

Sygn. akt: KIO 1192/22

Sygn. akt: KIO 1197/22

## WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Joanna Gawdzik-Zawalska  
Luiza Łamejko

**Protokolant:** Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 19 maja 2022 r. oraz 9 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r. oraz w dniu 2 maja 2022 r. przez wykonawców odwołujących:

**A. Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (KIO 1192/22),**

**B. Korporacja Budowlana Doraco, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk (KIO 1197/22),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin**, działającego w imieniu własnym oraz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. Prof. Tadeusza Sokołowskiego, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy:

- 1) **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1192/22, KIO 1197/22, po stronie odwołujących,
- 2) **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1192/22 po stronie odwołującego,
- 3) **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1197/22 po stronie odwołującego,
- 4) **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1197/22 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. w sprawie KIO 1192/22:**

- 1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz postanowień projektu umowy, t.j. § 1 ust. 4, § 1 ust. 8, § 5 ust. 2, § 5 ust. 4, § 14 ust. 6 pkt 4, § 17 ust. 3 pkt 21, § 19 ust. 5 i pkt 23 załącznika nr 4 do projektu umowy,
- 1.2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie.**

**2. w sprawie KIO 1197/22:**

- 2.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących opcji oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy, Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika robót sanitarnych, Inżyniera systemów teletechnicznych, Inżyniera systemu BMS i średniego wskaźnika rentowności,
- 2.2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie.**

**3. w sprawie KIO 1192/22 kosztami postępowania obciąża odwołującego: Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od odwołującego: Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, na rzecz zamawiającego: Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

**4. w sprawie KIO 1197/22 kosztami postępowania obciąża odwołującego: Korporacja Budowlana Doraco, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od odwołującego: Korporacja Budowlana Doraco, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, na rzecz zamawiającego: Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1192/22**

**Sygn. akt: KIO 1197/22**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin, działający w imieniu swoim oraz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. Prof. Tadeusza Sokołowskiego, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie”, numer referencyjny: DZP-240/1/PN/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.04.2022 r., nr 2022/S 077-209258.

W dniu 29.04.2022 r. i 02.05.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

A. Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (zwany dalej: „odwołującym Warbud”) – KIO 1192/22,

B. Korporacja Budowlana Doraco, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk (zwany dalej: „odwołującym Doraco”) - KIO 1197/22.

### Odwołanie Warbud – sygn. akt KIO 1192/22.

Odwołujący Warbud zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 i art. 115 ust.1 oraz w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieadekwatny, nieproporcjonalny oraz nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający wzięcie udziału w postępowaniu, poprzez postawienie wygórowanych i nieuzasadnionych wymagań w zakresie wskaźników ekonomicznych (średniego wskaźnika rentowności sprzedaży netto oraz wskaźnika ogólnego zadłużenia), co ogranicza, w nieuprawiony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiające jego wykonanie,
- 2) art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i

zawodowej dotyczących doświadczenia wymaganego od wykonawcy opisanego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, poprzez postawienie wygórowanych i nieuzasadnionych wymagań w zakresie doświadczenia, co ogranicza, w nieuprawniony sposób, krąg wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, pomimo iż posiadają oni zdolności i potencjał umożliwiające jego wykonanie,

- 3) art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz art. 240 ust. 1 i art. 241 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert w zakresie dysponowania osobami do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy, Kierownika budowy, Inżyniera systemów teletechnicznych, Inżyniera systemu BMS oraz Kierownika Robót Sanitarnych w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz zdolności zawodowych wymaganych dla jego realizacji oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji,
- 4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim zamawiający określił nierealny termin wykonania zamówienia, a także wymaga od wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie wykraczającym poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w Dokumentacji przetargowej, a także poniesienia kosztów naprawienia ewentualnych błędów projektowych i wykonania dodatkowych prac z nich wynikających bez dodatkowego wynagrodzenia,
- 5) art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiające zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:
  - a. w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. j Umowy zastrzeżono, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 3,5% wartości Wynagrodzenia, mimo że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany

- okres realizacji zamówienia, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem zamówienia przekroczy zakładany przez zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp,
- b. w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. a i b Umowy, wskazano, iż Strony będą uprawnione do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, w której poziom zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy względem kosztów, odpowiednio: przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia oraz kosztów przyjętych dla celów poprzedniej waloryzacji, przekroczy poziom 10%, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp,
- 6) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie szczegółowo opisanym w uzasadnieniu odwołania,
- 7) art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2, art. 58 § 2 oraz art. 484 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16, a także art. 433 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współzycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,
- 8) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim łączna wysokość kar umownych nałożonych na wykonawcę nie może przekroczyć 20% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto.

W szczególności odwołujący Warbud wskazał, co następuje.

„VIII. Warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej: (...)

Ad d) Wskaźnik rentowności:

Wskaźnik rentowności sprzedaży informuje, jaki wynik finansowy wypracowuje przedsiębiorstwo na sprzedaży, tzn. ile groszy wyniku finansowego przynosi jeden złoty uzyskany ze sprzedaży. Analiza rentowności firmy służy skutecznemu i efektywnemu zarządzaniu przedsiębiorstwem, tworzeniu strategii rozwoju w celu zwiększania wartości

przedsiębiorstwa. W żaden sposób natomiast nie stanowi o zasobach finansowych przedsiębiorstwa, w tym jego wypłacalności, zdolności do regulowania zobowiązań na czas, czy wreszcie – zdolności do prowadzenia inwestycji budowlanych. (...)

Ad e) Wskaźnik zadłużenia:

Wskaźnik zadłużenia z kolei obrazuje strukturę finansowania majątku przedsiębiorstwa. Informuje, jaki udział w całości źródeł finansowania aktywów firmy stanowi zadłużenie, czyli kapitały obce. (...) Jednakże wysoki poziom dźwigni finansowej (tj. udziału finansowania obcego w strukturze finansowania działalności) nie jest niczym złym, a przeciwnie – stanowi często o akceptacji ryzyka przedsiębiorstwa przez rynek. (...)

IX. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenie Wykonawcy:

1. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 4 ppkt 1) i 2) SWZ, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: (...)

2. Warunek jest nadmierny, gdyż w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert na terytorium RP zostało zrealizowanych zaledwie kilka inwestycji dotyczących budowy nowego budynku należącego do kategorii IX obiektów budowlanych (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane o parametrach wskazanych przez Zamawiającego, tj. o powierzchni co najmniej 40 000 m<sup>2</sup> każdy i o wartości każdej z ww. robót budowlanych co najmniej 250.000.000. (...)

5. Ponadto, wskazana przez Zamawiającego w treści warunku „powierzchnia” jest wymaganiem niejasnym. Nie wiadomo bowiem, o którą powierzchnię Zamawiającemu chodzi: całkowitą, użytkową, czy jeszcze inną, (...)

(...) 10. Mając powyższe na uwadze, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. warunku poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem również w wybudowaniu obiektu budowlanego, doprecyzowaniu, iż w warunku chodzi o powierzchnię całkowitą obiektu, odniesienie wartości, do wartości budowy całego obiektu (a nie pojedynczego budynku) (...).

X. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – kadra: (...)

2. Ad 1) – Przedstawiciel Wykonawcy (tzw. Dyrektor Kontraktu).

a. Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana na to stanowisko posiadała łącznie co najmniej dziesięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Dyrektora Kontraktu, Inżyniera Kontraktu, lub równorzędnym w zakresie zarządzania kontraktami na roboty budowlane, w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co jest warunkiem niemożliwym do spełnienia. Oznacza bowiem, iż osoba ta musiałaby pełnić wymagane w warunku funkcje, bez ani jednego dnia przerwy przez cały okres ostatnich

dziesięciu lat. Nie jest to jednak możliwe, gdyż naturalnym jest, iż pomiędzy kontraktami są okresy przestoju. (...)

e. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. warunku poprzez wykreślenie z lit. b wymagania, aby dziesięcioletnie doświadczenie było zdobyte wyłącznie w ciągu ostatnich dziesięciu lat, dopuszczenie doświadczenia również przy obiektach budowlanych i również z kategorii XVI, dopuszczenie doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika projektu/Kontraktu oraz skrócenie okresu pełnienia funkcji do 12 miesięcy, a także zmianę podanej w warunku wartości z netto na brutto. (...)

### 3. Ad 2) – Kierownik Budowy

a. Analogicznie, jak w przypadku Przedstawiciela Wykonawcy Zamawiający wymaga aby osoba pełniła funkcję Kierownika budowy wyłącznie na kontraktach obejmujących budynki należące do kategorii obiektów budowlanych IX (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI. Jest to warunek bardzo trudny do spełnienia, a ponadto nieuzasadniony. (...)

c. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. warunku poprzez dopuszczenie doświadczenia przy obiektach budowlanych również z kategorii XVI oraz skrócenie okresu pełnienia funkcji do 12 miesięcy (w kryterium oceny ofert), a także zmianę podanej w warunku wartości z netto na brutto, (...).

Jednocześnie Odwołujący wnosi o dostosowanie kryterium oceny ofert do wprowadzonych zmian oraz zmianę zapisu przy Dyrektorze Kontraktu i Kierowniku budowy poprzez skrócenie okresu pełnienia funkcji do 12 miesięcy.

