wykonawca ma realizować. Wykonawca nie jest od tego, aby analizować podręczniki rozgrywek sportowych, ani ich interpretować. Nie ma go tego wiedzy ani kompetencji. To Zamawiający realizując art. 29 ust. 1 PZP, winien wskazać, co z tych podręczników wykonawca ma zrobić i jak.

Dlatego też, w tym zakresie wykonawca wnosi o zmianę w §5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez załączenie jako załączników do ww. umów Podręczników licencyjnych i wskazanie, które regulacje z ww. podręczników dotyczą wykonawcy.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego I, całkiem nieproporcjonalne jest obciążanie kosztami realizacji wymagań z podręcznika wykonawcą. Wykonawca nie jest w stanie tego wycenić, a nadto jak wskazano, podręczniki te mogą się zmieniać. Jak zatem wykonawca ma wycenić w ofercie te zmienne?

W podsumowaniu Odwołujący I wskazał, że wykonawca nie powinien ponosić kosztów realizacji ww. wymogu, o ile zmiany tych regulacji nastąpią. Dlatego też wykonawca wnosi zmianę §16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez dodanie ostatniego zdania „Wykonawca nie ponosi kosztów związanych ze zmianami wprowadzonymi w podręcznikach licencyjnych w trakcie realizacji umowy”.

XXI. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c.

Odwołujący I wskazał, że kolejnym naruszeniem jest uregulowanie z §6 ust. 5 Umowy 2a „Ewentualna zmiana klasyfikacji budżetowej nie wymaga zmiany Umowy, a Wykonawca wyraża zgodę, aby Zamawiający dokonywał tych zmian we własnym zakresie, bez konieczności informowania Wykonawcy. Zamawiający zastrzega możliwość jednostronnej zmiany podziału ww. kwot, w szczególności w wypadku zmiany warunków Dofinansowania. W wypadku zmiany podziału ww. kwot Wykonawca zobowiązany jest dostosować plan płatności do dokonanych zmian. Zmiana podziału środków nie stanowi zmiany Umowy. ” Przedmiotowe postanowienia przyznaje w zasadzie uprawnienie Zamawiającemu do jednostronnej zmiany umowy, co jest wykluczone i nie jest zgodne z art. 144 PZP.

W ocenie Odwołującego I powyższy zapis jest wprost sprzeczny z istotą dokonania zmian umowy. Każda zmiana umowy wymaga wyrażenia zgody przez wszystkie jej strony. Taki wymóg stawia również przepis art. 144 ust. 1 PZP. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 4 lutego 2011 r. (III CSK 143/10), w którym wskazano, że „Do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 p.z.p., może dojść jedynie rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy. ”

XXII. Zarzut naruszenia art. 83 UPU oraz art. 225 ust. 1 i art. 247 UPRT

Odwołujący I wskazał, że przedmiotowe postanowienia tj. §25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b oraz §25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b przyznają Zamawiającemu prawo do odstąpienia, które jest niezgodne z przepisami. Przepisy te wprost mówią o nieważności takich postanowień umownych, a zatem dotknięte są one sankcją z art. 58 §1 k.c.

Sygn. akt: KIO 1384/18

W dniu 13 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (dalej jako „**Odwołujący II**”) wobec następujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „**SIWZ**”):

- (i) Rozdział V pkt 2 ppkt 1 lit. a3) SIWZ: „Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że (...) wskaźnik rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS), obliczony zgodnie ze wzorem: $ROS = (\text{zysk netto ze sprzedaży} / \text{przychody netto ze sprzedaży}) * 100\%$ wyniósł na koniec roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 2,5%”;
- (ii) §24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik 2a do SIWZ): „Niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: (...) za brak możliwości organizacji imprezy masowej, o której mowa w § 16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez Wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności nie zapewnienia warunków, o których mowa w § 16 ust. 3-10 Umowy - w wysokości 5% (pięć procent) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie”;
- (iii) § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (załącznik 2a do SIWZ): „Niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: (...) za inny niż wymieniony w pkt 3 brak możliwości korzystania z obiektów (np. brak możliwości organizacji treningu, rozgrywek, meczów Centralnej Ligi Juniorów lub III ligi piłkarskiej), o których mowa w § 16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności

niezapewnienia warunków, o których mowa w § 16 ust. 3-11 Umowy - w wysokości 0,5% (pięć dziesiątych procenta) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie";

- (iv) Rozdział XII pkt 1 ppkt 4) SIWZ: „Zastępca Kierownika Budowy - 10%. Sposób przyznawania punktów w kryterium „Zastępca Kierownika Budowy”: Punkty w ramach tego kryterium będą przyznawane za udział w realizacji zamówienia na zasadach określonych w projekcie umowy Zastępcy Kierownika Budowy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane dla Kierownika Budowy, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b2) siwz. Ocena ofert w tym kryterium dokonywana będzie na podstawie złożonej przez wykonawcę w treści oferty deklaracji dysponowania osobą, która w okresie realizacji zamówienia będzie pełniła funkcję Zastępcy Kierownika Budowy, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane dla Kierownika Budowy, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b 2) siwz. Ocena ofert będzie dokonana zgodnie z regułą spełnia/nie spełnia. W przypadku zadeklarowania przez wykonawcę dysponowania osobą, która w okresie realizacji zamówienia będzie pełniła funkcję Zastępcy Kierownika Budowy, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane dla Zastępcy Kierownika Budowy, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b 2) siwz, wykonawca otrzyma 10 pkt. Wykonawca może uzyskać w tym kryterium maksymalnie 10 pkt."

- (v) Pkt 2.3.9.3 lit. B) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 81), załącznik 4a do SIWZ: „Boisko nr 1 - płyta główna stadionu: (...) B) Nawierzchnie:

a) Murawa naturalna hybrydowa (na boisku do gry wraz z pasami bezpieczeństwa za liniami bocznymi i bramkowymi). Składowe systemu:

- podkład z maty syntetycznej o następujących parametrach:
 - wysokość runa 45-55 mm
 - gęstość określona ilością splotów min 5.800/m²
 - gęstość określona ilością włókien min. 69.500/m²
 - ciężar włókna min 690 g/m²
 - rodzaj włókna: 100% włókien monofilowych, polietylen
 - nasycenie włókien runa trawy Dtex min 13.000
 - spód podstawowy: min 100% polietylen
 - spód wtórny: powłoka poliuretanowa
- mieszanka piasku (wypełnienie maty) o parametrach wskazanych poniżej:
 - skład granulometryczny mieszanki: > 2mm - max. 3%: od 1 do

2 mm - max. 7%; od 0,5 do 1,0 mm - max 20%, od 0,25 do 0,50 mm - min 40%, od 0,10 do 0,25 mm - od 20 do 35%; od 0,05 do 0,10 mm - max 5%

- grubość warstwy piasku 3 cm
- odczyn pH 6-7,5"

oraz

Pkt 2.3.9.8 lit. C) b) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 117), załącznik 4a do SIWZ: „Boiska 5 i 6 - b) Nawierzchnia - naturalna murawa (darń naturalna wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej) - wymiary pola gry 105x66m z pasami bezpieczeństwa o szerokości 3m za liniami bocznymi i 5m za liniami bramkowymi oraz z pasem przestrzeni pomiędzy boiskiem nr 5 i 6. Murawa naturalna - pow. 17131 m². Parametry:

- wiek darni 12-24 m-ce;
- szerokość rolki 2,4m
- grubość rolki trawy min 3 cm

dostarczona darń powinna posiadać wzmocnienie w postaci włókien zawartych w warstwie systemu korzeniowego. Parametry wzmocnienia: włókno polipropylenowe, denier 50, długość włókien: 36-44 mm, ilość włókien w 1m³ darni: od 1,75kg do 5,84kg (od 45g do 150 gr/m²);

- niedopuszczalne jest wykorzystanie wzmocnienia w postaci siatki syntetycznej;
- skład gatunkowy traw: 50% wiechlina łąkowa - (*Poa pratensis* L), co najmniej dwie odmiany w gatunku. 50% życia trwała (*Lolium perenne* L), co najmniej dwie odmiany w gatunku.
- pH gleby darniowej (podłoża) powinien mieścić się w zakresie 6-7,5
- zawartość substancji organicznej powinna mieścić się w zakresie 1-3%
- dostarczona darń nie może zawierać w swej strukturze, zanieczyszczeń ani oznak chorób grzybowych, bakteryjnych i innych.
- dostarczona darń powinna charakteryzować się nierozzerwalnością (wytrzymałością na obrót buta) powyżej 25Nm, pomiar wykonany powinien być za pomocą urządzenia Toma Shear Strength Tester lub równoważnego.
- instalacja darni musi być wykonana za pomocą specjalistycznych mechanicznych rozkładarek (układanie maszynowe)
- przed wbudowaniem materiału Wykonawca powinien przedstawić:
 - autoryzującą dostawy i montażu wystawioną przez producenta trawy z rolki zawierającą opis przeznaczenia i nazwę zadania,
 - paszport murawy,
 - badania laboratoryjne podłoża darniowego (gleby do głębokości 3 cm z której wycinana jest trawa w postaci rolek)

- wszystkie odstępstwa od określonych warunków będą skutkować nie przyjęciem darni i koniecznością dostarczenia właściwej”.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(i) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. a3) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny w kontekście oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przed to uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie przez wykonawców zdolnych podjąć się jego realizacji;

(ii) art. 353¹, art. 483 § 1 i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14, art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez określenie kar umownych, o których mowa w § 24 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy w sposób rażąco wygórowany, wykraczający poza odszkodowawczą oraz prewencyjną funkcję kary umownej, a także sformułowanie postanowienia § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy w sposób, który przyznaje Zamawiającemu dyskrecyjną i niemal nieograniczoną możliwość obciążania wykonawcy karami umownymi;

(iii) art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp poprzez określenie pozacenowego kryterium oceny ofert, o którym mowa w Rozdziale XII pkt 1 ppkt 4) SIWZ w sposób nadmierny, zrównujący znaczenie osoby mającej pełnić funkcję Zastępcy Kierownika Budowy z osobą sprawującą funkcję Kierownika Budowy, podczas gdy ich rola i zadania pozostają odmienne (Zastępca Kierownika Budowy pełni rolę drugoplanową), co, uwzględniając wyśrubowane wymogi odnośnie tej osoby, czyni analizowane kryterium oceny ofert niepowiązaniem z przedmiotem zamówienia;

(iv) art. 29 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie murawy stadionu (pkt 2.3.9.3 lit. B) PFU, dok. POGOŃ Stadion Opis) oraz boisk nr 5 i 6 (pkt 2.3.9.8 lit. C) b) PFU, dok. POGOŃ Stadion Opis) w sposób ograniczający uczciwą konkurencję z uwagi na fakt, że uwzględnienie parametrów technicznych wymaganej murawy wskazuje, iż możliwe jest skorzystanie z jednego tylko produktu oferowanego przez jeden podmiot; a w konsekwencji,

(v) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący II wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dostosowanie treści SIWZ do stanu zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa poprzez nadanie postanowieniu z:

i. Rozdziału V pkt 2 ppkt 1 lit. a3) następującego brzmienia:

„Średni wskaźnik rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS) z ostatnich trzech lat obrotowych, obliczony zgodnie z wzorem: $ROS = (\text{zysk netto ze sprzedaży/przychody netto ze sprzedaży}) \cdot 100\%$, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, wynosi co najmniej 3,5%. W żadnym z trzech ostatnich lat obrotowych wskaźnik rentowności sprzedaży netto nie może być niższy niż 0%”;

ii. § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy następującego brzmienia:

„Niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: (...) za brak możliwości organizacji imprezy masowej, o której mowa w § 16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez Wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności nie zapewnienia warunków, o których mowa w § 16 ust. 3 - 10 Umowy - w wysokości 0,5% (pięć dziesiątych procenta) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie”;

iii. § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy następującego brzmienia:

„Niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: (...) za inny niż wymieniony w pkt 3 brak możliwości korzystania z obiektów (np. brak możliwości organizacji meczów Centralnej Ligi Juniorów lub III ligi piłkarskiej), o których mowa w § 16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności niezapewnienia warunków, o których mowa w § 16 ust. 3-11 Umowy - w wysokości 0,01% (jedna setna procenta) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie

iv. Rozdziału XII pkt 1 ppkt 4) SIWZ następującego brzmienia:

„Zastępca Kierownika Budowy - 10%. Sposób przyznawania punktów w kryterium „Zastępca Kierownika Budowy”.

Punkty w ramach tego kryterium będą przyznawane za udział w realizacji zamówienia na zasadach określonych w projekcie umowy Zastępcy Kierownika Budowy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie określone poniżej.

Zastępca Kierownika Budowy musi być osobą:

- a) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz
- b) posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe (od daty uzyskania uprawnień) w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz
- c) która w ostatnich 10 (dziesięciu) latach przed upływem terminu składania ofert przez okres co najmniej 1 (jednego) roku pełniła funkcję kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA, o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót budowlanych co najmniej 100.000.000 zł brutto lub równowartość tej kwoty.

Ocena ofert w tym kryterium dokonywana będzie na podstawie złożonej przez wykonawcę w treści oferty deklaracji dysponowania osobą, która w okresie realizacji zamówienia będzie pełniła funkcję Zastępcy Kierownika Budowy, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż określone powyżej.

Ocena ofert będzie dokonana zgodnie z regułą spełnia/nie spełnia.

W przypadku zadeklarowania przez wykonawcę dysponowania osobą, która w okresie realizacji zamówienia będzie pełniła funkcję Zastępcy Kierownika Budowy, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż określone powyżej, wykonawca otrzyma 10 pkt.

Wykonawca może uzyskać w tym kryterium maksymalnie 10 pkt”;

v. Pkt 2.3.9.3 lit. B) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 81):

„Boisko nr 1 - płyta główna stadionu: (...) B) Nawierzchnie: b) Murawa naturalna hybrydowa (na boisku do gry wraz z pasami bezpieczeństwa za liniami bocznymi i bramkowymi). Składowe systemu:

- mata tkana (tkanie to metoda produkcji polegająca na jednoczesnym przeplataniu wątku, osnowy oraz źdźbeł runa w tym samym czasie, na tej samej maszynie). Nie dopuszcza się stosowania maty tuftingowej;
- mata wykonana w całości z polietylenu (PE) i polipropylenu (PP), z włókien nie podlegających biodegradacji, zapewniająca wieloletnią stabilność wzmocnionej nawierzchni;

- wysokość całkowita : 45 - 50 mm;
- gęstość włókna runa: min. 45.000/m²;
- gęstość pęczków: min. 7.500 /m²;
- grubość włókien runa: min. 300 pm;
- ciężar całkowity: min. 800 gr/m²;
- masa podkładu: min. 250 g/m²;
- rodzaj włókna runa: 100% polietylen monofilamentowy;
- nie dopuszcza się maty podklejanej lateksem butadienowo-styrenowym lub włóknin.

Wypełnienie maty:

substrat wykonany zgodnie z normą DIN 18035-4 lub wytycznymi USGA do wypełnienia maty wzmacniającej na wysokość 2,5- 3,0 cm.

Wykonawca winien posiadać autoryzację producenta maty, z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji) w oryginale, wraz z kartą techniczną maty wzmacniającej, raport z badań niezależnego laboratorium potwierdzający skład surowcowy maty, metodę produkcji i parametry maty wzmacniającej i próbkę oferowanego produktu. Produkt musi posiadać atest PZH”.

vi. Pkt 2.3.9.8 lit. C) b) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 117):

„Boiska 5 i 6 - b) Nawierzchnia - naturalna murawa (darń naturalna wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej) - wymiary pola gry 105x66m z pasami bezpieczeństwa o szerokości 3m za liniami bocznymi i 5m za liniami bramkowymi oraz z pasem przestrzeni pomiędzy boiskiem nr 5 i 6. Murawa naturalna - pow. 17131 m². Parametry:

- wiek darni 12-24 m-ce;
- szerokość rolki m.in. 1,2m
- grubość rolki trawy min 3 cm
- dostarczona darń powinna być zgodna z wymaganymi aktualnej normy DIN 18035-4 a mieszanka nasion zgodna z wymaganiami RSM 3.1 np. wiechlina łąkowa 80% w 3 odmianach i życica trwała 20% - trzy odmiany
- instalacja darni musi być wykonana za pomocą specjalistycznych mechanicznych rozkładarek (układanie maszynowe)
- przed wbudowaniem materiału Wykonawca powinien przedstawić:
 - autoryzację dostawy i montażu wystawioną przez producenta trawy z rolki zawierającą opis przeznaczenia i nazwę zadania,
 - paszport murawy,

- badania laboratoryjne podłoża darniowego (gleby do głębokości 3cm z której wycinana jest trawa w postaci rolek)”;

vi. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

vii. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego II kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał co następuje:

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

Odwołujący II wskazał, że przedmiotem Postępowania jest zaprojektowanie i wybudowanie Centrum Szkolenia Dzieci i Młodzieży wraz z przebudową i rozbudową Stadionu Miejskiego im. Floriana Krygiera w Szczecinie, boisk piłkarskich oraz infrastruktury towarzyszącej. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące Postępowania wysłane zostało 29 czerwca 2018 r., a opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 3 lipca 2017 r., pod numerem 2018/S 125-283935.

W Rozdziale V Zamawiający zawarł opis warunków udziału w Postępowaniu. Pkt 2 ppkt 1 zawiera warunki odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, które Zamawiający postawił na następującym poziomie: „Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) obrót i poziom wskaźników ekonomicznych:

a1) roczny obrót wykonawcy w obszarze działalności gospodarczej objętym zamówieniem, tj. w zakresie robót budowlanych, w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wyniósł minimum 150.000.000 zł (sto pięćdziesiąt milionów złotych) w każdym roku

oraz

a2) wskaźnik bieżącej płynności finansowej (current ratio, CR), obliczony zgodnie z wzorem:

$$CR = \text{aktywa obrotowe} / \text{zobowiązania}$$

krótkoterminowe wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 1,20

oraz

a3) wskaźnik rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS), obliczony zgodnie ze wzorem: $ROS = (\text{zysk netto ze sprzedaży} / \text{przychody netto ze sprzedaży}) * 100\%$ wyniósł na koniec roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 2,5%

oraz

a4) wskaźnik ogólnego zadłużenia (debt ratio, DR), obliczony zgodnie z wzorem: $DR = \text{zobowiązania ogółem} / \text{aktywa ogółem}$ wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, nie więcej niż 0,8.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości”.

W Rozdziale XII SIWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierował przy wyborze wykonawcy. Jednym z nich jest dysponowanie osobą mającą pełnić funkcję Zastępcy Kierownika Budowy. Zamawiający zdecydował, że jeśli osoba ta posiadać będzie uprawnienia i doświadczenie nie mniejsze niż te wymagane w warunkach udziału w Postępowaniu od Kierownika Budowy, przyzna wykonawcy dodatkowe 10 punktów.

Załącznikiem 2a do SIWZ jest wzór umowy, która zawarta zostanie pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą. W § 24 wzoru umowy Zamawiający przewidziała katalog sytuacji, których zaistnienie skutkować będzie obciążeniem wykonawcy obowiązkiem zapłaty kary umownej. W § 24 ust. 1 pkt 3 wskazano, że jednym z takich przypadków będzie sytuacja, w której z powodu nienależytego wykonania obowiązków umownych niemożliwe okaże się zorganizowanie imprezy masowej. Wysokość kary umownej z tego tytułu wynosić ma 5% wynagrodzenia brutto za każde naruszenie. Z kolei w § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy Zamawiający sankcjonuje brak możliwości organizacji innego niż impreza masowa wydarzenia (kara umowna wynosi 0,5%).

Załącznikiem nr 4a do SIWZ jest opis przedmiotu zamówienia, którym, zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp, jest Program Funkcjonalno - Użytkowy (dalej jako „**PFU**”). W dokumencie wchodzącym w skład PFU pn. POGOŃ Stadion opis Zamawiający, w pkt. 2.3.9.3 lit. B wskazał na wymagania

odnośnie płyty głównej stadionu, natomiast w pkt. 2.3.9.8 lit. C) b) PFU na wymogi odnośnie murawy boisk nr 5 i 6.

ZARZUT DOTYCZĄCY ZDOLNOŚCI EKONOMICZNEJ

Odwołujący II wskazał, że jednym z podstawowych obowiązków instytucji zamawiającej jest określenie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te stanowią dla zamawiających gwarancję, że do realizacji zamówienia nie zostanie dopuszczony wykonawcy do tego nieprzygotowany. Istotne jest jednak, aby poziom trudności w dostępie do zamówienia nie został ustalony w sposób nadmierny, to jest taki, który przekracza faktyczną potrzebę, jaka zawsze definiowana jest przez przedmiot zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1a Pzp „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”.

Trafnie obowiązki i uprawnienia zamawiających w kontekście kształtowania warunków udziału w postępowaniu oddała Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „Izba”) w wyroku z dnia 18 września 2017 r. KIO 1776/17: „Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękoi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękoi nie był pozbawiany prawa złożenia ofert”.

W ocenie Odwołującego II kluczowa w kontekście poziomu warunków jest wspomniana w art. 22 ust. 1a Pzp proporcjonalność. Jeśli bowiem warunki będą proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to tym samym spełniona zostanie druga z przesłanek tego przepisu, jaką jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Odkodowując

pojęcie proporcjonalności, należy na wstępie podkreślić, że bezsporne jest, iż każdy warunek w mniejszy lub większy sposób ingeruje w dostęp do zamówienia. Istotne jest jednak, aby to ograniczenie pozostawało uzasadnione, tj. bezpośrednio powiązane z przedmiotem zamówienia. W treści art. 22 ust. 1a Pzp nie chodzi więc o jakąkolwiek proporcję, lecz o proporcję właściwą, tj. powiązanie treści warunku ze specyfiką danego zamówienia. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2013 r. KIO 720/13 : „Skoro z mocy art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 winien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, to przywoływany warunek należy interpretować w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, aby mógł on zostać uznany za proporcjonalny, tj. bezpośrednio nawiązujący do zdolności wykonawcy do wykonania całego zlecanego zakresu zamówienia”.

Odwołujący II wskazał, że w swoim orzecznictwie Izba rozwija, że proporcjonalność należy oceniać przez pryzmat kluczowych parametrów zamówienia, do których zaliczyć można wartość zamówienia, charakterystykę, zakres, stopień złożoności lub warunki realizacji zamówienia. Powiązanie treści warunku z tymi parametrami ma zagwarantować zamawiającemu jakość i rzetelność wykonania przyszłego zamówienia.

Wśród warunków, jakie postawić może zamawiający są m. in. te odnoszące się do sytuacji ekonomicznej wykonawców. Warunek ten istotnie różni się od pozostałych. W odróżnieniu bowiem od doświadczenia, potencjału ludzkiego czy technicznego, a także zdolności finansowej, wykazuje co do zasady najmniej związek z przedmiotem zamówienia. Nie jest bowiem możliwe proste zestawienie tegoż warunku z parametrem przedmiotu zamówienia (ten bowiem co do zasady nie odnosi się wprost do parametrów badanych w ramach zdolności ekonomicznej). Jak podnosi się w doktrynie proporcjonalność w kontekście zdolności ekonomicznej rozumieć należy zatem przez pryzmat powiązania z rynkiem właściwym, który bez wątplenia związany jest z przedmiotem obrotu⁶. To oznacza, że proporcjonalnym będzie warunek odnoszący się do potencjału ekonomicznego, który uwzględniać będzie sytuację rynkową; w tym w szczególności koniunkturę, zjawiska makroekonomiczne czy specyficzne cechy danego rynku w danym czasie.

W ocenie Odwołującego II Zamawiający uchybił wynikającej z art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 Pzp regule proporcjonalności poprzez postawienie wymogu w postaci osiągnięcia wskaźnika

rentowności sprzedaży netto na poziomie 2,5 % w ostatnim roku obrotowym. Wymóg ten jest nadmierny i nie uwzględnia relacji z rynkiem właściwym.

W pierwszej kolejności Odwołujący II podkreślił, że wyciąganie wniosków w oparciu o wskaźniki płynności, rentowności czy też zadłużenia za jeden tylko rok obrotowy jest niczym nieuzasadnione i skutkować może błędnymi ustaleniami. Tymczasem z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym przypadku - jakkolwiek bowiem wymóg odnoszący się do przychodu (Rozdział V pkt 2 ppkt 1 lit. a1) uwzględnia cykl ostatnich trzech lat obrotowych, tak warunki związane z płynnością, rentownością i zadłużeniem (Rozdział V pkt 2 ppkt 1 lit. a2), a3) i a4) przyjmują za punkt odniesienia jedynie ostatni rok obrotowy.

Odwołujący II wskazał, że wskaźnik rentowności sprzedaży netto przedstawia rentowność w odniesieniu do przychodów przedsiębiorstwa ze sprzedaży w ramach działalności operacyjnej. Określa wielkość zysku netto w odniesieniu do jednej złotówki zrealizowanej sprzedaży. Co oczywiste im ów wskaźnik wyższy, tym sytuacja ekonomiczna przedsiębiorstwa jest lepsza (oznacza bowiem wyższą opłacalność sprzedaży). W ocenie Odwołującego II istnieje spore ryzyko, iż obraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy badany w okresie jednego roku obrotowego nie będzie wiarygodny i stanie się pochodną danej przedstawiającej sytuację w krótkim okresie, niestanowiącej odzwierciedlenia realnej tendencji czy sytuacji majątkowej przedsiębiorstwa. Co więcej, może okazać się, że stan ten będzie pochodną wyjątkowej, niezależnej od przedsiębiorstwa okoliczności zewnętrznej. Budowanie obrazu wykonawcy w takich realiach prowadzić może do niepożądanego (z punktu widzenia instytucji zamawiającej, jak i wykonawców) i co szczególnie istotne, nieprawdziwego wniosku, iż dany podmiot nie jest w stanie sprostać realizacji zamówienia. Tym bardziej więc, ustalając weryfikowane limity, Zamawiający winien uczynić to z wyjątkową ostrożnością oraz przy uwzględnieniu okoliczności wynikających z aktualnej sytuacji rynkowej. Tym bardziej, że właśnie rok 2017 był, z punktu widzenia uczestników sektora infrastrukturalnego, rokiem specyficznym.

Odwołujący II wskazał, że okolicznością bezsporną jest, że 2017 rok był wyjątkowo trudny dla uczestników rynku infrastrukturalnego. Głównym czynnikiem wpływającym na spadek rentowności przedsiębiorstw w 2017 r. był drastyczny, sięgający nawet kilkudziesięciu procent, wzrost cen materiałów. Zapaść w sektorze infrastrukturalnym doprowadziła do sytuacji, w której, po jej przewyciężeniu, nagromadzenie inwestycji na przestrzeni krótkiej perspektywy czasowej

skutkowało istotnym wzrostem cen na rynku materiałów. Jak wskazują przedstawiciele branży budowlanej ceny najpopularniejszych materiałów budowlanych wzrosły w 2017 r. nawet o 30%.

Dowód: Artykuł „Wróćą koszmary opuszczonych placów budowy?”

Dowód: Artykuł „Rosną ceny mieszkań. Polska wchodzi w fazę boomu budowlanego. Brakuje materiałów i rąk do pracy”.

Jednocześnie wzrostowi cen materiałów nie towarzyszyły zmiany umów zwiększające wynagrodzenie należne wykonawców. Taka sytuacja bezpośrednio oddziaływała na wysokość zysku generowanego przez wykonawców, w skrajnych przypadkach doprowadzając do strat. W celu zobrazowania wpływu makroekonomicznych zjawisk (takich jak masowy wzrost cen materiałów) na wskaźniki ekonomiczne podmiotów z danego sektora Odwołujący II podkreślił, że z analogiczną sytuacją mieliśmy już do czynienia w okresie poprzedzającym EURO 2012. Nagromadzenie inwestycji doprowadziło wówczas do wzrostu cen materiałów na poziomie porównywalnym do tego, z czym rynek boryka się aktualnie.

Dalej Odwołujący II wskazał, że kolejnym czynnikiem negatywnie odbijającym się na rentowności przedsiębiorców w 2017 r. było wstrzymanie w 2016 r. procedur przetargowych przez głównych zamawiających (takich jak GDDKiA czy PKP PLK S.A.) odpowiedzialnych za prowadzenie postępowań będących głównym źródłem przychodów wykonawców budowlanych. Jednym z powodów skutkujących stagnacją na rynku przetargów publicznych były perturbacje związane z implementacją do polskiego porządku prawnego nowych dyrektyw unijnych regulujących problematykę udzielania zamówień publicznych. Brak postępowań przetargowych w 2016 roku istotnie zaburzył obraz rentowności w 2017 roku tych przedsiębiorstw, które zasadniczy zakres realizowanych zleceń pozyskują z rynku publicznego.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący II podkreślił, że w okresie sześciu miesięcy od 18 dnia kwietnia 2016 r. (tego dnia zaczęły obowiązywać w Polsce przepisy unijnych dyrektyw, mimo że regulacje Pzp nie zostały jeszcze zmienione) wszystkie oddziały Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wszczęły łącznie cztery (4) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości przekraczającej „progi unijne”. Postępowania te cechowała znikoma szacunkowa wartość zamówienia oraz nakierowanie na radzenie sobie z bieżącymi problemami jak konieczność utrzymania dróg czy naprawa przecieków na obiektach mostowych, nie były to więc przetargi typowo „inwestycyjne” Dla porównania w analogicznym okresie w roku 2017 tych postępowań było już kilkadziesiąt.

Problemy, jakie napotkali w swojej bieżącej działalności wykonawcy w 2017 roku były wielokrotnie poruszane i komentowane. Polski Związek Pracodawców Budownictwa opublikował wraz z Biurem Informacji Gospodarczej InfoMonitor w styczniu 2018 roku raport pt. „Sytuacja finansowa przedsiębiorstw budowlanych. Wzrost cen blokuje hossę”. W raporcie tym przeczytać można m. in., iż rok 2016 (a więc ten, którego skutki były szczególnie widoczne w 2017 roku) był wyjątkowo słaby - produkcja budowlana spadła o 6,8%. Doprowadziło to do upadłości aż 136 podmiotów (problemy z terminową spłatą zadłużenia miała co siódma spółka prawa handlowego). Sytuacja zaczęła się dynamicznie zmieniać dopiero w 2017 roku, pierwsze pozytywne skutki tej zmiany mogą zostać zaobserwowane najwcześniej w 2018 roku (choć akurat wielu specjalistów twierdzi, że, z uwagi na wieloletni cykl produkcyjny inwestycji infrastrukturalnych, dopiero w 2019 roku, a nawet później). Dowód: Wyciąg z raportu pt. „Sytuacja finansowa przedsiębiorstw budowlanych. Wzrost cen blokuje hossę”

Wśród komentatorów zaistniałej sytuacji podkreśla się, że załamanie na rynku budowlanym w 2016 roku przerosło oczekiwania uczestników rynku; produkcja budowlano - montażowa w pierwszych trzech kwartałach 2016 roku była niższa o 15,4% od produkcji w analogicznym okresie w 2015 roku (w przypadku budownictwa inżynierskiego różnica wyniosła aż 22,6 %). Dowód: Raport pt. „Rok 2017 - wyzwanie dla branży budowlanej?”

W ocenie Odwołującego II zapaść, jaka miała miejsce na rynku inwestycji budowlanych w 2016 roku spowodowała, że w okresie następującym po jej przewyżczeniu (tj. w 2017 roku) instytucje zamawiające koncentrowały swoje siły na udzieleniu zamówień, a nie wydatkowaniu środków w ramach zamówień już udzielonych. Dowód: Informacja prasowa „Budownictwo - boom, którego jeszcze nie było”.

Odwołujący II wskazał, że analizując specyfikę sektora infrastrukturalnego, nie należy również zapominać, że cechuje się on kontraktami długoterminowymi. Wieloletni cykl produkcyjny powoduje, że faktyczny zysk pojawia się co do zasady dopiero po jego zakończeniu (i rozliczeniu). Na początkowym etapie inwestycji mamy natomiast do czynienia z rentownością sprzedaży na niskim poziomie (odwrotnie jest w przypadku kontraktów krótkoterminowych, gdzie graniczne wskaźniki ROS pojawiają się w stosunkowo krótkim czasie po zawarciu umowy). Biorąc więc pod uwagę, że w 2017 roku wykonawcy dopiero wchodzili w kluczowe fazy realizacji kontraktów

zawartych po okresie stagnacji z 2016 roku otrzymujemy odpowiedź na pytanie o przyczyny niskiego ROS wykonawców za 2017 rok.

W ocenie Odwołującego II przedstawione powyżej okoliczności, jak zostało dowiedzione, istotnie wpływają na poziom wskaźnika rentowności sprzedaży netto. Co szczególnie istotne okoliczności te doprowadziły do zmaterializowania się negatywnych skutków w zakresie oceny rentowności właśnie w 2017 roku. Jakkolwiek bowiem takie zjawisko jak wzrost cen materiałów dotyka wykonawców również w 2018 roku, to kontrakty zawierane obecnie z reguły uwzględniają już ryzyko w postaci wysokich cen materiałów. Tymczasem nagły wzrost cen mający miejsce w 2017 roku spowodował gwałtowny spadek opłacalności realizacji kontraktów zawartych w latach poprzednich. Dodając do tego brak nowych inwestycji będący skutkiem zawieszenia na rynku przetargów publicznych w 2016 roku okazuje się, że wskaźnik rentowności przedsiębiorców z sektora infrastrukturalnego za rok 2017 zakłamuje obraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy i nie powinien służyć rzetelnej weryfikacji jego zdolności do realizacji przyszłego zamówienia.

W ocenie Odwołującego II sformułowane przez Zamawiającego warunki prowadzą do uniemożliwienia ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy w ostatnich latach obrotowych mogli pochwalić się wysokim wskaźnikiem rentowności netto, jednak w 2017 roku wskaźnik ten, w związku z sytuacją na rynku, znajduje się poniżej poziomu 2,5 %. Odwołujący II podkreślił, że nie kwestionuje przysługującego Zamawiającemu prawa do oceny sytuacji ekonomicznej, jednak ocena ta powinna odbywać się przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej. Tymczasem wybór jednego roku obrotowego, szczególnie tak specyficznego jak rok 2017 jako punktu odniesienia, wydaje się wyjątkowo nietrafione.

Nie ulega wątpliwości, że właśnie sytuacja Odwołującego II jest dobitnym przykładem na wadliwość analizowanego warunku. Mosty Łódź S.A. to aktywny podmiot realizujący wymagające inwestycje w obszarze budownictwa infrastrukturalnego, kubaturowego i prywatnego. Odwołujący II wskazał, że może pochwalić się ogromnym doświadczeniem we współpracy z zamawiającymi publicznymi. Co szczególnie warte podkreślenia Mosty Łódź S.A. to podmiot odpowiedzialny za wybudowanie ostatniego z dużych polskich stadionów piłkarskich - stadionu miejskiego w Łodzi (na którym mecze rozgrywa drużyna Widzewa Łódź). Stadion ten powstał zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i został oddany do użytku w 2017 roku.

Co warte podkreślenia szczeciński stadion (będący głównym elementem zamówienia) będzie miał pojemność (która jest decydującym parametrem przy budowie stadionów) zbliżoną do pojemności stadionu łódzkiego. Podsumowując - Odwołujący II jest podmiotem posiadającym aktualne, tożsame z oczekiwanym przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie. Tymczasem poprzez postawienie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej o treści zaproponowanej przez Zamawiającego pozbawia podmiot dający rękojmię należytego zamówienia możliwości ubiegania się o nie. Stadion w Szczecinie przewidziany jest na 20 500 miejsc, stadion w Łodzi liczy 18 000 miejsc.

Odwołujący II zwrócił jednocześnie uwagę, że Zamawiający zdecydował się na wyjątkowo wnikliwą i wielopłaszczyznową weryfikację zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców ubiegających się o zamówienie stanowiące przedmiot postępowania. Oprócz trzech wskaźników (bieżącej płynności finansowej, rentowności sprzedaży netto, ogólnego zadłużenia) dokonał oceny także poziomu przychodów, zdolności kredytowej / wysokości posiadanych środków oraz wysokości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Nie ulega wątpliwości, że dostosowanie wymogu w zakresie wskaźnika rentowności sprzedaży netto do racjonalnego poziomu w żaden sposób nie odbije się na możliwości dokonania rzetelnej weryfikacji wykonawców w kontekście ich potencjału finansowego i ekonomicznego.

Szanując uprawnienia Zamawiającego, Odwołujący II podkreślił, że formułą pozwalającą dokonać rzetelnej weryfikacji potencjału ekonomicznego byłaby ta odnosząca się do okresu dłuższego niż jeden rok obrotowy. Pozwoliłoby to Zamawiającemu wyeliminować ryzyko, iż obraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy będzie zniekształcony przez krótkotrwałe okoliczności rynkowe. Dlatego też Odwołujący II nie wnosi o nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z oceny wskaźnika rentowności sprzedaży netto, lecz o jego zmianę poprzez weryfikację nie ostatniego, lecz trzech ostatnich lat obrotowych. Kluczowe jest również, aby Zamawiający weryfikował średnią z tego okresu, co pozwoli ostatecznie uniezależnić się od wspomnianych jednorocznych okoliczności.