### 4. Ad 6) – Inżynier systemów teletechnicznych

a. Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana na stanowisko Inżyniera systemów teletechnicznych posiadała, wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert. (...)

d. Tym samym, osoba wskazana na stanowisko Inżyniera systemów teletechnicznych powinna mieć możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym w całym okresie swojej działalności zawodowej (tj. po uzyskaniu uprawnień budowlanych) lub co najmniej, analogicznie jak w przypadku Kierownika budowy, w ciągu ostatnich dziesięciu lat.

e. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. warunku poprzez zmianę okresu, w którym osoba może legitymować się doświadczeniem z sześciu na dziesięć ostatnich lat, (...)

### 5. Ad 7) – Inżynier systemu BMS

a. Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana na stanowisko Inżyniera systemu BMS posiadała, wymagane przez Zamawiającego doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert. (...)

f. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. warunku poprzez zmianę okresu, w którym osoba może legitymować się doświadczeniem



z sześciu na dziesięć ostatnich lat, oraz dopuszczenie wykazania się doświadczeniem na stanowisku Koordynatora prac/robót, (...).

#### XI. Termin wykonania zamówienia – Rozdział V

1. Termin wykonania zamówienia: 30 (trzydzieści) miesięcy od daty zawarcia umowy.
2. Termin wykonania. Z uwagi na konieczność wykonania dolnego źródła ciepła (odwierty w większości zlokalizowane bezpośrednio pod zaprojektowanym budynkiem) niemożliwe jest zrealizowanie kontraktu w 30 m-cy. Konieczne jest przesunięcie terminu o 10 m-cy.
3. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu realizacji zamówienia o 10 miesięcy.

#### XII. Zarzut dotyczący klauzul waloryzacyjnych (§ 37 ust. 4 pkt 6 Umowy).

1. Zamawiający w §37 ust. 4 pkt 6 Umowy przewidział klauzulę waloryzacyjną, ustalając jej warunki w następujący sposób:

*„6) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, o której mowa w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w stosunku do poziomu kosztów na dzień zawarcia Umowy – zmiana wysokości wynagrodzenia może polegać na jego zwiększeniu, przy czym:*

*a) warunkiem zmiany Wynagrodzenia jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy w stosunku do cen obowiązujących w dacie zawarcia Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy z komunikatów Prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych obowiązywania Umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent),*

*b) w przypadku, gdy Umowa została zawarta po upływie 180 (stu osiemdziesięciu) dni od daty upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, co oznacza, że warunkiem zmiany Wynagrodzenie będzie zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy z komunikatów Prezesa GUS dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych przypadających po dniu otwarcia ofert wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent), (...)*

*j) maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy, tj. suma wszystkich zmian Wynagrodzenia dokonanych na podstawie niniejszego postanowienia nie może przekroczyć łącznie 3,5% (trzy i pięć dziesiątych procent) wartości Wynagrodzenia określonego w dniu zawarcia Umowy”;*

(...) 4. Określenie poziomu zmiany kosztów uprawniającego wykonawcę do waloryzacji na poziomie 10% nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 PZP, bowiem nie zapewnia równowagi stron na wystarczającym poziomie. Opisane powyżej zasady waloryzacji wynagrodzenia powodowałyby bowiem, że wykonawca mógłby liczyć na zmianę wynagrodzenia dopiero po tym, gdy koszty związane z realizacją Umowy wzrosną o ponad 10% w stosunku do kosztów przyjętych do ustalenia ceny oferty. Taki poziom zmian kosztów oznacza, że przed możliwą waloryzacją, dojdzie do „pochłonięcia” niemalże całej marży zakładanej przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach, bez możliwości uzyskania rentowności kontraktu nawet już po wykonaniu waloryzacji (świadczenie zatem „po kosztach” albo poniżej ich aż do końca obowiązywania umowy).

5. Oznaczałoby to więc, wbrew intencji ustawodawcy, przerzucenie istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na Wykonawcę. Jest więc oczywiste, że takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, ponieważ przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marżowości kontraktów na roboty budowlane, zmiana ww. średniej arytmetycznej o wartość wynoszącą nawet 1% w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy. (...)

6. Poza ww. poziomem, od jakiego stosuje się mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, §37 ust. 4 pkt 6 lit. j Umowy, Zamawiający wskazał, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji „nie może przekroczyć łącznie 3,5% wartości Wynagrodzenia”. Tymczasem, biorąc pod uwagę, aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji Zamówienia wynoszący kilkadziesiąt miesięcy, jest bardzo możliwe, że konieczna będzie zmiana na wyższym poziomie, gdyż już w pierwszych miesiącach rozpoczęcia robót zmiana kosztów może przewyższyć ustalony przez Zamawiającego limit. Utrzymanie ograniczenia zmiany wynagrodzenia do 3,5%, pomimo wzrostu kosztów uzasadniających znacznie wyższą waloryzację, faktycznie pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji i jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 PZP.

7. Ograniczenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia musi być dokonane z uwzględnieniem aktualnej i przewidywanej sytuacji rynkowej, oraz mieć charakter realny i rzeczywiście kompensujący Wykonawcy zmiany w otoczeniu biznesowym, tak aby wprowadzone klauzule waloryzacyjne nie miały jedynie na celu zachowania pozornej zgodności z przepisami ustawy. Odwołujący wnosi zatem o zmianę ograniczenia wskazanego w §37 ust. 4 pkt 6 lit. j Umowy z 3,5% na 20% Wynagrodzenia.

### XIII. Prawo opcji – Rozdział IV pkt 23 i 24 SWZ.

1. Zamawiający określił Prawo opcji w następujący sposób:

24. Zamawiający przewiduje prawo opcji, obejmujące uprawnienie zamawiającego do rezygnacji z realizacji robót (jednostronnego zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy) w następującym zakresie szczegółowo opisanym w opisie przedmiotu zamówienia: (...)

25. Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji zgodnie z poniższymi warunkami:

1) zamawiający ma prawo skorzystać z prawa opcji najpóźniej na 12 (dwanaście) miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

2. Zgodnie z przywołanymi punktami Zamawiający ma prawo do wprowadzenia opcji w terminie do 12 m-cy przed zakończeniem prac. Odwołujący podnosi, iż z uwagi na duży zakres prac koniecznych do wykonania okres 12 m-cy jest zdecydowanie niewystarczający. Opcjami objęte zostały trzy skrzydła budynku, co stanowi ponad 1/3 całego zakresu prac wykończeniowych części nadziemnej. Konieczne jest zakontraktowanie prac, zamówienie materiałów, prefabrykacja, dostawy, montaż, uruchomienia oraz procedura odbiorowa do czasu zgłoszenia budynku do PnU. Jest to niemożliwe do wykonania w ciągu 12-mcy. Dodatkowo należy mieć na uwadze obecne oraz na pewno występujące przez długi okres czasu problemy materiałowe, co również będzie miało wpływ na termin realizacji zamówienia wykonywanego w ramach opcji.

3. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w następujący sposób: „Zamawiający ma prawo skorzystać z prawa opcji najpóźniej na 24 (dwadzieścia cztery) miesiące przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia”.

#### XIV. Zarzuty dotyczące Wzoru Umowy.

(...) 4. § 1 ust. 4 Wzoru Umowy: (...)

Zamawiający próbuje obejść obowiązek jasnego, szczegółowego i pełnego opisu przedmiotu zamówienia przerzucając odpowiedzialność za jego określenie na Wykonawcę, który nie będąc autorem dokumentacji projektowej i jako podmiot profesjonalnie realizujący roboty budowlane nie powinien być obciążony odpowiedzialnością za takie zaprojektowanie przedmiotu zamówienia, aby był on technologicznie, organizacyjnie i prawnie dopasowany do potrzeb Zamawiającego, (...).

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wykreślenie ww. postanowienia, tj. postanowienia zawartego w § 1 ust. 4 Wzoru Umowy.

5. § 1 ust. 8 Wzoru Umowy: (...)

Zamawiający wymaga zrzeczenia się roszczeń na przyszłość w związku z warunkami terenowymi i gruntowymi terenu budowy oraz terenów przylegających. (...) Przerzucenie ryzyka, w szczególności finansowego i terminowego, na Wykonawcę jest w takiej sytuacji rażąco nieuczciwe, narusza równowagę zobowiązań i ekwiwalentności świadczeń stron umowy.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wykreślenie części ww. postanowienia, tj. postanowienia zawartego w § 1 ust. 8 Wzoru Umowy przez wykreślenie słów „i nie wnosi oraz nie będzie wnosił w przyszłości w tym zakresie żadnych zastrzeżeń”.

6. § 5 ust. 2 Wzoru Umowy (...) oraz § 5 ust. 4 Wzoru Umowy: (...)

Zamawiający wprowadza możliwość faktycznej modyfikacji kosztorysu ofertowego Wykonawcy po przyjęciu jego oferty i zawarciu Umowy na zamówienie, poprzez możliwość żądania przez Koordynatora IN zmian wysokości poszczególnych pozycji w kosztorysie. (...) Zamawiający przyjmuje ofertę Wykonawcy, która ma obejmować wynagrodzenie ryczałtowe, a więc to Wykonawca ponosi całe ryzyko związane ze zmianą cen, stawek oraz rozpoznaniem faktycznego rozmiaru robót oraz ewentualnym ich niedoszacowaniem. (...)

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez zmianę wskazanych poniżej postanowień zawartych w § 5 ust. 2 i ust. 4 Wzoru Umowy, w następujący sposób: (...)