Odwołujący II wskazał, iż ma świadomość, że weryfikacja średniej z ostatnich trzech lat mogłoby w skrajnych przypadkach skutkować wyborem wykonawcy niedającego rękojmi należytego wykonania zamówienia. Tak byłoby w sytuacji, gdyby wykonawca mógł pochwalić się np. w 2015 r. wskaźnikiem rentowności na poziomie kilkunastu %, a już w dwóch kolejnych latach odnotowywałby straty (wskaźnik rentowności sprzedaży netto przybrałby wartości ujemne). Dlatego też w zaproponowanej treści warunku Odwołujący przewiduje wymóg, aby w każdym z

badanych lat obrotowych wskaźnik ten był dodatni (ujemny wskaźnik w którymkolwiek z lat skutkowałby niespełnieniem warunku).

Taki sposób weryfikacji potencjału ekonomicznego pozwoli Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty wykonawcy zdolnego podjąć się realizacji zamówienia. Zamawiający otrzyma bowiem rzetelny, zbudowany w oparciu o dane z kilku lat działalności, obraz potencjału ekonomicznego wykonawcy. Należy podkreślić, że badanie jedynie ostatniego roku obrotowego jest niekorzystne nie tylko dla wykonawcy, ale i Zamawiającego; do realizacji zamówienia może bowiem zostać dopuszczony wykonawca, który może pochwalić się wyjątkowo udanym jednym rokiem, co niekoniecznie musi znajdować potwierdzenie w działalności ocenianej z dłuższej perspektywy. Uwzględnienie odwołania doprowadzi jednocześnie do ograniczenia ryzyka niedopuszczenia do Postępowania rzetelnych wykonawców, którzy stali się niejako „ofiarami” niezależnych od nich okoliczności determinujących sytuację w sektorze infrastrukturalnym.

ZARZUT DOTYCZĄCY KARY UMOWNEJ

Odwołujący II wskazał, że, iż kara umowna w wysokości 5% przewidziana w § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (z tytułu braku możliwości zorganizowania imprezy masowej) jest rażąco wygórowana. Zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej stanowi stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody majątkowej, jakiej doznać może wierzyciel. Kara umowna powinna służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania należnego na zasadach ogólnych w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* (art. 471 k.c.), a nie prowadzić do sytuacji, w której wierzyciel uzyskuje korzyść (zarabia) na niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Celem kary umownej nie jest wzbogacenie wierzyciela, stąd też ustawodawca przewiduje możliwość redukcji wysokości kary umownej w przypadku m.in. jej rażącego wygórowania.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, że kara nie będzie wygórowana wtedy, gdy jej wysokość odpowiada wysokości odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (tak. m.in. Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2003 r., sygn. III CKN 50/01. Podobnie zob. wyroku Sądu Najwyższego z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSNC 2005, Nr 7-8, poz. 131; 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC 2008, Nr B, poz. 48; wyr. SA w Katowicach z 28.9.2010 r., V ACA 267/10. W doktrynie zob. np. jednoznaczna wypowiedź J. Szwaji, przyjmującego przedmiotowe kryterium za najbardziej odpowiednie dla oceny rażącego

wygórowania kary umownej. Zob. J. Szwaja, Kara umowna według kodeksu cywilnego, Warszawa 1967, s. 144, jak również np. K. Zagrobelny, w: Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2016, art. 484, nb. 6.) Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania kara przewidziana przez Zamawiającego znacznie przekracza wysokość potencjalnej chociażby szkody.

Nawet gdyby jednak - ku czemu brak jest podstaw w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego - uznać, że kara umowna ma rekompensować oprócz szkody majątkowej (jak jednoznacznie wskazuje już wykładnia systemowa art. 483 k.c.), inne, bliżej nieokreślone uszczerbki niemajątkowe, np. w postaci krzywdy, to pomijając fakt, że ustawodawca przewidział odrębny reżim ich dochodzenia (np. art. 448 k.c., który jednakowoż znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do reżimu odpowiedzialności ex delicto) również i w tym przypadku interes „niemajątkowy” Zamawiającego nie byłby zagrożony. Trudno bowiem wyobrazić sobie z jakimi innymi rodzajami szkody Zamawiający miałby do czynienia w przypadku braku możliwości organizacji imprezy masowej.

Słusznie zwraca uwagę Sąd Najwyższy, że przy dokonywaniu oceny wysokości kary umownej mogą wchodzić w grę „kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej w stosunku do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym) (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2013 roku, sygn. III CSK 247/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 roku, sygn. V CSK 55/06).

Oceniając zasadność poziomu kar umownych określonych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej nie należy zapominać, że umowa o zamówienie publiczne zbliżona jest w swojej formie do umowy adhezyjnej (ustalenie jej treści spoczywa na jednej stronie, udział drugiej ogranicza się do przystąpienia do niej). Rodzi to po stronie instytucji zamawiającej szczególne obowiązki rozważenia czy proponowane przez nią rozwiązania nie naruszają w niedozwolony sposób równowagi stron. W wyroku z dnia 10 maja 2016 r. KIO 654/16 Izba wskazuje: „Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego,

oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Odwołujący II podkreślił, że ma świadomość, iż umowa o zamówienie publiczne co do zasady nie gwarantuje pełnej równości praw i obowiązków stron. Powszechnie akceptowana jest sytuacja, w której to instytucje zamawiające zabezpieczają się w sposób gwarantujący im ochronę o standardach wyższych niż te odnoszące się do interesu wykonawcy. Stan taki uzasadniany jest obowiązkiem troski „gospodarza postępowania” o środki publiczne. Nie ulega jednak wątpliwości, że uprawnienie to nie jest nieograniczone, a przykładowym naruszeniem będzie właśnie określenie kar umownych na poziomie nadmiernym, skłaniającym wykonawcę do rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (jak w analizowanym przypadku). W wyroku z dnia 19 lutego 2010 r. KIO 1839/09 Izba stwierdza: „Z karą rażąco wygórowaną mamy natomiast do czynienia, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się”.

W swoim orzecznictwie Izba wielokrotnie wypowiedziała się na temat wysokości kar umownych przewidzianych przez zamawiających w projektach umów. W wyroku z dnia 11 lipca 2014 r. KIO 1242/14 Izba stwierdza: „Przeznaczeniem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy. Ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia nieproporcjonalnych obciążeń przez wykonawcę”. Co więcej, w niektórych orzeczeniach Izba podnosi, że już nawet przypisanie karze umownej roli ściśle odszkodowawczej może mieć nadmierny charakter: „Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia”. (KIO 113/13 i KIO 117/13)

Biorąc pod uwagę zdefiniowane powyżej cele kar umownych, w ocenie Odwołującego II, nie ulega wątpliwości, że kara na poziomie 5% wartości wynagrodzenia brutto jest karą nadmierną. Odwołujący nie kwestionuje znaczenia dla Zamawiającego, mieszkańców Szczecina czy podmiotów użytkujących obiekt (w szczególności klubu Pogoń Szczecin S.A.) przyszłych imprez masowych, które organizowane mają być na stadionie stanowiącym przedmiot zamówienia. Na uwagę zasługuje jednak, że w okresie od 21 lipca 2018 r. do 19 maja 2019 r. planowanych jest

od 21 do nawet 28 meczów piłkarskich mających charakter imprez masowych (zgodnie z § 24 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy).

Odwołujący II wskazał, że nie ma wątpliwości, że niemożność organizacji któregokolwiek z nich wiązałoby się ze sporymi stratami, jednak założenie, że mogłyby one wynosić 5% wartości kontraktu, która wynosić będzie kilkaset milionów złotych (Zamawiający informuje, że koszt szacunkowy inwestycji wynosi 240 mln zł) jest niewątpliwie nadmierne. Gdyby bowiem przyjąć, że kontrakt opiewał będzie na kwotę zbliżoną do szacunków Zamawiającego, to kara umowna wyniosłaby 12 mln zł. Nie wdając się nawet w szczegóły takie jak koszt wynajęcia obiektu, ochrony, frekwencja na meczach Pogoni Szczecin itd. okolicznością bezsporną jest, że koszty organizacji meczu piłkarskiego na poziomie polskiej ekstraklasy wynoszą od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy PLN. Nawet uwzględniając szereg dodatkowych kosztów, które musiałyby być poniesione np. z uwagi na ujawnienie się okoliczności uniemożliwiającej organizację imprezy tuż przed wyznaczonym terminem niewątpliwie kara w wysokości 12 mln zł co najmniej kilkukrotnie przewyższy realną stratę poniesioną z tego tytułu. Tym bardziej więc zasadne jest jej obniżenie.

Za przywołanym powyżej orzecznictwem Sądu Najwyższego podkreślić należy, że ocena wysokości kary umownej odbywać się powinna nie tylko przez pryzmat kryteriów wartościowych, lecz i przy uwzględnieniu aspektów słusznościowych czy relatywizujących (właściwych dla konkretnej sytuacji). Nie ulega wątpliwości, że kwota kilkunastu milionów złotych jest w warunkach polskich - nawet dla dużych przedsiębiorstw - kwotą ogromną, niejednokrotnie decydującą o ich egzystencji, a w przypadku konieczności natychmiastowego uiszczenia takiej kwoty nierzadko decydującą nie tylko o bieżącej płynności finansowej, ale nawet o możliwości dalszego funkcjonowania takiego przedsiębiorstwa. Oceniając więc nawet samą bezwzględną wartość kary umownej jednoznacznie przyjąć należy, że jest ona wygórowana. Niezależnie od tego Odwołujący II wskazał, że w jego opinii niezasadne jest obarczanie co do zasady wykonawcy za niemożność zorganizowania imprezy masowej

Dodatkowo Odwołujący II podkreślił, że rynek zamówień publicznych cechuje się dużą agresywnością przejawiającą się sporą konkurencyjnością wśród wykonawców. Niezależnie od podejmowanych przez ustawodawcę prób zmarginalizowania znaczenia ceny jako kryterium wyboru ofert, nadal jest ona głównym elementem decydującym o możliwości uzyskania zamówienia. W efekcie wykonawcy niejednokrotnie decydują się na obniżenie planowanego zysku i ten element cenotwórczy bywa niejednokrotnie decydujący dla kwalifikacji ofert.

Powszechne są sytuacje, gdy marże wykonawców obliczone są na procentowym poziomie jednocyfrowym. Oznaczałoby to, że naliczenie kary umownej, o której mowa w § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy skutkować mogłoby pobawieniem wykonawcy jakiegokolwiek zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Trafnie powyższe kwestie ujął Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 11 grudnia 2015 r. sygn. akt: Ga 577/15: „Nadto Sąd Okręgowy odmiennie niż przyjął Sąd I instancji, uznał, że powód wykazał, że jego zysk z wykonania przedmiotu umowy wynosi około 10% wartości całego zlecenia. Okolicznością notoryjną i powszechnie znaną jest niska rentowność robót budowlanych dla wykonawcy w skali kraju w stosunku do kosztów i nakładów potrzebnych do wykonania zlecenia, w tym materiałów, wynagrodzeń dla pracowników i innych wydatków niezbędnych do realizacji inwestycji. Dodatkowo zwrócić należy uwagę na okoliczność, zlecenie przedmiotowych prac było udzielone w trybie zamówień publicznych, a jak powszechnie wiadomo w przetargach najistotniejszym elementem jest zawsze cena. Proponowane przez przystępujących do przetargu przedsiębiorców stawki są w związku z tym zaniżane, aby zwiększyć atrakcyjność oferty i tym samym prawdopodobieństwa jej wyboru w przetargu. Biorąc pod uwagę, że wynagrodzenia w przetargach zwykle kształtowane są na poziomie 4-5 %, za wiarygodne uznać należy, że na wykonanej inwestycji powód zyskałby 10% jej wartości (...) W sytuacji, gdy z całkowitej wartości inwestycji w wysokości 1.002.292,99 zł, powód otrzymałby około 10% dochodu, co stanowi około 100.000 zł, potrącenie z wynagrodzenia powoda kary umownej w wysokości ok. 60.000 zł spowodowałoby, że działalność gospodarcza powoda stałaby się zupełnie nieopłacalna, a przedsiębiorstwo znalazłoby się w bardzo trudnej ekonomicznie sytuacji”.

Dalej Odwołujący II wskazał, że nie należy również zapominać, że określenie kary umownej na tak drastycznie wysokim poziomie będzie niekorzystne nie tylko dla wykonawców, ale i Zamawiającego. Zrozumiałe jest bowiem, że ryzyko wystąpienia okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej jest z reguły uwzględniane w cenie ofertowej. Skutkiem pozostawienia kwestionowanej kary na poziomie 5 % będą więc wyższe ceny ofertowe.

Za bezzasadnie wygórowaną uznać należy również karę umowną określoną w § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy. Sankcja w tym postanowieniu zbudowana jest analogicznie do ocenianej powyżej, z tą różnicą, że chodzi tu o niemożność zorganizowania wydarzenia innego niż impreza masowa, a kara umowna z tego tytułu wynosi 0,5 %. Posługując się powyższym przykładem (wartość kontraktu na poziomie szacunków Zamawiającego) okazałoby się, że kara umowna wynikająca z

braku możliwości np. treningu wynosiłaby 1,2 mln zł. Nie ulega wątpliwości, że jest ona absurdalnie zawyżona. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że koszt zorganizowania treningu czy chociażby meczu juniorów wynosi niewielki procent lub wręcz promil tej kwoty. W porównaniu z imprezą masową odpadają bowiem liczne koszty, w tym koszty ochrony, które w zasadniczy sposób wpływają na wydatki organizatora wydarzenia rangi imprezy masowej. Określona przez Zamawiającego kara umowna nie może się ostać również z innego powodu. Otóż o ile w przypadku imprez masowych możliwe jest ustalenie ich terminu z dużym wyprzedzeniem (terminarz rozgrywek polskiej ekstraklasy jest publikowany na długo przed startem sezonu), to sytuacja związana z wydarzeniami, o których mowa w § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy wygląda zupełnie inaczej. O ile możliwe jest dostosowanie prac do terminów rozgrywek młodzieżowych czy niższych klas rozgrywkowych (również są publikowane przed startem rozgrywek), to już godziny odbywanych treningów są ustalane wewnętrznie w ramach klubu piłkarskiego i w żaden sposób nie są uzewnętrzniane.

W ocenie Odwołującego II za zdecydowanie nadmierne należy więc uznać obarczanie wykonawcy ewentualną konsekwencją w postaci kary umownej w sytuacji, gdy nie ma on żadnej możliwości dostosowania harmonogramu prac do planu treningowego. Odwołujący II wskazał, że deklaruje oczywiście pełną gotowość do uwzględnienia wykonywania prac w sposób gwarantujący drużynom korzystającym ze stadionu pełną swobodę w realizacji treningów, jednak nie może zgodzić się na pozostawienie w treści umowy sankcji z tytułu nieprzewidzianych, znajdujących się poza zakresem jego kompetencji, zdarzeń.

Odwołujący II podkreślił, iż nie posądza Zamawiającego o złą wolę, jednak można wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca zostanie zaskoczony np. informacją o treningu, który miałby się odbyć w bardzo krótkim czasie (np. jeszcze tego samego dnia). Brak pewności co do dokładnych terminów wszystkich wydarzeń, które będą organizowane na stadionie jest nie do pogodzenia ze stawianymi przed wykonawcą obowiązkami w zakresie przyszłych prac budowlanych. Dlatego też Odwołujący wnosi nie tylko o obniżenie rażąco wygórowanej kary umownej, o której jest mowa w § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, ale pozostawienie w treści tego postanowienia jedynie wydarzeń, których organizacja jest możliwa do przewidzenia i uwzględnienia w harmonogramie prac budowlanych.

ZARZUT DOTYCZĄCY KRYTERIUM OCENY OFERT

W dalszej kolejności Odwołujący II podkreślił, że Zamawiający uchybił również spoczywającym na nim obowiązkom poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób nadmierny i nieuzasadniony, co istotnie wpłynąć może na poszanowanie uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie korzysta z nieskrępowanej swobody, również określając kryteria oceny ofert. Odwołujący II wskazał, że ma świadomość, że kryteria, w odróżnieniu np. od warunków udziału w postępowaniu, nie stanowią bezwzględnej bariery w dostępie do zamówienia (mogą co najwyżej skutkować nieprzyznaniem dodatkowych punktów). Nie zmienia to jednak tego, że również ich treść powinna być powiązana z realnymi potrzebami instytucji zamawiającej nakreślonymi w powiązaniu z przedmiotem zamówienia.

Powyższe potwierdza jednoznacznie orzecznictwo Izby KIO 1029/16: „O ile istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego Zamawiającego, o tyle należy mieć na uwadze, że promowanie danego rozwiązania musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne”. Podobnie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: „Wreszcie kryteria takie [pozacenowe] powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach: Beentjes, pkt 29, oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 50)” (wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C=513/99).

Odwołujący II podkreślił, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym w szczególności Prawo budowlane, nie znają funkcji „zastępcy kierownika budowlanego”. Postawiony przez Zamawiającego wymóg, zgodnie z którym rolę tę miałyby sprawować osoba posiadająca uprawnienia i doświadczenie wystarczające do pełnienia funkcji Kierownika Budowy ma charakter nadmierny. Pozostawienie tego wymogu doprowadza w istocie do sytuacji, w której wykonawca (chcący uzyskać punkty w ramach kryteriów pozacenowych) musiałby dysponować dwoma Kierownikami Budowy, z których jeden pełniłby rzeczywistą funkcję Kierownika Budowy, drugi natomiast określany byłby jako jego zastępca.

Tak sformułowane wymaganie jest zupełnie bezcelowe. Wymóg, który Zamawiający postawił w treści warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do Kierownika Budowy jest wymogiem dość wysokim (acz nie nadmiernym). Żądanie to nie budzi wątpliwości Odwołującego, wszak przedmiot zamówienia rzeczywiście wymaga specyficznego doświadczenia od osoby mającej gwarantować prawidłowy przebieg prac budowlanych. Za niezrozumiałe uznać należy natomiast premiowanie wykonawców, którzy dysponować będą specjalistą o analogicznym doświadczeniu jedynie po to, aby w razie potrzeby mógł on Kierownika Budowy zastąpić.