7. § 14. ust. 6 pkt 4) Wzoru Umowy (...)

(...). W związku z dopuszczeniem w umowie możliwości zażądania przez Zamawiającego wszystkich powyższych dokumentów nie jest niezbędne ani celowe dodatkowe żądanie bliżej niesprecyzowanego „oświadczenia pracownika”, a więc wymóg ten powinien zostać usunięty jako nieuprawniony.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wykreślenie postanowienia § 14. ust. 6 pkt 4) Wzoru Umowy.

8. § 17 ust. 3 pkt 21) Wzoru Umowy (...)

(...) Badania lekarskie oraz zaświadczenia o szkoleniach BHP poszczególnych pracowników nie są niezbędne Zamawiającemu, a do kontroli tych dokumentów uprawnione są odpowiednie służby, więc żądania przedstawienia kopii wskazanych w § 17 ust. 3 pkt 21) Wzoru Umowy jest żądaniem nadmiernym i niesprawiedliwym. (...)

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez zmianę brzmienia § 17 ust. 3 pkt 21) na: (...)

9. § 19 ust. 5 Wzoru Umowy (...)

Brak osiągnięcia parametrów może wynikać z błędów w dokumentacji projektowej, która została sporządzona na zlecenie Zamawiającego przez podmiot trzeci tj. Projektanta w innym postępowaniu i za którą nie odpowiada Wykonawca. Tym samym nałożenie na Wykonawcę tego obowiązku stanowi de facto przerzucenie odpowiedzialności za osiągnięcie założonych parametrów z Projektanta na Wykonawcę, co stanowi naruszenie równowagi stron umowy przez nadmiernie obciążenie Wykonawcę za okoliczności, za które nie powinien odpowiadać.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wykreślenie wskazanych poniżej postanowień zawartych w § 19 ust. 5 Wzoru Umowy zdania: (...)

10. § 34 ust. 8 Wzoru Umowy - Kary umowne

*„Łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy przez Zamawiającego na podstawie postanowień niniejszej Umowy nie może być wyższa niż 20% (dwadzieścia) procent Wynagrodzenia.”*

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający przewidział około 28 kar umownych za różne naruszenia wprowadzenie maksymalnego ograniczenia kar umownych na poziomie 20% jest ograniczeniem niewystarczającym i nieuzasadnionym. Zwłaszcza w kontekście braku możliwości oszacowania przez wykonawcę innych ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

(...) Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez obniżenie górnego limitu kar umownych do maksymalnie 10% wynagrodzenia Wykonawcy.

11. Załącznik nr 4 do Umowy - INSTRUKCJA SPORZĄDZENIA OPERATU KOLAUDACYJNEGO pkt 4) Tom IV – Dokumenty Budowy (dokumentacja dotycząca realizacji i przebiegu robót) (...)

Powyższe możliwe do przekazania po usunięciu przez Podwykonawców wszystkich usterek stwierdzonych w toku procedury odbiorowej oraz uregulowaniu ostatniej płatności.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji powyższego pkt 23 w Załączniku do umowy poprzez wykreślenie wskazanych postanowień.”

#### Odwołanie Doraco – sygn. akt KIO 1197/22.

Odwołujący Doraco zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału przez nieuzasadnienie wąski krąg wykonawców, w zakresie w jakim zamawiający żąda doświadczenia wykonawcy określonego w rozdziale VI ust. 4 pkt 1 swz i w pkt III.1.3 ust. 1 pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie w jakim zamawiający żąda osób spełniających następujące wymagania:

- wskazanie, aby doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia zostało nabyte na inwestycji dotyczącej budynku należącego do kategorii obiektów budowlanych IX (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy Prawo budowlane (rozdz. VI ust. 11 pkt 1-5 SWZ);
  - wskazanie, aby doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia zostało nabyte na inwestycji dotyczącej budynku należącego do kategorii IX, XIV, XI lub XVI (rozdz. VI ust. 11 pkt 6-7 swz),
  - wskazanie, aby doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia określone w rozdz. VI SWZ: ust. 11 pkt 1 lit c), ust. 11 pkt 2 lit c, ust. 11 pkt 3 lit c, ust. 11 pkt 4 lit f, ust. 11 pkt 5 lit c zostało nabyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,
  - wskazanie, aby doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia określone w rozdz. VI SWZ: ust. 11 pkt 6 lit c), ust. 11 pkt 7 lit c zostało nabyte w okresie ostatnich 6 lat przed terminem składania ofert,
  - wskazanie, aby doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia wynosiło 10 lat (rozdz. VI ust. 11 pkt 1-5 SWZ),
  - wskazanie, aby doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia wynosiło 6 lat (rozdz. VI ust. 11 pkt 6-7 SWZ),
  - wskazanie, aby doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia określone w rozdz. VI SWZ: ust. 11 pkt 1 lit c), zostało nabyte na wskazanej tam inwestycji (kontrakcie), przez cały okres trwania takiego kontraktu (inwestycji),
- 3) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 115 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- 4) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 115 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego średniego wskaźnik rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS) na poziomie co najmniej 2,0%, w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu)” (DPW), „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB), „Doświadczenie Kierownika Robót Sanitarnych” (DKRS) w sposób nieproporcjonalny do

przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które nie mają wpływu na jakość wykonania zamówienia, a w ten sposób poprzez niczym nieuzasadnione preferowanie wykonawców spełniających zakwestionowane kryterium oceny ofert,

- 6) art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. art. 441 ustawy Pzp i art. 353<sup>1</sup> kc, art. 5 kc oraz art. 58 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez wyznaczenie nieproporcjonalnie długiego terminu na skorzystanie z prawa opcji przez zamawiającego, tj. przez określenie terminu, w którym zamawiający może skorzystać z prawa opcji aż na - najpóźniej na 12 (dwanaście) miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia racjonalną ocenę i wycenę zadania,
- 7) art. 99 ust. 1, art. 439 ust. 1-2 w zw. z art. 17 ust. 1, art. 431, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kc i art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że zamawiający przerzuca wszystkie ryzyka związane z wahaniami na rynku w zakresie prowadzącym do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy na wykonawcę, jednocześnie powodując, że umieszczenie takiej klauzuli w umowie nastąpiło w sposób fasadowy, niedający żadnego praktycznego zastosowania.

W szczególności odwołujący Doraco wskazał, co następuje.

„4. Zgodnie z rozdziałem VI ust. 4 pkt 1 SWZ Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie w okresie ostatnich 8 (ośmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

1) przynajmniej dwie roboty budowlane, polegające na wybudowaniu nowego budynku należącego do kategorii IX obiektów budowlanych (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2351 ze zm.), o powierzchni co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup> każdy, o wartości każdej z ww. robót budowlanych co najmniej 250.000.000 (dwieście pięćdziesiąt milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty).

5. Po pierwsze Zamawiający ograniczył ten warunek doświadczenia jedynie do budynków należących do kategorii IX obiektów budowlanych (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2351 ze zm.), czyli do kategorii budynków nauki i oświaty oraz budynków służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej co jest zbyt rygorystyczne i nieadekwatne od przedmiotu zamówienia, którego zakres robót co do zasady nie różni się od budynków/obiektów przynależnych do innej kategorii budynków w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (...)

6. Po drugie w ocenie Odwołującego powyższy warunek, w odniesieniu do liczby wymaganych realizacji robót (2), został ustalony w sposób nadmierny. (...)

7. Alternatywnie, Odwołujący wskazuje, że w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego Postępowaniem ewentualnie zasadnym byłoby dokonanie zmiany warunku poprzez wskazanie na konieczność wykazania się dwoma robotami, ale w przypadku drugiej z robót wystarczającym byłoby wykazanie się robotą o parametrach wskazywanych w petitum odwołania i wartości na poziomie min. 100 000 000 zł brutto. Rozwiązanie takie umożliwi udział w postępowaniu potencjalnie większej liczbie wykonawców, którzy być może nie wykonali dwóch kontraktów o wartości 250 mln brutto każdy i o powierzchni 40 tys. m<sup>2</sup> każdy, co nie oznacza, iż nie posiadają niezbędnych kompetencji i doświadczenia. (...)

8. Doświadczenie w budowie budynku jednak o niższej wartości nie różni się bowiem stopniem skomplikowania od doświadczenia w budowie budynku za 250 mln. (...)

10. W ocenie Odwołującego z posiadanego przez niego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich kilkunastu latach ilość zakończonych w Polsce takich robót, z których każda oddzielnie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego jest znikoma.”

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ww. warunku w ten sposób, że obecna treść zostanie zastąpiona następującą:

przynajmniej jedna robota budowlana, polegająca na wybudowaniu nowego budynku kubaturowego, o powierzchni co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup>, o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 250.000.000 (dwieście pięćdziesiąt milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty);

ewentualnie w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, dokonanie zmiany obecnej treści warunku na następującą:

przynajmniej jedna robota budowlana, polegająca na wybudowaniu nowego budynku kubaturowego, o powierzchni co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup>, o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 250.000.000 (dwieście pięćdziesiąt milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty) oraz

przynajmniej jedna robota budowlana, polegająca na wybudowaniu nowego budynku kubaturowego, o powierzchni co najmniej 24 000 (dwadzieścia cztery tysiące) m<sup>2</sup>, o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 (sto milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty).

„11. Stosownie do brzmienia (rozdz. VI ust. 11 pkt 1-5 SWZ); Wykonawca ma dysponować osobami, którzy legitymują się doświadczeniem w pełnieniu funkcji na co najmniej jednej inwestycji (kontrakcie) obejmującej budowę nowego budynku, rozbudowę budynku lub przebudowę, należące do kategorii obiektów budowlanych IX (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 07 lipca 1994r. Prawo budowlane. Przedmiotowy warunek jest bardzo wygórowany. (...)



12. Analogicznie, jak w punkcie powyżej rzecz przedstawia się równie ad. rozdz.VI ust. 11 pkt 6-7 SWZ poprzez nieuzasadnione zawężenie wymaganego doświadczenia jedynie do budynków kategorii IX, XIV, XI lub XVI. (...)

15. Zamawiający z jednej strony wymaga, aby osoba na dane stanowisko posiadała odpowiednie doświadczenie a jednocześnie oczekuje, że to doświadczenie zostało uzyskane w ostatnich 10 lub 6 latach przed terminem składania ofert. Takie ograniczenie okresu badanego doświadczenia danej osoby jest niecelowe. (...)

18. Ponadto Zamawiający wymaga osoby na stanowisko Przedstawiciela Zamawiającego posiadającego, doświadczenie w pełnieniu funkcji na opisanej przez Zamawiającego inwestycji przez cały okres trwania takiego kontraktu (inwestycji).

19. Jest sytuacją niezwykle rzadką, aby w przypadku wieloletnich inwestycji o tak dużej skali (z uwagi na wartość) jak wskazana w ww. warunku, trwających często po kilka lat jedna osoba pełniła wskazaną funkcję przez ten okres czasu. (...)"

„24. Odwołujący podnosi, że Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w wysokości 100.000.000 PLN naruszył zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu. Być może jest to efektem błędnego przekonania, że warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w postaci ubezpieczenia OC prowadzonej przez niego działalności, ma na celu ubezpieczenie przedmiotowego zamówienia. Chociaż należy w tym miejscu zauważyć, że ten sam Zamawiający we wzorze Umowy wymaga, aby Wykonawca złożył przed podpisaniem Umowy, dedykowaną do niniejszej Umowy polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, powstałe w związku z jego realizacją, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 50.000.000 (pięćdziesiąt milionów) złotych. (...) Żądanie zatem obowiązku wykazania się ubezpieczeniem OC na kwotę min. 100.000.000 PLN jest żądaniem wygórowanym. Tak postawiony wymóg został bowiem dokonany w oderwaniu od funkcjonujących na rynku ubezpieczeń właściwym dla firm budowlanych instrumentów ubezpieczeniowych. Pozostawienie tego wymogu może wyeliminować z udziału w tym przetargu największe polskie firmy budowlane, lub też będzie zmuszało wykonawców do "sztucznego" doubezpieczenia się tylko na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (...)

27. Tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie może usprawiedliwiać możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zsumowania zdolności wszystkich konsorcjantów. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że żądana kwota ubezpieczenia istotnie ogranicza konkurencję. (...)"

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę ww. warunku poprzez obniżenie wymaganej kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności związanej z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie robót budowlanych do 50 000 000 (pięćdziesięciu milionów) złotych;

ewentualnie wprowadzenie obowiązku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie robót budowlanych na min. 100 000 000 mln złotych dla Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana.

„28. Zgodnie z rozdz. VI ust. 16 pkt 3 lit. d) i postanowieniami sekcji III.1.2 pkt 3 lit d) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w zakresie w sytuacji ekonomicznej i finansowej wykazał się średnim wskaźnikiem rentowności sprzedaży netto.

(...) 31. Odwołujący wskazuje, że określony przez Zamawiającego warunek uniemożliwia mu złożenie oferty, pomimo że jest wykonawcą o stabilnej sytuacji finansowej i ekonomicznej, posiadającym renomę i ugruntowaną pozycję na polskim rynku robót budowlanych. (...)”

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę ww. warunku poprzez obniżenie wymaganego wskaźnika rentowności sprzedaży netto (return of sale, ROS) do 1,5%.

„45. Kryterium oceny ofert jako Kwalifikacje kadry w poszczególnych podkryteriach, określonego w rozdz. XIV ust. 1, 2, 5-7 SWZ, pkt II.2.5) ogłoszenia, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ze względu na to, że Zamawiający określił również pozacenowe kryteria oceny ofert, tego rodzaju naruszenia mogą prowadzić do sytuacji, niedopuszczalnych w świetle przepisów PZP. Z uwagi na znikomą ilość obiektów wykonanych zgodnie z tymi wymaganiami (są to specyficzne i szczególnie wysokie wymagania) w kraju, Zamawiający w tym kryterium uniemożliwia uczciwą konkurencję z góry przyznając dodatkowe 10 punktów bardzo wąskiej grupie wykonawców. (...)”

48. W konsekwencji za niedopuszczalną należy uznać w szczególności sytuację, w której model oceny ofert faworyzuje poszczególne oferty ze względu na parametry lub okoliczności, które z punktu widzenia prawnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego nie mają jakiegokolwiek znaczenia, a właśnie taka sytuacja zachodzi w niniejszym Postępowaniu. (...)”

Odwołujący wniósł o usunięcie z swz kryterium oceny ofert określonego jako:

2) „Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu)” (DPW)

3) „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB)

4) „Doświadczenie Kierownika Robót Sanitarnych” (DKRS) (rozdz. XIV ust. 1, 2, 5-7 SWZ, pkt II.2.5) ogłoszenia),

i pozostawienie kryterium oceny ofert jako cena ofertowa brutto waga 100%.

„51. Zgodnie z treścią rozdz. IV ust. 25 ust. 1 SWZ; pkt II.2.11 ust. 2 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział, że ma prawo skorzystać z prawa opcji najpóźniej na 12 (dwanaście) miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia. (...)”

53. (...) Scenariusz, który może się zmaterializować na podstawie tych zapisów, może

spowodować, że Wykonawca poniesie straty na poziomie aktualnie trudnym do oszacowania, prawdopodobne jest także, że ich wartość może być większa, niż znaczna. Zapis ten uniemożliwia Wykonawcom złożenie i prawidłową wycenę ofert. (...)"

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany ww. postanowienia swz na: następujący: „Zamawiający ma prawo skorzystać z prawa opcji najpóźniej na 24 (dwadzieścia cztery) miesiące przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia”.

„54. Odwołujący wskazuje że w Załączniku nr 2 do SWZ (wzór Umowy) Zamawiający określił zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. W § 37 ust. 4 pkt 6 lit a-b, wskazano, że wskaźnik waloryzacji stawki wynosi:

*gdy z komunikatów Prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych obowiązywania Umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent), lub*

*gdy z komunikatów Prezesa GUS dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych przypadających po dniu otwarcia ofert wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent).*

Zdaniem Odwołującego poziom waloryzacji może doprowadzić do sytuacji, że to wykonawca będzie musiał zaliczyć wyłącznie w swoje koszty wzrost kosztów wynikających ze zmian rynkowych, co będzie skutkowało spadkiem rentowności realizowanego przedsięwzięcia. Tak wysokie wskaźniki uruchamiające mechanizm waloryzacji powodują, że w nawet w przypadku zauważalnego wzrostu kosztów wytworzenia, wykonawca nie będzie miał prawa do waloryzacji wynagrodzenia. Ponadto, nawet jeśli jego prawo zaktualizuje się, to przewidywany limit w wysokości 3,5 proc. wynagrodzenia jest zauważalnie niższy niż wzrost kosztów, uprawniający do skorzystania z mechanizmu waloryzacji. Zamawiający dąży do obejścia przepisów ad. waloryzacji, uzależniając działanie waloryzacji od wzrostu wskaźnika powyżej 10%. Po drugie nieuzasadnione jest, aby w okolicznościach przedstawianych przez Zamawiającego, dzielić wzrost kosztów między strony umowy, czyli przewidywać, że wynagrodzenie wzrośnie tylko o połowę wzrostu kosztów wynikającego z waloryzacji. Nie taki był cel przepisu art. 439 Pzp. Było nim wyeliminowanie zajmowania zamawiających bagatelnyymi roszczeniami wykonawców. Tymczasem, 4% to nierzadko wysokość marży wykonawcy, często spotykana w biznesie, na skutek czego utracenie takiej kwoty bez możliwości jej zrekompensowania może realnie prowadzić do utracenia przez wykonawcę zarobku z wykonania zamówienia, pozostawiając w jego księgach pusty obrót, z którego nie wynika żaden zysk.

55. Te same uwagi dotyczą ustawienia maksymalnego wzrostu wynagrodzenia w całym okresie trwania umowy o 3,5%. Skoro umowa ma być zawarta na okres 30 miesięcy,

tj. prawie 3 lat, to powoduje, że pułap ten jest na tyle niski, że w istocie nie daje wykonawcy żadnych szans na uratowanie zysku na wykonaniu zamówienia wobec znacznych wahań na rynku zwłaszcza w obecnych realiach galopującej inflacji.

56. Ograniczenie poziomu zmian wynagrodzenia o maksymalnie 3,5 % narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń. W ostatnim czasie można zauważyć tendencję na rynku, zgodnie z którą wzrost kosztów świadczenia robót jest wyższy niż 10%, co może skutkować tym, że wykonawcy będą zmuszeni do świadczenia usług poniżej realnych kosztów, które zostaną przez nich poniesione. (...)"