Nie ulega wątpliwości, że wymaganiom określonym we wzorze umowy sprostać może solidny kierownik robót z kilkuletnim doświadczeniem. Będzie on w stanie zastąpić Kierownika Budowy w czasie jego nieobecności i zagwarantować jednocześnie, że tempo i jakość wykonywanych prac nie ulegną zmianie.

Odwołujący II podkreślił również, że w okresie ostatnich 10 lat wybudowano / rozbudowano / przebudowano w Polsce maksymalnie kilkanaście stadionów III kategorii według klasyfikacji UEFA o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto. Oznacza to, że swoim wymaganiem Zamawiający ogranicza się do kilkunastu Kierowników Budowy, którzy wykonywali tę funkcję przy okazji powyższych inwestycji.

ZARZUT DOTYCZĄCY OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Odwołujący II wskazał, że opisując przedmiot zamówienia, gdy jest nim zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zamawiający posłużyć się musi programem funkcjonalno - użytkowym. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z regułami, o których mowa w art. 29 Pzp zarówno w przypadku, gdy do zadań wykonawców należy wykonanie robót budowlanych w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową (formuła Wybuduj), jak i wtedy, gdy jej opracowanie obciążać będzie wybranego wykonawcę (formuła Zaprojektuj i wybuduj).

Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Izby. W wyroku z dnia 25 sierpnia 2017 r. KIO 1563/17 Izba stwierdza: „Gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule „projektu i buduj” zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego (PFU), obejmującego opis zadania budowlanego, który

stanowi przedmiot zamówienia. W PFU inwestor wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych czy technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać - techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jakość sporządzonego przez zamawiającego programu PFU jest jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu kontraktu. Jest oczywiste, że PFU w zamówieniach realizowanych w tej formule stanowi opis przedmiotu zamówienia o którym mowa w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.)". (patrz też KIO 1488/17 oraz KIO 606/17).

Jak wynika z orzecznictwa Izby KIO 31/16: „Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt)”. Podobne stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. KIO 1502/08, z którego wynika, że dyskryminacja wykonawców może być skutkiem użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia

W ocenie Odwołującego II dokonany przez Zamawiającego w pkt. 2.3.9.3 lit. B PFU opis wymagań w zakresie nawierzchni boiska skutkuje możliwością skorzystania tylko z jednego oferowanego przez rynek produktu. Wskazuje na to konieczność zastosowania na boiskach wzmocnienia w postaci maty o parametrach wskazanych w PFU.

Takie rozwiązanie oferuje tylko jeden producent, który jest związany wyłącznie z jedną firmą w Polsce posiadającą plantację z trawy naturalnej i hybrydowej. Zarówno parametry jak i skład mieszanki jednoznacznie wskazują na jedyne go producenta nawierzchni naturalnej i hybrydowej, którym jest podmiot (Trawnik Producent Sp. z o.o.) dysponujący plantacją zlokalizowaną w Szczecinku. Dowód: Karta materiałowa; Dowód: Atest higieniczny

W ocenie Odwołującego II z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku pkt. 2.3.9.8 lit. C) b) PFU, gdzie zawarte są wymogi odnośnie murawy boisk nr 5 i 6. Wskazany przez Zamawiającego opis dotyczący wymagań dla trawy naturalnej z rolki w sposób oczywisty powoduje wykluczenie wykonawców, którzy posiadają dostęp do traw naturalnych o innej szerokości rolki aniżeli min 2 m. Wymaganie takiego parametru jest zupełnie bezpodstawne, ponieważ od wielu lat szerokości rolki muraw naturalnych wynoszą min 1,20. Wynika to z rodzaju maszyn zastosowanych do wycinania darni z miejsca, gdzie się ją hodzi. Odwołujący II wskazał, że według jego wiedzy tylko jedna firma w kraju (wskazana powyżej) posiada maszynę do cięcia rolek o szerokości powyżej 2 m. Warto podkreślić, że w przetargach, gdzie widnieje tego typu wymóg składana jest tylko 1 oferta. Zwracamy również uwagę, iż różnica pomiędzy szerokością wyciętych rolek na poziomie 80 do 120 cm nie ma żadnego wpływu na jakość oferowanej nawierzchni.

Dodatkowym powodem ograniczania konkurencyjności postępowania jest wymóg konieczności zastosowania trawy o konkretnym składzie mieszanki, którą to mieszankę zarówno na boiska z trawy naturalnej jak i hybrydowej stosuje wspomniany producent. Kolejnym ograniczeniem jest konieczność zastopowania wzmocnienia włóknami o wyszczególnionych parametrach i wadze.

Odwołujący II wskazał, że zarówno w Polsce jak i w Europie jest wielu producentów traw sportowych, którzy oferują nawierzchnie spełniające wysokie wymagania o szerokości rolki 1,20m i takie trawy instalowane na boiskach, gdzie rozgrywane są mecze rangi międzynarodowej np. Mistrzostw Świata czy Europy.

Odwołujący II podkreślił, że postanowienie SIWZ dotyczące równoważności nie pozwala w istocie na zastosowanie alternatywnych rozwiązań. W treści Rozdziału XV pkt 12 SIWZ Zamawiający wskazuje: „W przypadku wystąpienia w dokumentacji nazw własnych zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i produktów równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane materiały / produkty będą odpowiadały pod względem parametrów równoważności materiałom i produktom wskazanym przez zamawiającego. W przypadku zaoferowania materiałów lub produktów równoważnych wykonawca, na wezwanie zamawiającego, zobowiązany jest złożyć opis materiałów i produktów równoważnych, zgodnie z siwz”. Postanowienie to jednoznacznie wskazuje na konieczność zastosowania nawierzchni o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Równoważność ma więc charakter jedynie pozorny.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby. W wyroku z dnia 2 października 2014 r. KIO 1931/14, Izba stwierdziła, że nie będzie wystarczające zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „lub równoważny”, konieczne jest równoczesne wskazanie parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców: „Zaniechanie ich uszczegółowienia niesie ze sobą doniosłe konsekwencje. Po pierwsze zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza swoje oczekiwania wyłącznie do jednego, identyfikowanego przez znak towarowy, patent lub pochodzenie, wyrobu, uniemożliwiając de facto składanie ofert równoważnych. Po drugie zaś - nawet gdyby zamawiający otrzymał ofertę, co do której wykonawca twierdziłby, że zawiera ona rozwiązania równoważne do opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie jest możliwe dokonanie porównania takiej oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 19 marca 2013 r. KIO 516/13, gdzie także podkreśliła, że produkt „równoważny” nie oznacza identycznego z produktem wskazanym w SIWZ, a jedynie jest to produkt posiadający zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego, a ponadto kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Kwestia równoważności ofert jest też przedmiotem badania przez organy właściwe z zakresu dyscypliny finansów publicznych. Przykładowo wskazać można na orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 21 maja 2013. RKO podkreśliła konieczność wskazania parametrów przedmiotu zamówienia, na podstawie których oceniana będzie równoważność, a także zasad oceny, kiedy parametry czy cechy danego produktu zostaną przez zamawiającego uznane za równoważne: Wymogi co do równoważności produktów powinny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny, tak aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy, przystępujący do udziału w postępowaniu, mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2018-096189 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań zamawiającego

co do realizacji przedmiotu zamówienia; (ii) wydruk internetowy „Kategorie stadionów UEFA” ze strony Wikipedii na okoliczność ustalenia kategorii stadionów oraz stawianych wymagań co do danej kategorii; (iii) publikacje prasowe: „Wróć koszmara opuszczonych placów budowy?”, „Rosną ceny mieszkań. Polska wchodzi w fazę boomu budowlanego. Brakuje materiałów i rąk do pracy”, „Sytuacja finansowa przedsiębiorstw budowlanych. Wzrost cen blokuje hossę”, informacja prasowa „Budownictwo – boom, którego jeszcze nie było”, informację prasową Parkiet Plus – „Budownictwo: Zleceń nie brakuje, ale rentowność branży jest pod presją kosztów”, informację prasową Rynek Elektryczny 7-8/2017 – „Pierwsze półrocze 2017 roku w gospodarce polskiej”, publikację „Szybki Monitoring NBP – Analiza sytuacji sektora przedsiębiorstw. Październik 2017 r.” – dokumenty na okoliczność wykazania warunków panujących w sektorze budowlanym w 2017 r. oraz okoliczności, które miały wpływ na sytuację finansową wykonawców działających w sektorze budowlanym w 2017r.; (iv) karta materiałowa MIXTO Plus 2.0/45 oraz Atest Higieniczny HK/B/0964/01/2015 na okoliczność wykazania, iż opis wymagań dotyczących nawierzchni dla boiska nr 1 oraz 5 i 6 wskazuje na jednego producenta.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Centrum Szkolenia Dzieci i Młodzieży wraz przebudową i rozbudową Stadionu Miejskiego im. Floriana Krygiera w Szczecinie, boisk piłkarskich oraz infrastruktury towarzyszącej”.

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. W zakresie sytuacji ekonomiczno – finansowej Zamawiający wskazał wymogi dotyczące minimalnego poziomu zdolności tj. Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) obrót i poziom wskaźników ekonomicznych:

a1) roczny obrót wykonawcy w obszarze działalności gospodarczej objętym zamówieniem, tj. w zakresie robót budowlanych, w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wyniósł minimum 150.000.000 zł (sto pięćdziesiąt milionów złotych) w każdym roku oraz,

a2) wskaźnik bieżącej płynności finansowej (current ratio, CR), obliczony zgodnie z wzorem: $CR = \text{aktywa obrotowe} / \text{zobowiązania krótkoterminowe}$ wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego,

a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 1,20, oraz

a3) wskaźnik rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS), obliczony zgodnie ze wzorem: $ROS = (\text{zysk netto ze sprzedaży} / \text{przychody netto ze sprzedaży}) * 100\%$ wyniósł na koniec roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, co najmniej 2,5%, oraz

a4) wskaźnik ogólnego zadłużenia (debt ratio, DR), obliczony zgodnie z wzorem: $DR = \text{zobowiązania ogółem} / \text{aktywa ogółem}$ wyniósł na koniec ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego - w okresie prowadzonej działalności, nie więcej niż 0,8.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości.

W pkt 2 Rozdziału V w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał co następuje:

pkt 2 a1) - wykonał należycie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości 100.000.000 zł brutto polegającą na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie stadionu piłkarskiego posiadającego co najmniej 10.000 miejsc siedzących, prawidłowo ukończoną (tj. dla której wydano ostateczne pozwolenie na użytkowanie lub –jeżeli pozwolenie na użytkowanie nie było wymagane –wobec którego organ nadzoru budowlanego nie wniósł sprzeciwu, o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 ze zm.) lub dla której wydano zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu, o którym mowa w art. 54 ust. 2 ustawy Prawo budowlane bądź też dla której wydano inny równoważny dokument/dokumenty, zgodnie z przepisami kraju, w którym zostały wykonane wykazywane roboty budowlane); oraz

Pkt 2 a2) - wykonał należycie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto obejmującą wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie, o którym mowa w §4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego

(Dz.U. z 2013 r. poz. 1129), dotyczącej budowy i/lub rozbudowy i/lub przebudowy stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii UEFA; oraz

Pkt 2 a3) – wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie sieci ciepłowniczej lub przyłącza preizolowanego ciepłowniczego w terenie zurbanizowanym o średnicy minimalnej co najmniej 80 mm i łącznej długości co najmniej 50 mb; oraz

Pkt 2 a4) wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch usług polegających za zaprojektowaniu preizolowanej sieci oraz przyłącza preizolowanego ciepłowniczego w terenie zurbanizowanym o średnicy minimalnej co najmniej 80 mm i łącznej długości co najmniej 50 mb;

W zakresie potencjału technicznego Zamawiający wymagał m.in. posiadania kierownika budowy w rozumieniu przepisów prawa budowlanego posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej; 10 – letnie doświadczenie zawodowe w tym zakresie oraz, który w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert przez okres co najmniej 1 roku pełnił funkcje kierownika budowy przy budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie stadionu piłkarskiego posiadającego co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości co najmniej 100.000.000 zł. brutto.

W rozdziale VII Zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia to 36 miesięcy. Do dnia 15 lipca 2019 r. wykonawca ma obowiązek zrealizować Kamień Milowy I. Do 6 miesięcy od dnia podpisania Umowy – Kamień Milowy II. Do 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy Kamień Milowy III. Do 18 miesięcy od dnia podpisania Umowy – Kamień Milowy IV. Za datę ukończenia kamienia Milowego I i IV Zamawiający uznaje datę podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru częściowego potwierdzającego odbiór bez istotnych wad.

W pkt 3 Zamawiający wskazał, że w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę realizacji dokumentacji projektowej w metodologii BIM, wykonawca będzie zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu planu realizacji BIM oraz wykonania modeli stanu istniejącego i ich zaprezentowania Zamawiającemu.

W Rozdziale X – Sposób obliczenia ceny – Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie za wykonanie robót cieplowniczych nie może przekroczyć kwoty 1.115.782 zł plus VAT.

W Rozdziale XII Zamawiający określił kryteria oceny ofert. Ceną stanowi 60%, okres gwarancji jakości 15%, projektant sprawdzający 10%; zastępca kierownika budowy 10%. W zakresie ostatniego kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał, że punkty w ramach tego kryterium będą przyznawane za udział w realizacji zamówienia na zasadach określonych w projekcie umowy. Zastępca Kierownika Budowy musi posiadać kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż Kierownik Budowy, o którym mowa w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b2) SIWZ; wykonanie dokumentacji projektowej w metodologii BIM – 5%.

Zamawiający do SIWZ załączył dwa wzory umów – odpowiednio Załącznik nr 2a i 2 (dalej „**Umowa 2a**”, „**Umowa 2b**”, odpowiednio, łącznie „**Wzory Umów**”). Odwołujący I i oraz Odwołujący II zakwestionowali następujące postanowienie zawarte we Wzorach Umów.

§3 ust. 3 pkt 2) Umowy 2a oraz §3 ust. 1 pkt 2) Umowy 2b stanowiący, iż przedmiot umowy obejmuje uzyskanie we własnym zakresie i na własny koszt (w imieniu i na rzecz Zamawiającego) wszelkich opinii, uzgodnień, zezwoleń i decyzji niezbędnych do wykonania Zadania i osiągnięcia celu, o którym mowa w ust. 2 powyżej.

§4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a - terminu realizacji Kamienia Milowego do dnia 15 lipca 2019 r.

§5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b stanowiącym, iż Projekt Organizacji Robót powinien określać terminy wydania przez Zamawiającego Wykonawcy poszczególnych części placu budowy (ze wskazaniem ich zakresu w formie rysunkowej), a także terminy zakończenia robót budowlanych, uzyskania ostatecznych i/lub prawomocnych pozwoleń na użytkowanie i przekazania ukończonych części przedmiotu Umowy do użytkowania Zamawiającemu, z uwzględnieniem warunków opisanych w §16 Umowy oraz plan czynności pielęgnacyjnych, o których mowa w §3 ust. 3 pkt 5 Umowy. Część rysunkowa Projektu Organizacji Robót określać będzie ponadto sposób spełnienia wymagań wynikających z Podręcznika licencyjnego dla meczów Ekstraklasy, w szczególności dotyczących minimalnej ilości widzów, wymogów strefy VIP, lokalizacji stanowisk policji, wozów transmisyjnych, oświetlenia, itp.

§6 ust. 5 Umowy 2a stanowiącym, iż ewentualna zmiana klasyfikacji budżetowej nie wymaga zmiany Umowy, a Wykonawca wraza zgodę, aby Zamawiający dokonywał tych zmian we własnym zakresie, bez konieczności informowania Wykonawcy. Zamawiający zastrzega możliwość jednostronnej zmiany podziału ww. kwot, w szczególności w wypadku zmiany warunków Dofinansowania. W wypadku zmiany podziału kwot Wykonawca zobowiązany jest dostosować plan płatności do dokonanych zmian. Zmiana podziału środków nie stanowi zmiany Umowy.

§7 ust. 18 Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący: „Obowiązek określony w ust. 17 niniejszego paragrafu dotyczy również Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców.”

§7 ust. 21 Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący, iż na każde wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób, o których mowa w ust. 17, tj.:

- 1) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopię umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Ustawy o ochronie danych osobowych oraz RODO (tj. w szczególności bez imion, nazwisk, adresów, nr PESEL pracowników). Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania;
- 2) zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;
- 3) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Ustawy o ochronie danych osobowych oraz RODO.

§10 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b stanowiący, iż Wykonawca zobowiązany jest do uzgadniania z Zamawiającym wszelkich rozwiązań technicznych, technologicznych oraz stosowanych materiałów, przed ich uwzględnieniem w dokumentacji projektowej lub w budowaniu. Akceptacja przez Zamawiającego określonych rozwiązań projektowych lub materiałów nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania Umowy i nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za nienależyte wykonanie Umowy. Koszty związane z uwzględnieniem Zamawiającego przekazywanych Wykonawcy w toku uzgodnień, o których mowa w zdaniu pierwszym, zostały ujęte w wynagrodzeniu brutto, w związku z czym jakiegokolwiek zmiany dokumentacji projektowej z tym związane nie będą skutkowały wzrostem wynagrodzenia brutto, ani też nie będą podstawą dochodzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych (w tym za wydłużenie okresu realizacji Umowy — pactum de non petendo).

§13 ust. 9 Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący, że Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu wraz z przekazywaną dokumentacją projektową kopii umów, na podstawie których nabył autorskie prawa majątkowe do poszczególnych części dokumentacji projektowej, obejmującej zakres przedmiotu niniejszej Umowy, jak i do wszelkich innych opracowań, wykonanych w ramach niniejszej Umowy przez Wykonawcę lub inne podmioty działające w jego imieniu, również w ramach nadzoru autorskiego oraz w związku z realizacją zobowiązań z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości, z tym zastrzeżeniem, że w tym ostatnim przypadku, Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia ww. umów do daty odbioru ostatecznego.

§16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b stanowiący, iż wszelkie koszty związane z zapewnieniem funkcjonowania Stadionu w sposób gwarantujący spełnienie warunków technicznych, o których mowa w ust. 3 i 4, w szczególności w zakresie utrzymania i pielęgnacji boisk, zaopatrzenia w media, zapewnienia warunków transmisji telewizyjnych, itp. obciążają Wykonawcę. Wykonawca w szczególności zabezpieczy i pokryje koszty wszelkich tymczasowych rozwiązań, zabudowy, budowy zaplecza cateringowego, dojazdów, pomieszczeń dla VIP, dojazdów i pomieszczeń dla wozów transmisyjnych, miejsc dla dziennikarzy, stanowisk komentatorskich, miejsc dla przedstawicieli spółki Pogoń Szczecin S.A., Policji, PZPN, zgodnie z warunkami Podręcznika licencyjnego, o którym mowa w ust. 3, a ponadto powinien zapewnić tymczasową infrastrukturę dla producenta sygnału telewizyjnego (zasilanie dla wozów transmisyjnych, sieć www, itp.).