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany ww. postanowień projektu umowy poprzez nadanie im brzmienia:

a) warunkiem zmiany Wynagrodzenia jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy w stosunku do cen obowiązujących w dacie zawarcia Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy z komunikatów Prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych obowiązywania Umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 3,5% (trzy i pół procent), (§ 37 ust. 4 pkt 6 lit a);

b) w przypadku, gdy Umowa została zawarta po upływie 180 (stu osiemdziesięciu) dni od daty upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, co oznacza, że warunkiem zmiany Wynagrodzenie będzie zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy z komunikatów Prezesa GUS dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych przypadających po dniu otwarcia ofert wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 3,5% (trzy i pół procent), (§ 37 ust. 4 pkt 6 lit b);

f) wartość zmiany (WZ) ustala się na podstawie wzoru:

$WZ = W \times I$ , gdzie: W – oznacza Wynagrodzenie netto, ustalone zgodnie z lit. d) i e) powyżej, I – oznacza sumę czterech następujących po sobie wartości wskaźników zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikające z komunikatów GUS, o których mowa w lit. a) (lub lit. b) – w przypadku zmiany dokonywanej w warunkach opisanych w tym postanowieniu) powyżej, (§37 ust. 4 pkt 6 lit f);

j) maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy, tj. suma wszystkich zmian Wynagrodzenia dokonanych na podstawie niniejszego postanowienia Umowy nie może przekroczyć łącznie 20% (dwadzieścia procent) wartości Wynagrodzenia określonego w dniu zawarcia Umowy (§ 37 ust. 4 pkt 6 lit j).

Pismami z dnia 06 i 09.05.2022 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia:

- 1) wykonawca PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1192/22 i KIO 1197/22, po stronie odwołujących,
- 2) wykonawca Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1192/22 po stronie odwołującego,
- 3) wykonawca Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1197/22 po stronie odwołującego,
- 4) wykonawca MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1197/22 po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 17.05.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której poinformował, że:

- 1) w odwołaniu Warbud (KIO 1192/22) uwzględnił w całości zarzuty dotyczące § 14 ust. 6 pkt 4 projektu umowy oraz pkt 23 załącznika nr 4 do projektu umowy, natomiast częściowo uwzględnił zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, Przedstawiciela wykonawcy, Inżyniera systemów teletechnicznych, Inżyniera systemu BMS, średniego wskaźnika rentowności, pozacenowych kryteriów oceny ofert, zaś w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania,
- 2) w odwołaniu Doraco (KIO 1197/22) uwzględnił w całości zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika budowy, Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika robót sanitarnych, średniego wskaźnika rentowności, natomiast częściowo uwzględnił zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, Przedstawiciela wykonawcy, Inżyniera systemów teletechnicznych, Inżyniera systemu BMS, zaś w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że w związku z uwzględnieniem i częściowym uwzględnieniem ww. zarzutów, zamierza dokonać odpowiednich modyfikacji swz.

Pismami z dnia 26.05.2022 r. odwołujący ustosunkowali się do odpowiedzi na odwołanie.

Pismem z dnia 02.06.2022 r. zamawiający przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie obu ww. odwołań, zgodnie z którym:

- częściowo uwzględnił odwołanie Warbud w zakresie zarzutu dotyczącego opcji oraz § 5 ust. 2 i § 17 ust. 3 pkt 21 projektu umowy,
- częściowo uwzględnił odwołanie Doraco w zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji.

Pismem z dnia 09.06.2022 r. odwołujący Warbud przedstawił swoje stanowisko co do podniesionych w odwołaniu zarzutów. Z pism procesowych odwołującego oraz zamawiającego wynika, że:

- a) zarzuty dotyczące § 14 ust. 6 pkt 4 projektu umowy oraz pkt 23 załącznika nr 4 do projektu umowy zostały w całości uwzględnione przez zamawiającego,
- b) zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz postanowień projektu umowy, t.j. § 1 ust. 4, § 1 ust. 8, § 5 ust. 2, § 5 ust. 4, § 17 ust. 3 pkt 21 oraz § 19 ust. 5 zostały ostatecznie cofnięte przez odwołującego,
- c) zarzuty dotyczące terminu wykonania zamówienia, opcji, kar umownych i waloryzacji, zostały podtrzymane przez odwołującego.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie zarzutów wymienionych powyżej w pkt a) i b). Zarzuty wymienione powyżej w pkt c) podlegają natomiast rozpoznaniu przez Izbę.

Z oświadczenia odwołującego Doraco przedstawionego na posiedzeniu w dniu 09.06.2022 r. oraz z pism procesowych odwołującego i zamawiającego wynika, że:

- a) zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika budowy, Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika robót sanitarnych i średniego wskaźnika rentowności, zostały w całości uwzględnione przez zamawiającego,
- b) zarzuty dotyczące opcji oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie Przedstawiciela wykonawcy, Inżyniera systemów teletechnicznych i Inżyniera systemu BMS, zostały ostatecznie cofnięte przez odwołującego,
- c) zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy i ubezpieczenia OC, pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz waloryzacji, zostały podtrzymane przez odwołującego.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie zarzutów wymienionych powyżej w pkt a) i b). Zarzuty wymienione powyżej w pkt c) podlegają natomiast rozpoznaniu przez Izbę.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

### **Odwołanie Warbud – sygn. akt KIO 1192/22.**

#### Zarzut dotyczący terminu wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W rozdziale V w pkt 1 swz zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia wynosi 30 miesięcy od daty zawarcia umowy. Analogiczny termin został wskazany w § 3 ust. 1 projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący ograniczył się do wskazania: „Z uwagi na konieczność wykonania dolnego źródła ciepła (odwierty w większości zlokalizowane bezpośrednio pod zaprojektowanym budynkiem) niemożliwe jest zrealizowanie kontraktu w 30 m-cy. Konieczne jest przesunięcie terminu o 10 m-cy”.

Należy zauważyć, że ww. uzasadnienie zarzutu nie zawiera argumentów potwierdzających, że z technicznego punktu widzenia nie jest możliwe wykonanie zamówienia w okresie 30 miesięcy. Uzasadnienie to wskazuje jedynie stanowisko odwołującego, bez przytoczenia konkretnej argumentacji.

W trakcie rozprawy odwołujący złożył opracowany przez siebie harmonogram robót, jednak nie można na jego podstawie przesądzić, że założenia przyjęte w tym zakresie przez odwołującego są jedynie właściwe i że niemożliwe jest wykonanie robót w przewidzianym przez zamawiającego terminie. W szczególności należy zauważyć, że mimo złożenia w niniejszym postępowaniu sześciu odwołań, pozostali wykonawcy nie kwestionowali terminu wykonania zamówienia, co oznacza, że dostrzegają oni możliwość prowadzenia

robót wg innego harmonogramu pozwalającego na dotrzymanie 30-miesięcznego terminu. Nie ma przy tym podstaw, wbrew argumentacji odwołującego podniesionej na rozprawie, do stwierdzenia, że pozostali wykonawcy nie dostrzegli ww. problemu z powodu skupienia się na innych zarzutach.

Odwołujący przedstawił również na rozprawie zestawienie wykonanych przez siebie innych inwestycji w celu porównania okresów ich realizacji z okresem przewidzianym przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Należy jednak podkreślić, że termin wykonania zamówienia musi być ustalany indywidualnie z uwzględnieniem wielu różnorodnych cech i okoliczności realizowania każdej inwestycji. Nie jest możliwe, wyłącznie na podstawie parametrów wskazanych w ww. zestawieniu, jednoznaczne przesądzenie, że 30-miesięczny termin przewidziany na wykonanie niniejszego zamówienia, jest nierealny. Zwłaszcza, że jak już wyżej wskazano, termin ten nie jest kwestionowany przez innych wykonawców.

Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać m.in. czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz ewentualnie naruszonych przez niego przepisów ustawy, nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł w odwołaniu, że termin wykonania zamówienia jest określony niewłaściwie z uwagi na konieczność wykonania dolnego źródła ciepła, gdyż odwierty w większości zlokalizowane są bezpośrednio pod zaprojektowanym budynkiem. Natomiast na rozprawie przedstawił dodatkowo argumentację dotyczącą braku dostępności parkingu potrzebnego do prowadzenia robót oraz niemożności prowadzenia prac w trybie 2 lub 3-zmianowym. Należy zauważyć, że ww. okoliczności dotyczące parkingu i pracy zmianowej, nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba,



rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty dotyczące parkingu i pracy zmianowej, które to argumenty nie były zawarte w treści odwołania.

#### Zarzut dotyczący opcji.

Zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

2) określają okoliczności skorzystania z opcji.

W rozdziale IV w pkt 24 i pkt 25 ppkt 1 swz (oraz w § 2 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w projekcie umowy) zamawiający wskazał:

24. Zamawiający przewiduje prawo opcji, obejmujące uprawnienie zamawiającego do rezygnacji z realizacji robót (jednostronnego zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy) w następującym zakresie szczegółowo opisanym w opisie przedmiotu zamówienia:

1) Skrzydło południowe – osie C-L/25-27: wykonanie wykończenia pomieszczeń, ścian działowych i posadzek, a także instalacji elektrycznych i sanitarnych. Zamawiający przewiduje, że zakres Robót gwarantowanych, których nie obejmuje prawo opcji obejmuje wykonanie stanu surowego zamkniętego ww. skrzydła budynku;

2) Skrzydło – osie F'-L/18-22: wykonanie wykończenia pomieszczeń, ścian działowych i posadzek, a także instalacji elektrycznych i sanitarnych. Zamawiający przewiduje, że zakres Robót gwarantowanych, których nie obejmuje prawo opcji obejmuje wykonanie stanu surowego zamkniętego ww. skrzydła budynku;

3) Skrzydło – osie F'-L/11-15: wykonanie wykończenia pomieszczeń, ścian działowych i posadzek, a także instalacji elektrycznych i sanitarnych. Zamawiający przewiduje, że zakres Robót gwarantowanych, których nie obejmuje prawo opcji obejmuje wykonanie stanu surowego zamkniętego ww. skrzydła budynku;

4) Wykonanie instalacji fotowoltaicznej wraz z podkonstrukcją stalową;

5) Dostawa sprzętu i wyposażenia wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia;

6) Dostawa oprogramowania wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia

- przy czym maksymalna łączna wartość brutto ww. Robót, z wykonania których Zamawiający może zrezygnować w ramach prawa opcji nie przekroczy 20% (dwadzieścia procent) Wynagrodzenia brutto obowiązującego w dacie złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji.

25. Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji zgodnie z poniższymi warunkami:

1) Zamawiający ma prawo skorzystać z prawa opcji najpóźniej na 12 (dwanaście) miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazano: „Odwołujący podnosi, iż z uwagi na duży zakres prac koniecznych do wykonania okres 12 m-cy jest zdecydowanie niewystarczający. Opcjami objęte zostały trzy skrzydła budynku, co stanowi ponad 1/3 całego zakresu prac wykończeniowych części nadziemnej. Konieczne jest zakontraktowanie prac, zamówienie materiałów, prefabrykacja, dostawy, montaż, uruchomienia oraz procedura odbiorowa do czasu zgłoszenia budynku do PnU. Jest to niemożliwe do wykonania w ciągu 12-mcy. Dodatkowo należy mieć na uwadze obecne oraz na pewno występujące przez długi okres czasu problemy materiałowe, co również będzie miało wpływ na termin realizacji zamówienia wykonywanego w ramach opcji”. W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wydłużenia ww. okresu do 24 miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 26.05.2022 r. odwołujący zmodyfikował swoje żądania poprzez rozdzielenie robót objętych opcją na 3 kategorie i przypisanie każdej z nich innego żądanego terminu skorzystania z prawa opcji, tj. 24 miesięcy, 18 miesięcy i 12 miesięcy. W piśmie z dnia 02.06.2022 r. zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie wydłużając termin możliwego skorzystania z opcji (bez względu na rodzaj robót) do 15 miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu prawo opcji ma polegać na ewentualnym zmniejszeniu zakresu zamówienia, zaś opcją zostały objęte prace wykończeniowe, czyli wykonywane na ostatnim etapie realizacji robót. Należy zatem zgodzić się z zamawiającym, że do wykonania tych prac wykonawca będzie potrzebował materiałów w dużej mierze wykorzystywanych już na wcześniejszych etapach budowy, które w związku z tym będzie mógł zamówić znacznie wcześniej i również wcześniej zakontraktować ich możliwy zwrot na wypadek skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji. Tym samym nie jest zasadna argumentacja odwołującego, zgodnie z którą zakontraktowanie prac, zamówienie materiałów, prefabrykacja, czy dostawy, będą niemożliwe do zrealizowania w przypadku skorzystania w opcji w terminie przewidzianym przez zamawiającego.

Ponadto sam odwołujący wskazał w odwołaniu, że główne prace objęte opcją stanowią ok. 1/3 całego zakresu prac wykończeniowych. Tymczasem po częściowym uwzględnieniu odwołania przez zamawiającego, termin ewentualnego skorzystania z prawa opcji wynosi 15 miesięcy przed upływem terminu realizacji przedmiotu zamówienia, czyli

połowę całego okresu realizacji zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę rozmiar i charakter ww. prac, nie jest zasadne twierdzenie, że jest to termin zbyt krótki.

Słusznie podniósł także zamawiający, że w razie wykonania przed ww. terminem części prac objętych opcją, wykonawca zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 projektu umowy będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia. Interes wykonawcy został zatem zabezpieczony, gdyż co do zasady nie grozi mu ryzyko poniesienia strat finansowych z powodu wykonania części prac, co do których zamawiający złoży oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji.

Z uwagi na powyższe ustalenia odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Niezależnie od powyższego, należy ponownie zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący dopiero w piśmie z dnia 26.05.2022 r. i na rozprawie podniósł argumentację dotyczącą konstrukcji stalowej pod instalacje fotowoltaiczne oraz ścian murowanych, podkładów cementowych i głównych ciągów instalacyjnych. Izba podtrzymuje zatem wyżej wskazane stanowisko dotyczące zakazu rozpoznawania zarzutów niezawartych w odwołaniu i wskazuje, że z uwagi na ww. zakaz pominęła ww. podstawy faktyczne zarzutu jako niezawarte w treści odwołania.

#### Zarzut dotyczący kar umownych.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

W § 34 ust. 8 projektu umowy zamawiający wskazał:

8. Łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy przez Zamawiającego na podstawie postanowień niniejszej Umowy nie może być wyższa niż 20% (dwadzieścia) procent Wynagrodzenia. Zaistnienie podstaw do naliczenia kary umownej przekraczającej limit kar umownych, o którym mowa w zd. poprzednim będzie uprawniało Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w terminie 30 (trzydziestu) dni od daty powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o przesłankach uzasadniających naliczenie kary umownej, która skutkowałaby przekroczeniem limitu kar umownych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, zgodnie z argumentacją zamawiającego, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 15% wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym żądana przez odwołującego zmiana § 34 ust. 8 projektu umowy mająca polegać na obniżeniu limitu kar umownych do 10% prowadziłaby do niemożności wyegzekwowania przez zamawiającego kary przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy. Przy czym ww. kara

za odstąpienie od umowy nie została zakwestionowana przez żadnego z wykonawców, zatem nie ma powodu, dla którego zamawiający miałby ją również obniżyć.

W piśmie z dnia 26.05.2022 r. odwołujący odnosząc się do ww. argumentu zamawiającego wskazał, że odstąpienie od umowy jest sytuacją ostateczną i odwołujący nie zakłada, że do niej dojdzie. O ile odwołujący ma rację co do charakteru odstąpienia od umowy, o tyle powszechnie wiadomo, że czasami ma ono jednak miejsce. Nie można zatem całkowicie wykluczyć ryzyka odstąpienia od umowy, a co za tym idzie górny limit kar umownych nie może być niższy niż jedna z tych kar, w tym wypadku – kara za odstąpienie od umowy.

Nie jest także zasadne żądanie przez odwołującego dostosowania limitu kar umownych do poziomu wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. 10%. Należy zauważyć, że kary umowne i zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowią dwie odrębne instytucje i nie ma powodu, dla którego wskaźniki ich dotyczące musiałyby być określone na takim samym poziomie.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, oceniając zakres odpowiedzialności stron umowy nie można abstrahować od zakresu zadań przypisanych w tej umowie każdej z nich. Niewątpliwie większość obowiązków wynikających z umowy spoczywa w tym przypadku na wykonawcy i to niewykonanie jego obowiązków grozi wywołaniem szkód po stronie zamawiającego udzielającego zamówienia w interesie publicznym. Przewidziany limit kar umownych w wysokości 20% służy zatem zabezpieczeniu tego interesu.

Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

## **Odwołanie Doraco – sygn. akt KIO 1197/22.**

### Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W rozdziale VI ust. 4 pkt 1 swz, zamawiający wskazał, że wykonawca ma wykazać, że posiada doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie w okresie ostatnich 8 (ośmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

1) przynajmniej dwie roboty budowlane, polegające na wybudowaniu nowego budynku należącego do kategorii IX obiektów budowlanych (z wyłączeniem budynków kultury) lub kategorii XI w rozumieniu załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2351 ze zm.), o powierzchni co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup> każdy, o wartości każdej z ww. robót budowlanych co najmniej 250.000.000 (dwieście pięćdziesiąt milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty).

Odwołujący domagał się w treści odwołania nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. warunku w ten sposób, aby dotyczył on tylko jednej roboty budowlanej w zakresie budynku kubaturowego bez określania kategorii obiektów budowlanych (w tym wypadku odwołujący nie żądał zmiany powierzchni i wartości) lub aby oprócz ww. modyfikacji dodatkowo była wymagana jeszcze jedna robota budowlana w zakresie budynku kubaturowego bez określania kategorii obiektów budowlanych, ale z powierzchnią min. 24.000 m<sup>2</sup> i wartością min. 100.000.000 zł brutto.

Mimo częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie tego zarzutu, modyfikując jedynie w piśmie z dnia 26.05.2022 r. swoje żądania.