§22 ust. 7 Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący, iż w przypadku, gdy w toku realizacji przedmiotu Umowy lub w okresie rękojmi za wady, Zamawiający skorzysta z gwarancji należytego wykonania Umowy lub upływie termin jej obowiązywania, Wykonawca zobowiązany jest do jej uzupełnienia i utrzymywania w zakresie i wysokości określonej w ust. 3-6 odpowiednio przez cały okres wykonania zamówienia (ust. 5) lub przez cały okres rękojmi za wady (ust. 6).

§22 ust. 13 Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący, iż w przypadku konieczności uzupełnienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy na skutek częściowego jej wykorzystania przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do jej niezwłocznego uzupełnienia i przedłożenia Zamawiającemu w terminie 7 (siedmiu) dni od daty zawiadomienia o skorzystaniu przez Zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy dokumentów potwierdzających odpowiednie uzupełnienie zabezpieczenia. W wypadku nieuzupełnienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Zamawiający może zatrzymać brakującą kwotę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy z wynagrodzenia Wykonawcy.

§24 ust. 1 pkt 7) lit. i) Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiący, iż niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: i) kopii umów, o których mowa w § 13 ust. 9 Umowy.

§25 ust. 1 pkt 3) Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiącym, iż niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne za brak możliwości organizacji imprezy masowej, o których mowa w §16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez Wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności nie zapewnienia warunków, o których mowa w §16 ust. 3-10 Umowy — w wysokości 5% (pięć procent) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie.

§25 ust. 1 pkt 4) Umowy 2a oraz Umowy 2b stanowiącym, iż niezależnie od tego, czy Zamawiający poniósł szkodę, wykonawca zapłaci karę umowną za inny niż wymieniony w pkt 3 brak możliwości korzystania z obiektów (np. brak możliwości organizacji treningu, rozgrywek, meczów Centralnej Ligi Juniorów lub III ligi piłkarskiej), o których mowa w §16 ust. 2 Umowy, wynikający z nienależytego wykonania przez Wykonawcę obowiązków wskazanych w Umowie, w szczególności niezapewnienia warunków, o których mowa w §16 ust. 3-11 Umowy — w wysokości 0,5% (pięć dziesiątych procenta) wynagrodzenia brutto za każde naruszenie.

§25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b stanowiącym, iż poza przypadkami wskazanymi w przepisach prawa, w szczególności Kodeksu cywilnego, Zamawiającemu przysługuje prawo do jednostronnego odstąpienia od Umowy ze skutkiem natychmiastowym, bez wyznaczenia terminu dodatkowego, w sytuacjach gdy zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości Wykonawcy.

§25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b stanowiącym, iż poza przypadkami wskazanymi w przepisach prawa, w szczególności Kodeksu cywilnego, Zamawiającemu przysługuje prawo do jednostronnego odstąpienia od Umowy ze skutkiem natychmiastowym, bez wyznaczenia terminu dodatkowego, w sytuacjach gdy zostanie złożony wniosek o likwidację przedsiębiorstwa Wykonawcy, Wykonawca stanie się niewypłacalny lub wszczęte zostanie wobec niego postępowanie układowe lub restrukturyzacyjne względnie wszczęte zostanie przeciwko niemu postępowanie egzekucyjne, wskutek którego Wykonawca stanie się niewypłacalny i utraci zdolność finansowania prac lub robót będących przedmiotem Umowy.

Pkt 2.3.9.3 lit. B) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 81), załącznik 4a do SIWZ: „Boisko nr 1 - płyta główna stadionu: (...) B) Nawierzchnie:

a) Murawa naturalna hybrydowa (na boisku do gry wraz z pasami bezpieczeństwa za liniami bocznymi i bramkowymi). Składowe systemu:

- podkład z maty syntetycznej o następujących parametrach:

- wysokość runa 45-55 mm
- gęstość określona ilością splotów min 5.800/m²
- gęstość określona ilością włókien min. 69.500/m²
- ciężar włókna min 690 g/m²
- rodzaj włókna: 100% włókien monofilowych, polietylen
- nasycenie włókien runa trawy Dtex min 13.000
- spód podstawowy: min 100% polietylen
- spód wtórny: powłoka poliuretanowa

- mieszanka piasku (wypełnienie maty) o parametrach wskazanych poniżej:

I • skład granulometryczny mieszanki: > 2mm - max. 3%: od 1 do

2 mm - max. 7%; od 0,5 do 1,0 mm - max 20%, od 0,25 do 0,50 mm - min 40%, od 0,10 do 0,25 mm - od 20 do 35%; od 0,05 do 0,10 mm - max 5%

- grubość warstwy piasku 3 cm
- odczyn pH 6-7,5"

Pkt 2.3.9.8 lit. C) b) PFU (dok. POGOŃ Stadion Opis, str. 117), załącznik 4a do SIWZ: „Boiska 5 i 6 - b) Nawierzchnia - naturalna murawa (darń naturalna wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej) - wymiary pola gry 105x66m z pasami bezpieczeństwa o szerokości 3m za liniami bocznymi i 5m za liniami bramkowymi oraz z pasem przestrzeni pomiędzy boiskiem nr 5 i 6. Murawa naturalna - pow. 17131 m². Parametry:

- wiek darni 12-24 m-ce;
- szerokość rolki 2,4m
- grubość rolki trawy min 3 cm

dostarczona darń powinna posiadać wzmocnienie w postaci włókien zawartych w warstwie systemu korzeniowego. Parametry wzmocnienia: włókno polipropylenowe, denier 50, długość włókien: 36-44 mm, ilość włókien w 1m³ darni: od 1,75kg do 5,84kg (od 45g do 150 gr/m²);

- niedopuszczalne jest wykorzystanie wzmocnienia w postaci siatki syntetycznej;
- skład gatunkowy traw: 50% wiechlina łąkowa - (*Poa pratensis* L), co najmniej dwie odmiany w gatunku. 50% zycia trwała (*Lolium perenne* L), co najmniej dwie odmiany w gatunku.
- pH gleby darniowej (podłoża) powinien mieścić się w zakresie 6-7,5
- zawartość substancji organicznej powinna mieścić się w zakresie 1-3%
- dostarczona darń nie może zawierać w swej strukturze, zanieczyszczeń ani oznak chorób grzybowych, bakteryjnych i innych.
- dostarczona darń powinna charakteryzować się nierozzerwalnością (wytrzymałością na obrót buta) powyżej 25Nm, pomiar wykonany powinien być za pomocą urządzenia Toma Shear Strength Tester lub równoważnego.
- instalacja darni musi być wykonana za pomocą specjalistycznych mechanicznych rozkładarek (układanie maszynowe)
- przed wbudowaniem materiału Wykonawca powinien przedstawić:
 - autoryzację dostawy i montażu wystawioną przez producenta trawy z rolki zawierającą opis przeznaczenia i nazwę zadania,
 - paszport murawy,
 - badania laboratoryjne podłoża darniowego (gleby do głębokości 3 cm z której wycinana jest trawa w postaci rolek)
- wszystkie odstępstwa od określonych warunków będą skutkować nie przyjęciem darni i koniecznością dostarczenia właściwej”.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w dniu 25 lipca 2018 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, o czym poinformował w piśmie – odpowiedź na odwołanie złożonym podczas posiedzenia

z udziałem stron. Zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych przez Odwołującego I oraz Odwołującego II. W tym zakresie Izba umorzyła postępowania. W zakresie pozostałych zmian wprowadzanych przez Zamawiającego w SIWZ, Odwołujący I oraz Odwołujący II oświadczyli, że podtrzymują swoje zarzuty.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący I oraz Odwołujący II posiadają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Sygn. akt: KIO 1380/18

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie następujących zarzutów:

- 1.1 zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem V ust. 2 pkt 2) lit. a) podlitera a3) i a4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 1.2 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z art. 31 ustawy Pzp w zakresie posiadania przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych, dysponowania prawami zależnymi oraz zezwoleniami na wykonywanie praw zależnych do utworów w postaci projektów

wskazanych w §3 ust. 3 pkt 1) lit. a) tiret 2 i 3 (załącznik nr 13 i 14 do PFU) jak i pozostałych utworów wskazanych w załączniku nr 12 do programu funkcjonalno – użytkowego;

- 1.3 zarzutu naruszenia art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z §22 ust. 7 i ust. 13 Umowy 2a oraz umowy 2b w zakresie zobowiązania wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej limit określony ustawą Pzp;
- 1.4 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z §19 ust. 12 umowy 2a i umowy 2b w zakresie bezusterkowego odbioru częściowego;
- 1.5 zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 kodeksu cywilnego w zw. z art. 487 §2 kodeksu cywilnego w zakresie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto;
- 1.6 zarzutu naruszenia art. 83 ustawy z dnia 2 lutego 2003 r. Prawa upadłościowego w zw. z §25 ust. 4 pkt 1 Umowy 2a i Umowy 2b w zakresie prawa zamawiającego do odstąpienia od umów;
- 1.7 zarzut naruszenia art. 225 ust. 1, art. 247 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne w zw. z §25 ust. 4 pkt 2 Umowy 2a i Umowy 2b w zakresie prawienia zamawiającego do odstąpienia do umów.

Zamawiający w omawianym zakresie w złożonej podczas posiedzenia z udziałem stron odpowiedzi na odwołanie uwzględnił powyższe zarzuty odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, *„w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.”* Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi

znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego wyrażono identyczne stanowisko w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadne następujące zarzuty podniesione przez Odwołującego I:

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 357¹ k.c. w zw. z art 358¹ § 3 k.c. w zw. z art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z § 8 ust. 2 w zw. z § 10 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b – wiążące wytyczne

Izba uznała zarzut za zasadny. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można

bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w zakwestionowanych przez Odwołującego I postanowieniach umów. Postanowienia te bowiem przyznają Zamawiającemu prawo wydawania wykonawcy w toku realizacji zamówienia wiążących poleceń/żądań dotyczących w szczególności: rozwiązań technicznych i technologicznych dokumentacji projektowej, kolejności i sposobu realizacji prac objętych przedmiotem umowy, wykonania robót ziemnych lub prac zabezpieczających. Wszelkie koszty związane z realizacją takich wytycznych/zaleceń ujęte są w wynagrodzeniu brutto wykonawcy.

Izba nie może zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, iż powyższe uregulowania mają na celu umożliwienie Zamawiającemu ingerowanie w wizję projektanta, tak aby uwzględniała ona potrzeby i możliwości Zamawiającego, ingerowania w rozwiązania techniczne, materiały wykończeniowe, rozwiązania estetyczne czy funkcjonalne. Elementy te, jeśli mają znaczenie dla Zamawiającego, winny zostać określone w SIWZ - PFU, tak aby wykonawcy szacując koszty realizacji zamówienia mieli świadomość wymagań Zamawiającego. Nie ma możliwości realnej wyceny kosztów realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzega sobie prawo ingerencji i wydawania wiążących poleceń co do istotnych elementów inwestycji. Treść tych wytycznych nie jest wykonawcy znana na etapie składania ofert i tym samym nie ma on możliwości ich wycenić. Jeśli Zamawiający ma wątpliwości lub sugestie co do estetyki czy funkcjonalności stadionu, to winien przed wszczęciem postępowania ogłosić konkurs w zakresie wizualizacji stadionu i rozwiązań funkcjonalnych, a zakresem przedmiotowego postępowania objąć realizację wybranego w ramach konkursu projektu. Co więcej, przygotowując SIWZ Zamawiający miał możliwość narzucenia wykonawcy preferowanych materiałów wykończeniowych, rozwiązań funkcjonalnych czy technicznych. Swoją wolę i zakres wymagań Zamawiający sprecyzował w PFU. Stąd też, w ocenie Izby, wszelkie wiążące wytyczne czy zalecenia muszą wynikać z PFU, gdyż tylko w takim zakresie wykonawca będzie mógł wliczyć koszt ich realizacji w koszty oferty. Zamawiający poprzez przyjęcie formuły realizacji zamówienia w formie „zaprojektuj i wybuduj” oddał wykonawcy swobodę co do rozwiązań technicznych, funkcjonalnych czy estetycznych. Granice tej swobody zostały określone w dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego. Wytyczne nie wynikające z tej dokumentacji, choć mogą być wydawane, to jednak wykonawcy winno z tego tytułu przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie. Stąd też, w ocenie Izby, zasadne było nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania we wzorze umowy, iż wszelkie wiążące wytyczne czy polecenia muszą wynikać

z PFU. W ocenie Izby, za nieuprawnione uznać należy obarczenie z jednej strony wykonawcę obowiązkiem uzyskania wszelkich pozwoleń, zgód, decyzji czy opinii w związku z realizacją inwestycji powołując się w tym zakresie na przyjętą formułę realizacji zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, a z drugiej strony zastrzegać sobie nieograniczonego prawa do wydawania wiążących zaleceń, wytycznych, które w istocie zaprzeczają przyjętej przez Zamawiającego formułę realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia art. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. poprzez uregulowania zawarte w §5 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b - udostępnienie przez Zamawiającego Podręcznika licencyjnego

W ocenie Izby zarzut potwierdził się w zakresie braku załączenia przez Zamawiającego aktualnego Podręcznika licencyjnego dla Klubów Ekstraklasy. Wskazać należy, że we wzorze umowy Zamawiający wielokrotnie odwołuje się do Podręcznika licencyjnego i nakłada na wykonawcę szereg obowiązków związanych z uwzględnieniem wymagań zawartych w ww. dokumencie w trakcie realizacji zamówienia. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym, iż podręcznik ten jest dostępny na wskazanej w SIWZ stronie internetowej, o tyle kluczowe znacznie dla wykonawców ma to, aby każdy z nich szacował koszty realizacji zamówienia na podstawie tego samego podręcznika. Ponieważ nie można wykluczyć ryzyka, iż Podręcznik licencyjny może ulec zmianie na etapie przygotowywania i szacowania kosztów oferty, istotnie jest, w ocenie Izby, zapewnienie przez Zamawiającego, aby wykonawcy mieli dostęp do tego samego dokumentu. Takie rozwiązanie jest korzystne dla samego Zamawiającego, który uniknie w ten sposób ewentualnych sporów co do tego, jaki Podręcznik licencyjny należało uwzględnić w kosztach oferty.

W ocenie Izby brak załączenia Podręcznika licencyjnego stanowił naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie przekazał wykonawcom dokumentu, który może wpływać na szacowanie kosztów realizacji zamówienia. Same odesłanie do strony internetowej jest, w ocenie Izby, niewystarczające, z uwagi na ryzyko zmiany treści podręcznika, co mogłoby powodować, iż wykonawcy przygotowują swoje oferty w oparciu o odmienne dokumenty. Choć ryzyko to może być minimalne, to wymaganie nałożone przez Izbę na Zamawiającego nie jest nadmierne i nieproporcjonalne, a zapobiega ewentualnym sporom.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 144 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z §6 ust. 5 Umowy 2a – zmiana kwot wynagrodzenia w poszczególnych latach

Izba uznała zarzut za zasady. W ocenie Izby zakwestionowane przez Odwołującego I zapisy wzoru umowy przyznają prawo jednostronnej zmiany kwot wynagrodzenia wypłacanych wykonawcy w poszczególnych latach realizacji inwestycji, bez jakiegokolwiek konsultacji czy zgody wykonawcy. Tak szerokie uprawnienie Zamawiającego jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego złożonym podczas rozprawy zakwestionowane postanowienie umowne przyznaje Zamawiającemu prawo jednostronnej zmiany kwot wynagrodzenia wypłacanych w poszczególnych latach. Wskazać bowiem należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu Zamawiający nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego. W ocenie Izby, na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający nadużył przysługującego mu prawa określenia postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego naruszając zasadę współzycia społecznego rozumianą jako zasadę słuszności w prawie (w tym słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i uczciwego postępowania). I o ile zgodzić się można z Zamawiającym, że zmiana klasyfikacji budżetowej jest wyłącznie czynnością techniczno – rachunkową, to Zamawiający zastrzegł sobie jednocześnie prawo jednostronnej zmiany kwot wynagrodzenia wypłacanych wykonawcy w poszczególnych latach realizacji inwestycji, bez jakiegokolwiek odniesienia do sytuacji wykonawcy, bez uzyskania jego zgody czy nawet konsultacji z wykonawcą. Podkreślić należy, że znając harmonogram płatności i kwoty, jakie zostaną wypłacone wykonawcy w poszczególnych latach organizuje on swoją działalność, opierając się na przyjętych ustaleniach z Zamawiającym. Odgórna, nieograniczona i jednostronna interwencja Zamawiającego w plan płatności może mieć negatywny wpływ na sytuację finansową wykonawcy, jego płynność finansową czy choćby możliwość realizacji zamówienia w ustalonych terminach. Przy tak skonstruowanej klauzuli umownej Zamawiający może bowiem jednostronnie zdecydować o podziale środków finansowych na poszczególne lata.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż w przypadku zmiany warunków Dofinansowania musi mieć on możliwość zmiany kwot wynagrodzenia w poszczególnych latach.

W ocenie Izby, takie działanie Zamawiającego jest nieuprawnionym przerwaniem na wykonawcę ryzyka kontraktowego związanego z finansowaniem przedsięwzięcia. To Zamawiający jest zobowiązany zapewnić finansowanie inwestycji oraz dysponowanie środkami finansowymi na poszczególne lata. Zresztą, co Zamawiający omija w swojej odpowiedzi na odwołanie, w przedłożonym Izbie wzorze Umowy o Dofinansowanie wskazane jest, iż w przypadku obniżenia wysokości dofinansowania lub zmiany podziału na lata, Zamawiający zobowiązany jest przedstawić zaktualizowane źródło finansowania gwarantującą terminową realizację zamówienia. Tym bardziej za niezasadne należy uznać wprowadzenie we wzorze umowy prawa do jednostronnej zmiany kwoty wynagrodzenia wykonawcy w poszczególnych latach.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała zmianę wzoru umowy w sposób wskazany w sentencji.