Pismem z dnia 02.06.2022 r. zamawiający poinformował o modyfikacji ww. warunku w następujący sposób:

„(...) wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- 1) przynajmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup> lub zespołu budynków użyteczności publicznej (zrealizowanego w ramach jednego zadania/umowy/kontraktu) o łącznej powierzchni całkowitej ww. budynków co najmniej 40 000 (czterdzieści tysięcy) m<sup>2</sup>, o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 200.000.000 (dwieście milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty) oraz
- 2) przynajmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności przeznaczonego na potrzeby szkolnictwa wyższego, nauki i/lub opieki zdrowotnej o powierzchni całkowitej co najmniej 20 000

(dwadzieścia tysięcy) m<sup>2</sup> i o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 (sto milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty) lub polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie zespołu budynków użyteczności publicznej (zrealizowanego w ramach jednego zadania/umowy/kontraktu) o łącznej powierzchni całkowitej co najmniej 20 000 (dwadzieścia tysięcy) m<sup>2</sup>, przeznaczonego na potrzeby szkolnictwa wyższego, nauki i/lub opieki zdrowotnej, o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 (sto milionów) złotych brutto (lub równowartość tej kwoty).”

Wobec powyższego należy zauważyć, że wskutek dokonanych już przez zamawiającego modyfikacji w treści ww. warunku:

- wykonawca nie musi wykazać dwóch robót o tych samych parametrach, gdyż warunek został rozdzielony na dwie roboty o różnych parametrach, czyli zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu,
- wykonawca nie musi wykazywać wykonania budynków przypisanych do określonej kategorii obiektów budowlanych, czyli zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu,
- wykonawca nie musi wykazywać dwóch budynków o powierzchni min. 40 000 m<sup>2</sup>, gdyż wymóg ten został zachowany w stosunku do tylko jednej roboty, czyli zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu, a w przypadku drugiej roboty został obniżony do 20 000 m<sup>2</sup>, czyli nawet ponad żądanie odwołującego,
- wykonawca nie musi wykazywać dwóch robót budowlanych o wartości min. 250 mln zł brutto, gdyż w zakresie jednej roboty wymóg został obniżony do 200 mln zł brutto, a w zakresie drugiej – do 100 mln zł brutto, czyli modyfikacja wykracza nawet ponad żądania odwołującego zawarte w odwołaniu.

Zarzuty odwołującego dotyczące ww. warunku nie zostały uwzględnione jedynie w zakresie, w jakim domagał się on sprecyzowania, że chodzi o budynek kubaturowy i w zakresie, w jakim żądał wykreślenia kategorii robót, gdyż zamawiający zamienił ten wymóg na określenie przeznaczenia budynku/ków, tj. na potrzeby szkolnictwa wyższego, nauki i/lub opieki zdrowotnej.

Odnosząc się zatem do kwestii wprowadzenia do treści warunku „budynek kubaturowego”, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący nie zawarł w odwołaniu żadnego zarzutu i uzasadnienia w tym zakresie. „Budynek kubaturowy” pojawił się jedynie w żądaniu (str. 6 odwołania), co nie jest tożsame z postawieniem zarzutu i jego uzasadnieniem. Już ten fakt przesądza o tym, że odwołanie w zakresie „budynek kubaturowego” nie zasługuje na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego, należy zgodzić się z zamawiającym, że rozszerzenie warunku o budynki kubaturowe skutkowałoby

dopuszczeniem do realizacji zamówienia także wykonawców mających doświadczenie w budowie każdego obiektu posiadającego objętość, np. wiaty. Biorąc zatem pod uwagę charakter i stopień skomplikowania budynku będącego przedmiotem zamówienia, takie rozszerzenie warunku nie służyłoby realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 116 ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc się natomiast do kwestii określenia przez zamawiającego przeznaczenia budynku lub zespołu budynków, należy zauważyć, że zgodnie z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy Pp, opis warunków udziału w postępowaniu nie tylko ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i określony na minimalnym poziomie zdolności, ale ma także umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz umożliwiać realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości przez wybranego wykonawcę. Opis warunków musi zatem stanowić wypadkową potrzeby zapewnienia dostępu do zamówienia jak największej liczbie wykonawców oraz potrzeby udzielenia tego zamówienia wykonawcy, który rzeczywiście będzie w stanie należycie je wykonać. W konsekwencji opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie może niezasadnie ograniczać konkurencji, ale nie może też narażać inwestycji na niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu wybrania wykonawcy nie posiadającego rzeczywiście niezbędnych zdolności.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest budynek użyteczności publicznej przeznaczony na potrzeby szkolnictwa wyższego, nauki oraz opieki zdrowotnej. Zamawiający w pkt 2 warunku (po modyfikacji) dopuścił właśnie takie przeznaczenie budynku wykazywanego jako doświadczenie wykonawcy. Tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, że opis warunku w tym zakresie nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Nie można jednocześnie zgodzić się z odwołującym, że budynki biurowe, budynki usługowe czy centra handlowe mają co najmniej taki sam (jak nie większy) stopień trudności technologicznej, jak budynki nauki i oświaty oraz budynki służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej. Jak słusznie wskazał zamawiający, realizacja wskazanych przez niego w treści warunku budynków wymaga osiągnięcia odpowiednich parametrów (np. w zakresie instalacji zapewniających prawidłowe funkcjonowanie i mikroklimat laboratoriów i pracowni, parametrów bezpieczeństwa przeciwpożarowego, przeciwwybuchowych, akustycznych), które nie są typowe dla innych budynków. Tym samym nie jest zasadne rozszerzenie warunku o budynki z jeszcze innym przeznaczeniem, niż już wskazane (po modyfikacji) przez zamawiającego.

Reasumując, w ocenie Izby, wymóg po modyfikacji jest zasadny w świetle charakteru i przeznaczenia budynku będącego przedmiotem zamówienia i zapewnia z jednej strony konkurencję (zwłaszcza po wszystkich dokonanych modyfikacjach), a z drugiej strony – możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Ww. warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy nie jest więc nadmierny i nie ma podstaw do stwierdzenia jego niezgodności z przepisami wskazanymi w odwołaniu. Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

#### Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415):

1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych:

4) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

W rozdziale VI ust. 16 pkt 2 swz zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który spełnia wszystkie poniżej określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

2) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie robót budowlanych na sumę gwarancyjną nie niższą niż 100.000.000 (sto milionów) złotych.



Odnosząc się do postawionego zarzutu przede wszystkim nie można zgodzić się z odwołującym, że ww. warunek nie służy weryfikacji zdolności finansowej wykonawców. Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, w celu zbadania zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawców ustawodawca wprost przewidział możliwość postawienia wymogu posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i w ww. rozporządzeniu wprost wskazał, że wymagane od wykonawców dokumenty mają wskazywać sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia. Tym samym przydatność i zasadność opisanego warunku w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej została przesądzona w ww. przepisach.

Również wysokość wymaganego ubezpieczenia, tj. 100 mln zł, nie jest nadmierna do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza do jego wartości (ponad 350 mln zł). Ponadto nie jest zasadna argumentacja odwołującego, zgodnie z którą ww. warunek jest oderwany od instrumentów ubezpieczeniowych funkcjonujących na rynku ubezpieczeń właściwym dla firm budowlanych i może wyeliminować z udziału w postępowaniu największe firmy w Polsce. Należy zauważyć, że mimo wniesienia w niniejszym postępowaniu sześciu odwołań, tylko odwołujący zakwestionował opis ww. warunku, co oznacza, że pozostali uczestnicy rynku nie postrzegają go jako ograniczającego im dostęp do zamówienia.

Z uwagi na powyższe odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Niezależnie od powyższego, Izba podtrzymuje wyrażone wcześniej stanowisko dotyczące wynikającego z art. 555 ustawy Pzp zakazu orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z uwagi na powyższe Izba pominęła argumentację w zakresie ewentualnego naruszenia przez zamawiającego art. 17 ustawy Pzp, gdyż kwestia uzyskania najlepszych efektów zamówienia nie była poruszona w treści odwołania.

#### Zarzut dotyczący pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 242 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp:

1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W rozdziale XIV w ust. 1 swz zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena ofertowa brutto (C),
- 2) Doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) (DPW),
- 3) Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB),
- 4) Doświadczenie Kierownika Robót Sanitarnych (DKRS).

Jednocześnie w ust. 5 – 7 zamawiający wskazał sposób dokonywania oceny punktowej w ww. kryteriach pozacenowych.

W treści odwołania odwołujący nie kwestionował sposobu dokonywania oceny kwalifikacji i doświadczenia Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy, czy Kierownika robót sanitarnych, tj. konkretnych stawianych im wymagań, ale kwestionował w ogóle zastosowanie ww. kryteriów jako niemających wpływu na jakość wykonania zamówienia. Odwołujący żądał w odwołaniu usunięcia ww. pozacenowych kryteriów oceny ofert w całości i pozostawienia jako jedynego kryterium ceny. Mimo dokonanych przez zamawiającego modyfikacji ww. kryteriów, odwołujący podtrzymał zarzut i żądanie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wbrew argumentacji odwołującego, w wyżej przytoczonym art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że kryterium odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jest kryterium jakościowym. Przy czym w przepisie tym jednocześnie zastrzeżono, że kryterium to może być dotyczyć jedynie osób, które mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Należy zatem zwrócić uwagę, że wskazane przez zamawiającego kryteria pozacenowe odnoszą się do Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy i Kierownika robót sanitarnych, czyli do osób, których praca niewątpliwie będzie mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, ponieważ osoby te odpowiadają za sposób i terminowość wykonania szerokiego zakresu robót niezbędnych do wykonania inwestycji, a także za kontakty z zamawiającym i wszelkie wynikające z realizacji zamówienia kwestie organizacyjne czy formalne. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał zakres obowiązków ww. osób i ich wpływ na jakość wykonania zamówienia:

„(...) Przedstawiciel Wykonawcy jest pełnomocnikiem wykonawcy uprawnionym do reprezentacji wykonawcy, który jest wyznaczony do zarządzania kontraktem, uczestniczącym w Radach Technicznych i Radach Budowy, a także w odbiorach częściowych i końcowym, przeglądach gwarancyjnych, uczestniczącego w ustalaniu harmonogramów oraz Planu Płatności. Brak odpowiedniego doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy w sposób znaczący wpłynęłaby na pogorszenie jakości przedmiotu zamówienia, jak również stwarzałaby zagrożenie dla jego terminowej realizacji.