Izba uznała, iż następujące zarzuty podniesione przez Odwołującego I nie zasługują nie uwzględnienie:

Zarzut naruszenia art. 9a ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 9a ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją w przypadku, gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie. Odwołujący I argumentował, iż termin na składanie ofert przez wykonawców jest zbyt krótki, mając na uwadze wykonanie wizji lokalnej oraz rozmiar i ilość dokumentacji.

Izba uznała, że w zakresie przedstawionego zarzutu Odwołujący I nie wykazał, że doszło do naruszenia art. 9a ust. 2 ustawy Pzp tj., iż wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert uniemożliwia mu zapoznanie się z dokumentacją postępowania oraz wykonanie wizji lokalnej. Wskazać należy po pierwsze, że ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert jest terminem dłuższym niż minimalne terminy wynikające z ustawy Pzp. Po drugie, jak wyjaśnił

Zamawiający, czemu Odwołujący I nie zaprzeczył, wykonawca ten dokonał już wizji lokalnej, a tym samym podnoszenie argumentu, iż termin składania ofert winien być wydłużony ze względu na wykonanie wizji lokalnej uznać należy za niezasadny. Odwołujący I zaś w żaden sposób nie wyjaśnił i nie uzasadnił dlaczego i w jakim zakresie wykonanie wizji lokalnej ma wpływ na czas niezbędny do sporządzenia oferty. Po trzecie, nie sposób zgodzić się z Odwołującym I, iż z uwagi na okres wakacyjny mogą pojawić się trudności w uzyskaniu ofert podwykonawców czy innych informacji niezbędnych do sporządzenia oferty. Słusznie wskazał Zamawiający, że na rynku budowlanym okres wakacyjny to okres intensywnej działalności przedsiębiorstw budowlanych, dostawców materiałów i usług. To właśnie w okresie letnim, z uwagi na warunki pogodowe, intensyfikuje się działalność budowlana, zaś twierdzenia Odwołującego I o trudnościach związanych z pozyskaniem ofert od podwykonawców czy kontrahentów uznać należy za gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Po czwarte, zasadność zarzutu wykonawcy nie może się opierać wyłącznie na subiektywnym twierdzeniu o zbyt krótkim terminie na sporządzenie oferty. Odwołujący I winien wykazać Izbie z jakimi dokumentami z uwagi na ich rozmiar czy treść doświadczony wykonawca nie jest w stanie się zapoznać w terminach określonych przez Zamawiającego. Założyć należy, że doświadczony wykonawca, za którego uznać należy Odwołującego I, posiada odpowiednie zasoby kadrowe, które może oddelegować do przygotowania oferty. Być może z uwagi na rozmiar dokumentacji i termin składania ofert wykonawca będzie musiał oddelegować większą liczbę pracowników do przygotowania oferty, a tym samym ponieść dodatkowe koszty, jednakże okoliczności te leżą w subiektywnej ocenie i decyzji wykonawcy i nie mogą uzasadniać dostosowania zapisów SIWZ do subiektywnych żądań wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – wskaźnik rentowności sprzedaży netto ROS

Izba uznała zarzut za niezasadny. Istota zarzutu Odwołującego I sprowadzała się do twierdzenia, iż wymagany przez Zamawiającego obowiązek wykazania się przez wykonawcę wskaźnikiem rentowności sprzedaży netto za rok 2017 r. na poziomie co najmniej 2.5% jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do zamówienia i winien zostać wykreślony.

Izba dokonała analizy powyższego wymagania Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1384/18. Rozważania te pozostają aktualne w stosunku do zarzutu podniesionego przez Odwołującego I. Dodać jednakże należy, że Izba nie podziela stanowiska Odwołującego I o naruszeniu art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp w sposób zakwestionowany przez Odwołującego I. Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia rzetelnej analizy sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Uprawnienie to obejmuje swoim zakresem również prawo do analizy wskaźników finansowych osiągniętych przez wykonawców, w tym wskaźnika rentowności sprzedaży. Takie uprawnienie wywieść można m.in. z art. 58 Dyrektywy 2014/24/UE, stanowiącego, iż instytucje zamawiającego w celu weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej mogą wymagać m.in. sprawozdań finansowych pokazujących stosunek aktywów do zobowiązań. Stosunek, przykładowo, aktywów do zobowiązań może być wzięty pod uwagę, gdy instytucje zamawiające określają w dokumentach zamówienia metody i kryteria takiego uwzględnienia. Tego rodzaju metody i kryteria muszą być przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne. Ustawodawca krajowy odzwierciedlił powyższą regulację w art. 22 c ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że wprowadzając wymóg posiadania określonego wskaźnika rentowności sprzedaży netto Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp. Żądanie przez Odwołującego I wykreślenia wymogu dotyczącego wskaźnika rentowności sprzedaży netto prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia prawa badania sytuacji finansowej wykonawcy, zagwarantowanego przepisami ustawy Pzp. Sam fakt wyprowadzenia wymogu posiadania przez wykonawców określonego wskaźnika rentowności nie powoduje, w ocenie Izby, naruszenia przepisów ustawy Pzp. Naruszenie ustawy Pzp może wystąpić, jeśli wymagany poziom wskaźnika rentowności czy też badany okres działalności przedsiębiorstwa narusza wynikającą z ustawy Pzp zasadę proporcjonalności. Jak Izba wskazała w sprawie KIO 1384/18, sposób opisanego przez Zamawiającego wymagania dotyczącego wskaźnika rentowności sprzedaży netto naruszał zasadę proporcjonalności. Izba nakazała zmianę dotychczasowego brzmienia zakwestionowanych zapisów SIWZ w sposób wskazany w sentencji wyroku.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp PZP w zw. z Rozdziałem V ust. 2 pkt 2) lit. b) podlitera

b2) tj. bb3) oraz Rozdział V ust. 2 pkt 2 lit. b) podlitera b2 tj. bb3 w zakresie wyrażenia „przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie stadionu piłkarskiego co najmniej III kategorii według klasyfikacji UEFA, o pojemności co najmniej 10.000 miejsc siedzących i wartości robót co najmniej 100.000.000 zł brutto lub równowartość tej kwoty”

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący I argumentował, że wymagania Zamawiającego są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ograniczają w znaczny sposób udział wykonawców w postępowaniu.

Opisanie warunków udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który w wykonywaniu tej kompetencji ograniczony jest przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości) oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, (stanowiącego, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności).

Oceniając kwestię proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

W analizowanej sprawie przedmiot zamówienia obejmuje m.in. przebudowę i rozbudowę Stadionu Miejskiego, tak aby obiekt spełniał wymogi UEFA dla stadionów IV kategorii. Postawiony zaś przez Zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania osobami, które będą pełniły funkcję kierownika budowy i projektanta przy realizacji zadania nie odnosi się do kategorii IV stadionów, ale kategorii III, czyli niższej. Jak wyjaśnił Zamawiający, stopień skomplikowania zadań związanych z realizacją stadionu w kategorii III i IV jest na tyle podobny, że osoby posiadające doświadczenie przy budowie i/lub rozbudowie stadionu kategorii III będą, w ocenie Zamawiającego, dawały rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z kolei jak wskazał Zamawiający, stadiony kategorii II są obiektami o zdecydowanie niższych parametrach,

a w konsekwencji odwoływanie się do doświadczenia zdobytego przy realizacji tej grupy stadionów nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie przedstawił szereg parametrów poszczególnych kategorii stadionów i wyjaśnił w sposób spójny dlaczego odwołał się w zakresie wymaganego doświadczenia do kategorii III stadionów, nie zaś II. Argumentacja zaś Odwołującego I koncentrowała się na okoliczności, iż w 2010 r. doszło do zmiany zasad klasyfikacji. Okoliczność ta jest jednak bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu. Nie ma bowiem, w ocenie Izby, powiązania logicznego pomiędzy naruszeniem zasady proporcjonalności w opisie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, a zmianą zasad klasyfikacji UEFA stadionów. Związku takiego Odwołujący I Izbie nie wykazał.

Za niezasadne uznać należy żądanie Odwołującego I, aby Zamawiający odwołał się w treści SIWZ do klas PKOB, nie zaś do klasyfikacji UEFA. Jak wskazał Zamawiający klasyfikacja zaproponowana przez Odwołującego I obejmuje budowę nieskomplikowanych obiektów sportowych, co w żaden sposób nie odpowiada i nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Sam zaś Odwołujący I w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego właśnie Zamawiający miałby odwoływać się do klas PKOB, jakie są różnice wymaganych parametrów technicznych pomiędzy kategorią III stadionów klasyfikacji UEFA, a klasami PKOB. Odwołujący I lakonicznie wskazał, że klasa 1265 to budynek kultury fizycznej, zaś klasa 2411 to klasa boisk sportowych przeznaczonych do sportów na świeżym powietrzu. Takie uzasadnienie zarzut jest, w ocenie Izby, niewystarczające.

Dalej wskazać należy, co podkreślił Zamawiający, iż legitymowanie się przez kierownika budowy i projektanta doświadczeniem nabytym w związku z uczestnictwem w procesie inwestycyjnym obejmującym budowę i/lub przebudowę stadionu co najmniej III kategorii UEFA jest także uzasadnione koniecznością umiejętności odczytywania wytycznych UEFA przez kierownika budowy oraz prawidłowej implementacji dokumentacji projektowej.

Odnosząc się zaś do argumentu o niewielkiej liczbie stadionów III kategorii, jak wskazał Zamawiający, tylko w Polsce w ostatnich latach powstało 9 stadionów. Podkreślić w tym miejscu należy, że z uwagi na przedmiot zamówienia oczywistym jest, iż zapewnienie sobie odpowiednio doświadczonej kadry może być dla wykonawców zadaniem skomplikowanym. Jednakże Odwołujący I nie wykazał w żaden sposób, iż wymagany przez Zamawiającego kierownik budowy i projektant nie występują na rynku. Sam fakt, iż jest to wąska grupa osób nie może uzasadniać

zmiany wymagań Zamawiającego. To Zamawiający musi mieć pewność, iż do realizacji zamówienia wykonawca oddeleguje osoby posiadające doświadczenia w wykonaniu zadań zbliżonych do przedmiotu zamówienia, nie zaś osoby, które realizowały boisko sportowe przy szkole.

Podobnie za bezzasadne uznać należy żądanie Odwołującego I dotyczące zmiany wymogu w zakresie miejsc siedzących oraz wartości robót. Po pierwsze, Odwołujący I nie uzasadnił w sposób prawidłowy zarzutu. Wskazał wyłącznie, iż wartość robót nie gwarantuje posiadanego doświadczenia i kwalifikacji, których Zamawiający oczekuje od kierownika budowy. Nie wyjaśnił natomiast, co gwarantowałyby takie doświadczenie i kwalifikacje. Nie odniósł się w żaden sposób do wymogu dotyczącego miejsc siedzących. Odwołujący I neguje wymagania Zamawiającego dotyczące doświadczenia kierownika budowy i projektanta, nie wyjaśniając w jaki inny rzetelny sposób Zamawiający miałyby oceniać doświadczenie ww. osób. To Zamawiający jest odpowiedzialny za opis warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić, iż realizacja zamówienia nastąpi poprzez doświadczoną kadrę profesjonalistów gwarantujących należyte wykonanie zadania. Nieuzasadnione żądania Odwołującego I, nieoparte żadnym wyczerpującym i logicznym uzasadnieniem, a wyłącznie gołosłownym stwierdzeniem o naruszeniu zasady proporcjonalności, nie mogą uzasadniać słuszności podniesionych zarzutów.

Analiza zasady proporcjonalności w aspekcie warunków udziału w postępowaniu winna udzielić odpowiedzi na pytanie czy dane wymaganie zamawiającego jest właściwe dla zakładanego celu oraz czy nie wykracza poza to co jest niezbędne, czy inny warunek nie byłby wystarczający do osiągnięcia planowanego celu. W zakresie omawianego zarzutu, Izba uznała, iż Odwołujący I nie wykazał, aby wymagania co do kierownika budowy i projektanta oraz wartości robót i liczby miejsc siedzących były nieadekwatne i nieproporcjonalne. Wymagania te są związane z przedmiotem zamówienia i służą celowi jakim jest zapewnienie, iż zamówienie zostanie zrealizowane przez osoby posiadające doświadczenie związane z przedmiotem zamówienia. Zarzuty i żądania Odwołującego I nie wiążą posiadanego przez kierownika budowy i projektanta doświadczenia z przedmiotem zamówienia, a tym samym nie sposób stwierdzić, iż służą one celowi jakemu winny służyć postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 36 ust 1 pkt 13) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, a tym samym jako nieobiektywne oraz dyskryminacyjne określenie jako kryterium oceny oferty w Rozdziale XII ust. 1 pkt 4) SIWZ w kryterium „Zastępcy Kierownika Budowy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie nie niższe niż wymagane da Kierownika Budowy, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ”

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy po pierwsze, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Przywołana regulacja ma swoje źródło w art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE. Ustawodawca europejski w motywie 94 wskazanej dyrektywy wskazał, iż „Każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Tak może być na przykład w przypadku zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne. Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny - za pomocą odpowiednich postanowień umownych - zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości.” Nie ma więc, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości, iż omawiane kryterium nie tylko zezwala na ocenę doświadczenia personelu wykonawcy na podstawie doświadczenia poszczególnych członków tego zespołu, według zasad opisanych w dokumentach przetargowych, ale też pozwala oceniać stopień wykształcenia i innych kwalifikacji zawodowych tych osób. Zawsze jednak w sposób związany z przedmiotem zamówienia, sposobem jego wykonania, proporcjonalnie do stopnia trudności i wyzwań stawianych przed tymi osobami w celu należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby zastępca kierownika budowy ma istotne znaczenie i wpływ na jakość wykonania zamówienia. Osoba ta wchodzi w skład kluczowego personelu wykonawcy i jego praca może

warunkować powodzenie realizacji zamówienia. Zamawiający w §7 ust. 12 pkt 2 wzoru umowy - Załącznik 2a do SIWZ oraz §7 ust. 11 pkt 2 wzoru umowy – załącznik 2b do SIWZ wskazał, że zastępca kierownika budowy wchodzi w skład zespołu kierowników. Jego obecność na budowie jest bezwzględnie obowiązkowa w trakcie realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy kierownik budowy nie będzie obecny. Z uwagi na termin realizacji zamówienia, wymóg etapowania inwestycji w sposób uwzględniający terminarz rozgrywek Ekstraklasy, oraz stopień skomplikowania i zakres inwestycji, za zasadne uznać należy, że roboty będą musiały być wykonywane zmianowo, co wyklucza możliwość stałej obecności kierownika budowy. W ocenie Izby wykwalifikowany zastępca kierownika budowy może mieć znaczenie dla jakości wykonywanej inwestycji z uwagi na jej zakres i poziom skomplikowania, osoba ta wspomaga kierownika budowy i współpracuje z nim w procesie budowlanym, również poprzez dodatkową weryfikację zgodności prac wykonywanych na budowie z przyjętymi założeniami projektowymi.

Argumentacja przeciwna Odwołującego I opierała się na twierdzeniu, iż wymóg dysponowania zastępcą kierownika budowy nie wynika z przepisów prawa budowlanego. Okoliczność ta jest jednak, w ocenie Izby, bez znaczenia. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku określenia kryteriów oceny ofert, które wynikałyby z przepisów prawa. Zamawiający ma w tym zakresie dowolność, przy uwzględnieniu wymagań wskazanych w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, które w ocenie zostały przez Zamawiającego spełnione. Dalej Izba uznała, że Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał jakoby wprowadzone kryterium naruszało zasady konkurencyjności czy proporcjonalności. Wykonawca lakonicznie stwierdził, że może się okazać, że wykonawca nie będzie w stanie przedstawić żadnej osoby, z uwagi na w zasadzie tożsamy warunek udziału, jednakże w żaden sposób nie wyjaśnił swojego twierdzenia ani też w żaden sposób nie wykazał Izbie rzekomych trudności w zaangażowaniu w realizację zamówienia zastępcy kierownika budowy spełniającego wymagania Zamawiającego.

Podkreślić należy, że ustawodawca rozszerzając katalog kryteriów pozacenowych dąży do wyeliminowania z rynku dotychczasowej praktyki oceny ofert wyłącznie w oparciu o cenę. Przepis art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp uprawnia zamawiających do wprowadzenia takich kryteriów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego I w przywołanej regulacji ustawodawca posłużył się stwierdzeniem „...*jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*”. Tym samym Zamawiający winien wykazać potencjalny wpływ danej osoby na realizację zamówienia, nie zaś jak wskazał Odwołujący I, bezwzględny obowiązek udziału w realizacji zamówienia.

Wskazać również należy, iż propozycja Odwołującego I wprowadzenia kryterium „Przedstawiciela Wykonawcy” posiadającego doświadczenie dotyczące budowy i/lub rozbudowy obiektu PKOB 1265 lub PKOB 2411 o wartości robót 10.000.000 nie może być zaakceptowana. Wykonawcy bowiem otrzymywaliby punkty za dysponowanie osobą, która posiada doświadczenie niezwiązane z przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku w §3 ust. 3 pkt 2) Umowy 2a oraz S 3 ust. 1 pkt 2) Umowy 2b

Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie Izby w zakresie zadania wykonywanego w formule „projektuj i buduj” nie sposób określić zamkniętego katalogu dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, a tym bardziej wymagać, aby taki katalog dokumentów został przygotowany przez Zamawiającego. To po stronie wykonawcy spoczywa obowiązek projektowania zadania i to wykonawca winien mieć wiedzę, jaka dokumentacja będzie konieczna w procesie inwestycyjnym w celu realizacji umowy. Podkreślenia również wymaga, że Odwołujący I nie wskazał na żadne konkretne dokumenty jakie nie zostały zawarte w §11 wzoru umowy. Sam fakt, iż Zamawiający nie wskazał zamkniętego katalogu dokumentów nie stanowi, w ocenie Izby, podstawy do uznania, iż postanowienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie można zgodzić się z Odwołującym I, że zakwestionowane postanowienia wzoru umowy spowodują, że wykonawcy mogą proponować w ofertach odmienny zakres zamówienia. Każdy z wykonawców w przyjętej przez Zamawiającego formule wykonania zamówienia, mając na uwadze zawarte w PFU wymagania, dokonuje analizy zakresu koniecznych zgód, pozwoleń, opinii i szacuje ryzyko związane z terminem ich uzyskania bądź nieuzyskania. Analiza ta może być odmienna u każdego wykonawcy, gdyż jest oparta na doświadczeniu wykonawcy oraz przyjętych założenia projektowych. Nie oznacza to jednak, w ocenie Izby, że wykonawcy będą oferować odmienny zakres świadczenia. Zakres świadczenia jest ujęty w dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego, w tym PFU i informacje tam zawarte determinują co jest przedmiotem świadczenia na rzecz Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 28 i n. RODO poprzez brak określenia w treści Umowy 2a oraz Umowy 2b zasad przetwarzania danych osobowych

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący I argumentował, że Zamawiający będzie przetwarzać dane osobowe pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, osób do przeszkolenia wskazanych w §3 ust. 3 pkt 7 Umowy 2a oraz w §3 ust. 1 pkt 6 umowy 2b oraz osób wskazanych jako kierownicy czy przedstawiciele lub koordynatorzy lub członkowie zespołu projektowego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko i argumenty przedstawione przez Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy §7 ust. 21 pkt 1 i 2 – Załącznik nr 2a i 2b do SIWZ wszelkie dokumenty potwierdzające zatrudnienie pracownika na umowę o pracę mają być przedkładane Zamawiającemu w formie zanonimizowanej. Oznacza to, że Zamawiający nie otrzyma danych osobowych pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, a w związku z tym nie będzie przetwarzał danych osobowych takich pracowników.

Zamawiający wskazał, że nie będzie przekazywał wykonawcy danych osobowych swoich pracowników, zaś Odwołujący I nie wskazał jakie to dane osobowe otrzymane do wykonawcy byłyby przetwarzane przez Zamawiającego.

Ponadto, jak wskazał Zamawiający, dane osobowe pracowników Zamawiającego, którzy mają być objęci szkoleniem na podstawie §3 ust. 3 pkt 7 wzoru umowy 2a oraz §3 ust. 3 pkt 6 wzoru umowy 2b nie będą przekazane wykonawcy. Obowiązek wyznaczenia i weryfikacji tożsamości takich pracowników spoczywa na Zamawiającym. Fakt wykonania przedmiotu zamówienia ww. zakresie zostanie potwierdzony przez Przedstawiciela Zamawiającego. Tym samym nie sposób przyjąć, aby na tej podstawie Zamawiający przekazywał wykonawcy dane osobowe swoich pracowników, co czyni wniosek o uregulowanie kwestii przetwarzania danych osobowych bezzasadnym.

Co się zaś tyczy osób wskazanych w umowie jako członkowie zespołu kierowników lub projektantów oraz Przedstawiciela Wykonawcy, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że pozyskanie danych tych osób nie stanowi powierzenia danych osobowych w celu ich przetwarzania w rozumieniu art. 28 ust. 3 RODO. Zamawiający pozyskuje bowiem dane osobowe osób wskazanych przez wykonawcę w umowie do realizacji zamówienia, nie przetwarza

ich jednak w imieniu administratora, ale w imieniu własnym. W takim przypadku ciąży na nim jedynie obowiązek informacyjny wskazanych w art. 14 RODO. Realizując ten obowiązek informacyjny Zamawiający zobowiązał Wykonawcę na podstawie §3 ust. 28 projektów umowy do przedłożenia osobom, których dane zostaną przekazane Zamawiającemu w celu realizacji przedmiotu zamówienia informacji, której wzór stanowi załącznik nr 2 do projektów umów.

Słusznie również wskazał Zamawiający, że z podobną sytuacją mamy do czynienia w zakresie danych osobowych dotyczących osób wskazanych przez Zamawiającego do kontaktu w związku z realizacją zamówienia. Nie mamy w takim przypadku co czynienia z powierzeniem przetwarzania danych osobowych przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego. Wykonawca pozyskuje ww. dane w związku z realizacją zamówienia i Zamawiający nie określa Wykonawcy celów przetwarzania tj. nie jest to powierzenie w celu przetwarzania danych w imieniu Zamawiającego. W takim przypadku, Wykonawcę, podobnie jak Zamawiającego, dotyczy obowiązek informacyjny, o jakim mowa w art. 14 RODO.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez określenie w §4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a terminu realizacji Kamienia Milowego 1 w zw. z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 1) SIWZ, jako określonego konkretną datą (15 lipca 2019 r.)

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący I w żaden sposób nie wykazał naruszenia wskazanych powyżej przepisów prawa. Wskazać należy na wstępie, że w §4 ust. 2 pkt 1 Umowy 2a Zamawiający zawarł katalog czynności, jakie wykonawca ma zrealizować w ramach Kamienia Milowego 1. Zamawiający wskazał, iż czynności te winny być wykonane do dnia 15 lipca 2019 r. Wskazał również, iż wykonawca jest w stanie wykonać takie czynności w okresie przerwy w rozgrywkach Ekstraklasy.

Argumentacja Odwołującego I sprowadzała się do twierdzenia, iż określenie daty realizacji Kamienia Milowego 1 konkretną datą, nie mając wiedzy kiedy zostanie podpisana umowa, skutkuje nieproporcjonalnością tego etapu inwestycji. Wskazał również, że Zamawiający nie uwzględnia wszelkich okoliczności i zmiennych mogących mieć wpływ na termin realizacji tego etapu inwestycji. Uzasadnienie zarzutu Odwołującego I ma więc charakter nader ogólny i nie

poparty żadnymi dowodami czy nawet głębszą analizą. Izba nie może na takiej podstawie uznać zasadności zarzutu. Podkreślić należy, że Odwołujący I nie odniósł się w żaden specyficzny sposób do zakresu czynności, jakie wykonawca ma zrealizować w ramach Kamienia Milowego I. Nie uzasadnił, których z tych czynności nie będzie można obiektywnie wykonać przed 15 lipca 2019 r. i czym jest to spowodowane. Jak wyjaśnił Zamawiający, nawet przy uwzględnieniu wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej i wydłużeniu postępowania o ok 2 – 3 miesiące, wykonawcy nadal mogą wykonać czynności składające się na Kamień Milowy 1 w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący I zaś nie przedstawił dowodu przeciwnego. W ocenie Izby samo określenie realizacji zadań składających się na Kamień Milowy 1 nie stanowi naruszenia ani art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a tym bardziej art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin został określony przez Zamawiającego w sposób jasny i precyzyjny. Odwołujący I zaś w żaden sposób nie wykazał Izbie, iż określenie terminu realizacji Kamienia Milowego 1 narusza zasadę proporcjonalności. Samo posłużenie się przez Odwołującego I pojęciem proporcjonalności, bez przełożenia go na stan faktyczny sprawy nie stanowi, w ocenie Izby, poprawnego i wystarczającego uzasadnienia podniesionego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 UZNK w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez określenie w §13 ust. 9 Umowy 2a oraz Umowy 2b obowiązku do przedkładania umów prawnoautorskich

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Stanowiska Odwołującego I sprowadzało się do twierdzenia, iż umowy prawnoautorskie objęte są klauzulą poufności, zaś ich ujawnienie Zamawiającemu mogłoby skutkować naruszeniem tej zasady, a w konsekwencji narażałoby wykonawcę na odpowiedzialność cywilną i karną. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego I. Po pierwsze wskazać należy, że znając treść wymagania Zamawiającego, każdy z wykonawców, który zamierza zawierać umowy prawnoautorskie związane z realizacją przedmiotu zamówienia ma możliwość ukształtowania treści takich umów w sposób uwzględniający wymagania Zamawiającego. Nie ma, w ocenie Izby, żadnych przeszkód, aby w takich umowach zawrzeć odpowiednie postanowienia o możliwości przekazania kopii umowy Zamawiającemu, zobowiązując go jednocześnie do nieupubliczniania treści umów. Sam fakt przekazania umów prawnoautorskich Zamawiającemu, z odpowiednim zastrzeżeniem poufności, nie będzie stanowić naruszenia ich poufnego charakteru. Po drugie, zgodzić się należy z

Zamawiającym, że kwestia praw autorskich do dokumentacji projektowej jest niezwykle istotna. Autor opracowania może bowiem powoływać się na przysługujące mu prawa autorskie, co może w konsekwencji doprowadzić do wstrzymania robót budowlanych realizowanych w oparciu o dokumentację projektową, której częścią jest opracowany przez niego utwór. To zaś mogłoby wpływać na termin realizacji zamówienia i jego finansowanie. Po trzecie, żądanie Zamawiającego jest proporcjonalne i adekwatne do realizacji wskazanego celu tj. ochrony własnego uzasadnianego interesu oraz interesu publicznego. Odwołujący I poza ogólnym twierdzeniem o klauzulach poufności, nie wykazał Izbie w żaden sposób dlaczego wymóg postawiony przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 11 ust. 4 UZNK czy też art. 353¹ kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym, zarzut Odwołującego należało uznać za niezasadny. Za nieuzasadniony Izba uznała również zarzut dotyczący nieproporcjonalnej sankcji w postaci kary umownej, o której mowa w §24 ust. 1 pkt 7 lit. i projektów umów, przewidzianej za zwłokę w przedłożeniu kopii umów. Odwołujący I nie zawarł żadnej analizy, argumentacji czy jakiegokolwiek rozwinięcia w czym upatruje naruszenie zasady proporcjonalności w zakresie możliwości naliczania kar umownych w zakresie wskazanym powyżej.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 §2 k.c. – kary umowne (zarzut wspólny – uzasadnienie Izby dotyczy również sprawy o sygn. akt: KIO 1384/18)

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Obaj Odwołujący argumentowali, iż wysokość kar umownych, jakie Zamawiający przewidział w §24 ust. 1 pkt 3 oraz §24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2a do SIWZ) stanowi naruszenie art. 353¹, art. 483 i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14, 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż kary te są rażąco wygórowane, wykraczają poza odszkodowawczą i prewencyjną funkcję kary umownej.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że żaden z Odwołujących nie podjął nawet próby przeprowadzenia dowodu, nie przedstawili żadnej symulacji, która potwierdzałaby, że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy (a za takie należy uznać m.in. postanowienia określające odpowiedzialności kontraktowej) i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o naruszeniu zasady swobody umów (art. 353¹ Kc).

W niniejszej sprawie ani Odwołujący I ani Odwołujący II nie przedstawili żadnego wyводу, który potwierdzałby naruszenie wskazanych przez nich przepisów ustawy Pzp i Kc. Obaj Odwołujący nie wykazali sprzeczności zaskarżonych postanowień z właściwością (naturą stosunku), nie można też uznać zarzutów za zasadne z powodu naruszenia bliżej nieokreślonych zasad współżycia społecznego. W zaskarżonych postanowieniach nie można też dopatrzeć się naruszenia art. 487 § 2 Kc, definiującego zobowiązanie wzajemne. Zarzuty obu odwołań w tym zakresie należy uznać za dążenie do korzystniejszego dla wykonawców ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za zwalczanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa.

Wykonawcy zmierzając do ukształtowania wysokości kar umownych powołali się na wysokość ewentualnej szkody jaką mógłby ponieść Zamawiający z tytułu naruszenia obowiązków o których mowa w §24 ust. 1 pkt 3 oraz §24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2a do SIWZ) oraz na okoliczność, iż konieczność natychmiastowego uiszczenia tak wysokich kar umownych narazi wykonawcę na utratę płynności finansowej. Izba nie podziela stanowiska Odwołujących. Po pierwsze wskazać należy, że wykonawca ma możliwość sądowego kwestionowania roszczenia o zapłatę kary umownej. Po drugie, miarkowanie wysokości kary umownej leży w prerogatywie władzy sądowej, co wynika z art. 484 §2 kodeksu cywilnego. Przepis ten obejmuje również swoim zakresem miarkowanie kary umownej rażąco wygórowanej. Po trzecie, nie sposób wskazać na tym etapie postępowania, że wysokość kary umownej na poziomie 0,5% jest właściwa, zaś na poziomie 2% rażąco wygórowana. Podkreślić bowiem należy, że nie jest możliwe wskazanie jakiegokolwiek właściwego pułapu kary umownej w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku. Takie okoliczności obejmują swoim zakresem wysokość poniesionej szkody, winę

wykonawcy, wartość zobowiązania głównego, przyczynienie się Zamawiającego. Okoliczności te są jednak badane przez sąd w przypadku zmaterializowania się przesłanek do naliczenia kary umownej i wystąpienia przez wykonawcę z żądaniem ich miarkowania. Trudno bowiem na obecnym etapie postępowania przetargowego dokonać analizy winy wykonawcy czy też przyczynienia Zamawiającego.

Dodać należy, że żaden z Odwołujących nie wykazał wartości szkody jaką potencjalnie mógłby ponieść Zamawiający w tytułu braku realizacji obowiązków wskazanych w §24 ust. 1 pkt 3 oraz §24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2a do SIWZ). Odwołujący II podczas rozprawy powoływał się na potencjalne szkody z tytułu braku organizacji meczu Pogoń Szczecin, jednakże żadnych dowodów na tę okoliczność nie przedstawił. Nie ulega wątpliwości, iż kwestia zapewnienia funkcjonowania obiektu w sposób umożliwiający organizację meczów wskazanych w §24 ust. 1 pkt 3 oraz §24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2a do SIWZ) ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, albowiem w przypadku braku takiej możliwości Zamawiający będzie narażony na roszczenia odszkodowawcze ze strony dzierżawców obiektu. Kwoty tych roszczeń nie zostały w żaden sposób wykazane przez Odwołującego II. Trudno więc przyjąć za słuszne stanowisko wykonawców opierające się na ogólnym stwierdzeniu o rażącym wygórowaniu wysokości kar umownych, mając na uwadze okoliczności wskazane przez Izbę powyżej oraz fakt, iż sami Odwołujący nie podjęli próby rzetelnego wykazania, iż wysokość kary umownej na poziomie 2% oraz 0,1% wynagrodzenia brutto stanowi naruszenie zasady konkurencyjności postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez określenie w §7 ust. 21 Umowy 2a i Umowy 2b obowiązku przedkładania kopii umów o pracę, zaświadczenia do ZUS, kopii zgłoszenia pracownika do ubezpieczenia

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący I argumentował, iż jedyną przesłanką uprawniającą Zamawiającego do żądania danych osobowych pracowników wykonawcy mógłby być przepis prawa nakładający taki obowiązek na wykonawcę, a takiego przepisu brak. Odwołujący I powołał się również na opinię Prezesa UZP z dnia 28 kwietnia 2018 r.

Wskazać jednakże należy, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8a ustawy Pzp, w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a, specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zawiera określenie w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego I o braku przepisu ustawowego uprawniającego do żądania przez Zamawiającego kopii umów o pracę czy innych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego do kontroli wymagań wskazanych w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Opinii takiej nie wyraził Prezes UZP. W opinii z dnia 28 kwietnia 2018 r. dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Prezes UZP w sposób jednoznaczny wskazał, że *„(...) Zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp, może wymagać od wykonawcy zatem wyłącznie takich informacji, które są niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez ten podmiot wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. W konsekwencji, na gruncie ww. przepisu możliwe będzie żądanie przez zamawiającego kopii umów o pracę zawierających imię i nazwisko osób, które świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego, datę zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu. Ponadto, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, w celu wykazania spełnienia ww. warunku, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w związku z realizacją zamówienia. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych, z wyjątkiem imienia i nazwiska, dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.”*

Ponadto w ocenie Izby zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne m.in. jeśli jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Jest oczywiste dla Izby,

że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest żądanie, by zatrudnienie przy określonych czynnościach przy wykonywaniu zamówienia odbywało się na podstawie umów o pracę. Jest również oczywiste, że uprawnieniem zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp jest kontrola formy zatrudnienia. Jeśli więc zamawiający będzie w stanie wykazać, że do spełnienia tego obowiązku i wykonywania uprawnienia niezbędne jest pozyskanie danych osobowych osób wykonujących wskazane czynności – może żądać udostępnienia danych osobowych. Zaznaczyć przy tym należy, że żądanie udostępnienia musi być ograniczone do tych danych osobowych, które nie wykraczają poza pojęcie niezbędności. To zaś podlega ocenie przez Zamawiającego w okolicznościach konkretnej sprawy. Przyjąć jednakże należy, że informacje dotyczące imienia i nazwiska, podstawy zatrudnienia czy zakresu wykonywanych czynności przy realizacji zamówienia są informacjami niezbędnymi do realizacji przez Zamawiającego uprawnienia do weryfikacji obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z §7 ust. 21 projektów umów, który jest przedmiotem zarzutu Odwołującego I, Zamawiający przewidział anonimizację dokumentów wskazanych w §7 ust. 21 projektów umów, a tym samym obowiązek został skonstruowany mniej restrykcyjnie niż wynika to ze stanowiska Prezesa UZP.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 2 pkt 9b) PZP w zw. art. 353¹ k.c. poprzez określenie w §7 ust. 18 w zw. z ust. 17 Umowy 2a i Umowy 2b - wymóg zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy również dalszych podwykonawców

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący I lakonicznie wskazał, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy tylko podwykonawcy, nie zaś dalszych podwykonawców. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy.

Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zawarty w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika

oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu na brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (podobnie w wyr. SN z 17.5.2016 r., I PK 139/15, Legalis).

Zakres podmiotowy wymagania zawartego w art. 29 ust. 3 a ustawy Pzp obejmuje zatrudnianie osób przez wykonawcę oraz podwykonawców. Nie budzi wątpliwości, w ocenie Izby, iż podwykonawca w tym przepisie powinien być rozumiany jako podmiot, z którym zawarto umowę o podwykonawstwo zdefiniowaną w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Oznacza to, że w przypadku zamówień na roboty budowlane obowiązek zatrudnienia w oparciu na przepisy prawa pracy rozciąga się także na dalszych podwykonawców, w przypadku zaś usług dotyczy tylko podmiotu, który zawarł bezpośrednią umowę z wykonawcą. Tylko taka interpretacja przepisu art. 29 ust. 3 a ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp odzwierciedla wolę ustawodawcy uporządkowania i zabezpieczenia sytuacji pracowników wykonujących zamówienia w zakresie robót budowlanych. Takie rozumienie przepisu wynika, w ocenie Izby, zarówno z wykładni językowej, jak i systemowej i funkcjonalnej. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż ustawodawca wprowadzając przedmiotową regulację dążył do wyeliminowania z rynku sytuacji patologicznych związanych z brakiem zatrudniania pracowników realizujących zamówienia na podstawie umowy o pracę, pomimo, iż wykonywane obowiązki wyczerpywały podstawy zawarcia umowy o pracę. Gdyby przyjąć interpretację Odwołującego I za zasadną, to wprowadzona regulacja w zakresie robót budowlanych mogłaby być z łatwością obchodzona przez wykonawców, którzy zlecaliby realizację zamówienia kolejnemu podwykonawcy, do którego nie miałyby, jak wskazał Odwołujący I, zastosowania przepisy o obowiązku zatrudniania na umowę o pracę. Taka interpretacja przepisów jest, w ocenie Izby, niedopuszczalna i niweczyłaby cel ustawodawcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c.

Izba uznała zarzut niezasadny w części dotyczącej żądania zmiany zapisu §16 ust. 5 Umowy 2a i Umowy 2b poprzez dodanie zdania: „Wykonawca nie ponosi kosztów związanych ze zmianami

wprowadzonymi w podręcznikach licencyjnych w trakcie realizacji umowy” oraz w zakresie żądania wskazania przez Zamawiającego w SIWZ, które zasady i postanowienia z podręcznika licencyjnego wykonawca ma realizować.

W ocenie Izby nie sposób uznać zasadności zarzutu podniesionego przez Odwołującego I bez przedłożenia Izbie kopii dokumentu, który został zakwestionowany przez wykonawcę. Odwołujący I zarówno w treści odwołania jak i podczas rozprawy odwoływał się do obszerności podręcznika, szerokiego zakresu wymagań, niemożliwości oszacowania kosztów ich realizacji, jednakże bez złożenia w poczet materiału dowodowego kopii Podręcznika licencyjnego Izba nie ma możliwości oceny zasadności postawionego zarzutu. To na Odwołującym I ciąży ciężar wykazania zasadności zarzutu poprzez przedłożenie dowodów. W ocenie Izby Odwołujący I poprzez nieprzedłożenie dowodu z dokumentu tj. Podręcznika licencyjnego, nie wykazał zasadności przedstawionych zarzutów.

W zakresie zaś zarzutu związanego z pokryciem kosztów związanych ze zmianami wprowadzonymi w podręcznikach licencyjnych, to powołać się w tym zakresie należy za zapisy §26 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy, gdzie Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w związku ze zmianą wytycznych instytucji wymienionych w §3 ust. 2 projektu umowy – załącznik 2a oraz na §26 ust. 7 pkt 4 tej umowy, gdzie przewidziana jest zmiana wysokości wynagrodzenia wynikająca z tych okoliczności. Tym samym zarzut należy uznać za niezasadny ww. części.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez określenie w §10 ust. 1 1 Umowy 2a i Umowy 2b 45 - dniowego uprawnienia Zamawiającego do weryfikacji dokumentacji lub jej części

Z uwagi na wycofanie powyższego zarzut przez Odwołującego I, zarzut nie został rozpatrzony merytorycznie przez Izbę.

Sygn. akt: KIO 1384/18

Izba uwzględniła następujące zarzuty podniesione w odwołaniu:

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. a3) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny w kontekście oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przed to uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie przez wykonawców zdolnych podjąć się jego realizacji

Izba uznała zarzut za zasadny. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Z kolei w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Ustawodawca więc w sposób niebudzący wątpliwości powiązał warunki udziału w postępowaniu z zasadą proporcjonalności. Zasada ta ma swoje źródło m.in. w art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, iż instytucje zamawiające zapewniając równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Ustawodawca europejski w art. 58 wspomnianej dyrektywy wskazał również, iż wszystkie kryteria kwalifikacji muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do tego przedmiotu.

Ustawodawca wskazał również, że instytucje zamawiające w celu weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej mogą wymagać m.in. sprawozdań finansowych pokazujących stosunek aktywów do zobowiązań. Stosunek, przykładowo, aktywów do zobowiązań może być wzięty pod uwagę, gdy instytucje zamawiające określają w dokumentach zamówienia metody i kryteria takiego uwzględnienia. Tego rodzaju metody i kryteria muszą być przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne. Przepis ten znajduje odzwierciedlenie w art. 22c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie budzi więc wątpliwości, że zarówno ustawodawca krajowy jak i europejski kładzie zdecydowany nacisk na zasadę proporcjonalności i niedyskryminacyjny charakter wymagań zamawiającego, również w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Analiza zasady proporcjonalności w aspekcie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej winna odpowiadać na pytanie czy dane wymaganie zamawiającego jest właściwe dla zakładanego celu oraz czy nie wykracza poza to co jest niezbędne, czy inny warunek nie byłby wystarczający do osiągnięcia planowanego celu. Dalej należy ustalić czy nie ma on charakteru dyskryminującego wykonawców z udziału w postępowaniu.

Podkreślić w tym miejscu należy, że na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia pojawia się ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie zasady konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy, w ocenie Izby, uznać za dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest obiektywną i uzasadnioną dbałością o prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

W analizowanym stanie faktycznym spór pomiędzy stronami dotyczy wymagania Zamawiającego wskazanego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 1 lit. a3) tj. wskaźnika rentowności sprzedaży netto.

Izba uznała, że wymóg legitymowania się przez wykonawców wskaźnikiem rentowności sprzedaży netto na poziomie 2% wyłącznie za ostatni rok obrotowy tj. 2017 w oderwaniu od sytuacji ekonomicznej i finansowej na rynku właściwym jest wymogiem nieproporcjonalnym i godzi w zasadę konkurencyjności i otwartości rynku dla wykonawców.

Jak wskazały obie strony postępowania, wskaźnik rentowności sprzedaży netto przedstawia rentowność w odniesieniu do przychodów przedsiębiorstwa ze sprzedaży w ramach działalności operacyjnej. Określa wielkość zysku netto w odniesieniu do jednej złotówki zrealizowanej sprzedaży. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego II, iż istnieje spore ryzyko, iż obraz sytuacji ekonomicznej wykonawcy badany w okresie jednego roku obrotowego nie będzie wiarygodny i nie stanowi odzwierciedlenia realnej tendencji czy sytuacji majątkowej przedsiębiorstwa. Co więcej, może okazać się, że stan ten będzie pochodną wyjątkowej, niezależnej od przedsiębiorstwa okoliczności zewnętrznej. Budowanie obrazu wykonawcy w

takich realiach prowadzić może do niepożądanego (z punktu widzenia instytucji zamawiającej, jak i wykonawców) i co szczególnie istotne, nieprawdziwego wniosku, iż dany podmiot nie jest w stanie sprostać realizacji zamówienia. W ocenie Izby współczynnik rentowności sprzedaży netto ROS nie uwzględnia ścieżki rozwojowej firmy, a więc tego, że na rezultaty pracy podmiotu gospodarczego mają wpływ rezultaty pracy w latach poprzednich. To zaś ma istotne znaczenie na rynku budowlanym.

Wskazać należy bowiem po pierwsze, że z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że 2017 rok był rokiem specyficznym dla uczestników rynku infrastrukturalnego. Jak wynika bowiem z przedłożonych artykułów prasowych nastąpił drastyczny wzrost cen materiałów. Dowód: Artykuł „Wróćą koszmary opuszczonych placów budowy?”; Artykuł „Rosną ceny mieszkań. Polska wchodzi w fazę boomu budowlanego. Brakuje materiałów i rąk do pracy”. Nagły wzrost cen mający miejsce w 2017 roku spowodował gwałtowny spadek opłacalności realizacji kontraktów zawartych w latach poprzednich. Wzrostowi cen materiałów nie towarzyszyły zmiany umów zwiększające wynagrodzenie należne wykonawców. To zaś przekładało się na wysokość zysku generowanego przez wykonawców, w skrajnych przypadkach doprowadzając do strat.

Po drugie, jak wskazał Odwołujący II, na poziom rentowności sprzedaży w 2017 r. wpłynęła również stagnacja na rynku zamówień publicznych, zwłaszcza wśród dużych zamawiających takich jak GDDKiA czy PKP PLK S.A. odpowiedzialnych za prowadzenie postępowań będących głównym źródłem przychodów wykonawców budowlanych, co związane było z implementacją do polskiego porządku prawnego nowych dyrektyw unijnych regulujących problematykę udzielania zamówień publicznych. Brak postępowań przetargowych w 2016 roku istotnie zaburzył obraz rentowności w 2017 roku tych przedsiębiorstw, które zasadniczy zakres realizowanych zleceń pozyskują z rynku publicznego. Jak wskazał Odwołujący II, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, w okresie sześciu miesięcy od dnia 18 kwietnia 2016 r. (tego dnia zaczęły obowiązywać w Polsce przepisy unijnych dyrektyw, mimo że regulacje Pzp nie zostały jeszcze zmienione) wszystkie oddziały Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wszczęły łącznie cztery (4) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były roboty budowlane o wartości przekraczającej „progi unijne”.

Po trzecie, na uwadze należy mieć również specyfikę sektora infrastrukturalnego, gdzie co do zasady realizowane są kontrakty długoterminowe. Wieloletni cykl produkcyjny powoduje, że faktyczny zysk pojawia się co do zasady dopiero po jego zakończeniu (i rozliczeniu). Na

początkowym etapie inwestycji mamy natomiast do czynienia z rentownością sprzedaży na niskim poziomie (odwrotnie jest w przypadku kontraktów krótkoterminowych, gdzie graniczne wskaźniki ROS pojawiają się w stosunkowo krótkim czasie po zawarciu umowy). Biorąc więc pod uwagę, że w 2017 roku wykonawcy dopiero wchodzili w kluczowe fazy realizacji kontraktów zawartych po okresie stagnacji z 2016 roku współczynnik rentowności ROS 2017 rok nie może stanowić obiektywnego miernika kondycji finansowej przedsiębiorstwa.

Powyższe okoliczności skłoniły Izbę do uznania, iż sformułowany przez Zamawiającego warunek dotyczący rentowności sprzedaży netto uniemożliwienia ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy w ostatnich latach obrotowych mogli pochwalić się wysokim wskaźnikiem rentowności netto, jednak w 2017 roku wskaźnik ten, w związku z sytuacją na rynku, znajduje się poniżej poziomu 2,5 %. Choć Zamawiający ma prawo do oceny sytuacji ekonomicznej wykonawców, jednak ocena ta powinna odbywać się przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej. Tymczasem wybór jednego roku obrotowego, szczególnie tak specyficznego jak rok 2017 jako punktu odniesienia, uznać należy za nieobiektywny i nieproporcjonalny środek do weryfikacji kondycji finansowej wykonawców. W ocenie Izby obiektywna i rzetelna weryfikacja potencjału ekonomicznego winna uwzględniać również specyfikę rynku na którym działają przedsiębiorcy. Ograniczenie się przez Zamawiającego wyłącznie do ostatniego roku obrotowego rodzi ryzyko zniekształcenia sytuacji ekonomicznej wykonawcy, nie uwzględnia bowiem m.in. okoliczności, iż wykonawcy oczekuje na zysk z realizacji kontraktów długoterminowych, który nie mógł być np. jeszcze uwzględniony w 2017 r.

W ocenie Izby badanie rentowności sprzedaży za okres ostatnich trzech lat pozwoli Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty wykonawcy zdolnego podjąć się realizacji zamówienia. Zamawiający otrzyma bowiem rzetelny, zbudowany w oparciu o dane z kilku lat działalności, obraz potencjału ekonomicznego wykonawcy. Należy podkreślić, że badanie jedynie ostatniego roku obrotowego jest niekorzystne nie tylko dla wykonawcy, ale i Zamawiającego; do realizacji zamówienia może bowiem zostać dopuszczony wykonawca, który może pochwalić się wyjątkowo udanym jednym rokiem, co niekoniecznie musi znajdować potwierdzenie w działalności ocenianej z dłuższej perspektywy. Ograniczenie się Zamawiającego wyłącznie do jednego roku obrotowego tj. 2017 r. w sposób nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, których sytuacja finansowa pozwala na wykonanie zamówienia mimo braku spełnienia powyższego warunku. W ocenie Izby zastosowany przez Zamawiającego wymóg nie

jest obiektywnie odpowiednim do dostarczenia informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, bowiem postawiony warunek był nadmierny, uniemożliwił udział w postępowaniu podmiotów, które mimo nieosiągnięcia wymaganego poziomu rentowności sprzedaży tylko w jednym roku obrotowym, posiadając wymagane minimalne środki finansowe lub zdolność kredytową, ubezpieczenie oraz przychód byłoby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się zaś do argumentów wskazanych przez Zamawiającego, to wskazać należy po pierwsze, iż umowa o dofinansowanie realizacji zamówienia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie odnosi się do sposobu oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Zamawiający odwołał się do rygorystycznych i restrykcyjnych zasad płatności i realizacji zamówienia, nie oznacza to jednak dowolności w określaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Przedłożony przez Zamawiającego wzór umowy o dofinansowanie ma charakter standardowy i co do zasady wymaga prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia. Zawsze istnieje ryzyko, iż wykonawca podejmujący się realizacji zamówienia publicznego nie zdoła wykonać go terminowo czy prawidłowo. Oczywistym jest, że prawidłowa i dogłębna ocena sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy przed udzieleniem zamówienia minimalizuje to ryzyko, jednakże ocena ta musi być obiektywna. W przypadku zaś analizy współczynnika rentowności sprzedaży wyłącznie za ostatni rok obrotowy, Zamawiający nie tylko eliminuje z postępowania wykonawców, którzy posiadają wieloletnie doświadczenie w realizacji kontraktów budowlanych i z przyczyn od siebie niezależnych, panujących na rynku budowlanych w 2017 r. czy też rozliczeń obecnie realizowanych kontraktów nie osiągnęli wymaganego współczynnika rentowności sprzedaży tylko w jednym roku, ale dopuszcza do realizacji wykonawcę, który może się pochwalić jednym wyjątkowo udanym rokiem, co niekoniecznie musi znajdować odzwierciedlenie w działalności ocenianej z dłuższej perspektywy, jak i w doświadczeniu posiadanym przez wykonawcę. Taki dobór narzędzi do oceny kondycji finansowej jest, w ocenie Izby, nieadekwatny do zakładanego celu.

Podkreślić również należy, że o ile zgodzić się należy z Zamawiającym, że średni wskaźnik rentowności sprzedaży w 2017 r. w budownictwie wyniósł 2,5%, to wśród średnich i dużych przedsiębiorstw wskaźnik ten wyniósł odpowiednio 2,0% oraz 1,9%. Oznacza to, że przyjęte przez Zamawiającego założenie co do wymaganego wskaźnika ROS eliminuje z udziału w postępowaniu największych i średnich przedsiębiorców. To oni właśnie realizują największe kontrakty budowlane, gdzie zysk nie zawsze jest równomiernie rozłożony na poszczególne lata,

co przekłada się na wskaźnik ROS. Nie sposób więc uznać, że wprowadzone przez Zamawiającego kryterium oceny jest obiektywne i nie dyskryminuje danej grupy przedsiębiorców z rynku.

W końcu wskazać należy, że o ile zgodzić się należy, iż wskaźnik ROS to jeden z wielu wskaźników pozwalających ocenić sytuację ekonomiczną przedsiębiorstwa, to Zamawiający nie wykazał w żaden sposób dlaczego wykonawca, który w 2017 r. nie osiągnął wymaganego poziomu rentowności na poziomie 2% nie zagwarantuje należytego wykonania zamówienia. Brak osiągnięcia zysku wyłącznie w jednym roku obrotowym nie może zamykać rynku dla dużych przedsiębiorstw, w których rentowność sprzedaży w danym roku nie zawsze jest odzwierciedleniem rzeczywistej kondycji finansowej przedsiębiorstwa, a może być pochodną krótkotrwałej sytuacji rynkowej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenia postanowień o obowiązku wykazania się przez wykonawcę średnim wskaźnikiem rentowności ze sprzedaży netto (return of sale, ROS) z ostatnich trzech lat obrotowych obliczonym zgodnie ze wzorem: $ROS = (\text{zysk netto za sprzedaży/przychody netto ze sprzedaży}) \cdot 100\%$, a jeżeli okres prowadzonej działalności nie obejmuje pełnego roku obrotowego – w okresie prowadzonej działalności na poziomie co najmniej 2%, z zastrzeżeniem, że w żadnych z ostatnich trzech lat obrotowych wskaźnik rentowności sprzedaży netto nie może być niższy niż 0%. W ocenie Izby tak ukształtowane zapisy, w połączeniu z pozostałymi wymaganiami Zamawiającego w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, pozwolą nie tylko na analizę kondycji finansowej wykonawców, ale również otworzą konkurencję i umożliwią udział w postępowaniu większej liczby wykonawców posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie przy realizacji tego typu inwestycji.

Zarzut naruszenia §24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik 2a do SIWZ) oraz § 24 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy (załącznik 2a do SIWZ) – kary umowne

Izba uznała zarzut za niezasadny. Uzasadnienie Izby zostało zawarte w wyroku KIO 1380/18.

Zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących nawierzchni boiska nr 1 – pkt 2.3.9.3 lit. B PFU oraz boisk nr 5 i 6 (pkt 2.3.9.8 lit. C b) PFU

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Ustawodawca w ust. 3 wskazał, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Odwołujący II argumentował, iż opis wymagań dotyczących nawierzchni boiska nr 1 oraz boisk na 5 i 6 wskazuje, iż możliwe jest wykorzystanie tylko produktu oferowanego przez jeden podmiot. Okoliczności tej jednak Odwołujący II w żaden sposób nie wykazał. Załączone do treści odwołania dowody tj. karta materiałowa oraz atest higieniczny nie stanowią dowodów na potwierdzenie powyższej okoliczności. Z informacji przekazanych przez Zamawiającego w tym m.in. opinii prywatnej przygotowanej przez dr M. P. wynika, że nawierzchnia wymagana przez Zamawiającego może być nabyta u wielu podmiotów, również zagranicznych. Odwołujący II nie odniósł się w żaden sposób do treści opinii złożonej przez Zamawiającego, nie zanegował jej treści ani nie złożył podczas rozprawy żadnych dowodów na wykazanie niezasadności twierdzeń w niej zawartych.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący II w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób zakwestionowane parametry nawierzchni boisk dotyczące szerokości rolki murawy, składu mieszkanki, wzmocnienia włóknami o wyszczególnionych parametrach i wadze stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 czy ust. 3 ustawy. Ogólne stwierdzenie, nie poparte materiałem dowodowym, o tym, iż parametry te odpowiadają parametrom jakie stosuje określony producent nie może stanowić o zasadności zarzutu. Jak wykazał Zamawiający zakwestionowane parametry mają swoje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a możliwość dostarczenia wymaganych nawierzchni boisk nie jest ograniczona do jednego producenta.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym II, że Zamawiający użył nazwy własnej w określeniu nawierzchni murawy boisk. Zamawiający wyszczególnił wymagane parametry, bez wskazania nazwy własnej. W konsekwencji zarzut dotyczący braku określenia parametrów równoważności uznać należy za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp

Z uwagi na wycofanie powyższego zarzut przez Odwołującego II, zarzut nie został rozpatrzony merytorycznie przez Izbę.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołania w oparciu o art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....