Podobnie należy ocenić rolę Kierownika Budowy oraz Kierownika robót branży sanitarnej. Kierownik Budowy realizuje funkcję wynikającą z przepisów prawa budowlanego i już z tego faktu wynika, iż jego doświadczenie w sposób znaczący wpływa na jakość przedmiotu zamówienia. Jak wynika z art. 22 ustawy Prawo budowlane, kierownik budowy odpowiada za bezpieczne i prawidłowe wykonywanie robót budowlanych, ich należyte planowanie i koordynację, prowadzenie dokumentacji budowy i dokumentacji powykonawczej, przestrzeganie przepisów bhp. Trudno wskazać zadania mające większy wpływ na jakość przedmiotu zamówienia.

Również Kierownik robót branży sanitarnej, który będzie pełnił nadzór nad realizacją robót branży sanitarnej pełni istotną rolę w procesie realizacji przedmiotu zamówienia, a jego doświadczenie jest kluczowe dla zapewnienia jakości przedmiotu zamówienia. Zarówno rozmiar inwestycji, jak i konieczność skoordynowania wielu istotnych z punktu widzenia funkcjonowania całego obiektu instalacji sanitarnych uzasadniają premiowanie przez Zamawiającego wykonawców, którzy wyznaczają do pełnienia funkcji Kierownika robót sanitarnych osobę posiadającą doświadczenie w realizacji robót sanitarnych. (...).

Izba podziela ww. argumentację zamawiającego i zasadność ustalenia jako kryteriów jakościowych kryteriów odnoszących się do doświadczenia i kwalifikacji Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy i Kierownika robót sanitarnych.

Ponadto odwołujący podniósł w odwołaniu, że „Zamawiającemu nie wolno przyjąć takiego modelu oceny ofert, który premiuje pewne oferty w związku z okolicznościami, które są rażąco wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia, nieadekwatne”. Odwołujący nie wskazał jednak, co konkretnie w opisie ww. kryteriów jest nieadekwatne i rażąco wygórowane. Jak wskazano już wyżej, kryteria te mają charakter jakościowy, co wynika z przytoczonego przepisu i w świetle obowiązków Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy i Kierownika robót sanitarnych, osoby pełniące te funkcje niewątpliwie będą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania ww. kryteriów za niedopuszczalne i dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z zawartym w art. 555 ustawy Pzp zakazem orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba pominęła argumentację w zakresie ewentualnego naruszenia przez zamawiającego art. 17 ustawy Pzp, gdyż kwestia uzyskania najlepszych efektów zamówienia nie była poruszona w treści odwołania.

**Odwołanie Warbud – sygn. akt KIO 1192/22 i odwołanie Doraco – sygn. akt KIO 1197/22.**

Zarzut dotyczący waloryzacji.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
  - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
  - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
    - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
    - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
  - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
  - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W § 37 projektu umowy zamawiający przewidział zasady dotyczące zmian umowy, w tym zmian wynagrodzenia umownego. Zgodnie z ust. 4 pkt 6 lit. a), b), f), j):

4. Zmiana wysokości Wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 4 ust. 1 może nastąpić w przypadku:
  - 6) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, o której mowa w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w stosunku do poziomu kosztów na dzień zawarcia Umowy – zmiana wysokości wynagrodzenia może polegać na jego zwiększeniu, przy czym:
    - a) warunkiem zmiany Wynagrodzenia jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy w stosunku do cen obowiązujących w dacie zawarcia Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy

z komunikatów Prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych obowiązywania Umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent),

b) w przypadku, gdy Umowa została zawarta po upływie 180 (stu osiemdziesięciu) dni od daty upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, co oznacza, że warunkiem zmiany Wynagrodzenia będzie zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy, określonych w ofercie Wykonawcy, przez co rozumie się sytuację, gdy z komunikatów Prezesa GUS dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych przypadających po dniu otwarcia ofert wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 10,0% (dziesięć procent),

f) wartość zmiany (WZ) ustala się na podstawie wzoru:

$WZ = W \times I \times 50\%$ , gdzie

W – oznacza Wynagrodzenie netto, ustalone zgodnie z lit. d) i e) powyżej,

I – oznacza sumę czterech następujących po sobie wartości wskaźników zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikające z komunikatów GUS, o których mowa w lit. a) (lub lit. b) – w przypadku zmiany dokonywanej w warunkach opisanych w tym postanowieniu) powyżej,

j) maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy, tj. suma wszystkich zmian Wynagrodzenia dokonanych na podstawie niniejszego postanowienia Umowy nie może przekroczyć łącznie 3,5% (trzy i pięć dziesiątych procent) wartości Wynagrodzenia określonego w dniu zawarcia Umowy.

Odwołujący Warbud domagał się w treści odwołania obniżenia wartości wskazanych w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. a) i b) do 2% oraz podwyższenia wartości z § 37 ust. 4 pkt 6 lit. j) do 20%.

Z kolei odwołujący Doraco domagał się w treści odwołania obniżenia wartości wskazanych w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. a) i b) do 3,5%, podwyższenia wartości z § 37 ust. 4 pkt 6 lit. j) do 20% oraz zmiany wzoru wskazanego w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. f) na:  $WZ = W \times I$ .

Pismem z dnia 02.06.2022 r. zamawiający poinformował o częściowym uwzględnieniu odwołania Doraco poprzez zmianę wzoru wskazanego w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. f) na:  $WZ = W \times I$ . Ponadto zamawiający dodał, że doprecyzuje, iż dla ustalenia istnienia przesłanek zmiany wynagrodzenia z uwagi na wzrost cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia będzie brał pod uwagę wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego kwartału wynikający z komunikatów Prezesa GUS.

Odnosząc się do ww. zarzutów, przede wszystkim nie można się zgodzić z odwołującymi, że osiągnięcie wskaźnika przekraczającego 10%, o którym mowa w § 37 ust. 4 pkt 6 lit. a) i b) projektu umowy, jest nierealne. Wskaźnik ten ma być liczony jako suma ogłaszanych wartości zmian cen produkcji budowlano-montażowej wynikająca z komunikatów Prezesa GUS dotyczących czterech następujących po sobie pełnych kwartałów kalendarzowych. Wskaźnik ten nie stanowi zatem odpowiednika poziomu inflacji, ale jest wynikiem dodawania do siebie zmian cen z czterech następujących po sobie kwartałów, przy czym zamawiający doprecyzował, że będzie obliczał ww. wskaźnik w stosunku do poprzedniego kwartału. Tym samym Izba za właściwe uznała wyliczenia zamawiającego opierające się na czterech ostatnich kwartałach (w stosunku do okresu prowadzenia postępowania odwoławczego), tj.:

- w I kwartale 2022 r. w stosunku do IV kwartału 2021 r. – zmiana o 3,4%,
- w IV kwartale 2021 r. w stosunku do III kwartału 2021 r. – zmiana o 2,6%,
- w III kwartale 2021 r. w stosunku do II kwartału 2021 r. – zmiana o 1,7%,
- w II kwartale 2021 r. w stosunku do I kwartału 2021 r. – zmiana o 1,3%.

Suma ww. wartości wynosi 9%, co biorąc pod uwagę tendencję wzrostową, widoczną także na podstawie ww. kwartałów, oznacza, że osiągnięcie wskaźnika 10% nie jest nierealne.

Odnosząc się natomiast do treści § 37 ust. 4 pkt 6 lit. j), czyli do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 3,5%, należy wziąć pod uwagę okoliczności finansowania niniejszego zamówienia. Zamawiający korzysta w tym wypadku z dofinansowania zewnętrznego w postaci dotacji celowej udzielonej na podstawie umowy ramowej zawartej pomiędzy zamawiającym a Skarbem Państwa - Ministrem Zdrowia oraz na podstawie umów wykonawczych, zawieranych na podstawie ww. umowy ramowej na każdy rok kalendarzowy realizacji zadania inwestycyjnego objętego umową o dofinansowanie, przy czym warunki realizacji zamówienia nie mogą naruszać warunków ww. dofinansowania. Realia udzielenia ww. zamówienia są więc na obecnym etapie takie, że zamawiający będąc ograniczony ww. dofinansowaniem nie jest w stanie przeznaczyć na waloryzację wynagrodzenia wykonawcy więcej niż 3,5% tego wynagrodzenia. Niezależnie od możliwości, jakie w przyszłości mogą się pojawić w zależności od stanu faktycznego sprawy, oceniając realność przewidzianych przez zamawiającego zasad waloryzacji, nie można abstrahować od realności jego obecnego budżetu. Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawcy znają kwotę na sfinansowanie zamówienia (368 mln zł brutto) i znają ww. zasady waloryzacji wynagrodzenia, co niewątpliwie powinno ułatwić im dokonanie oceny ryzyka kontraktowego w tej sprawie i w efekcie – dokonanie wyceny tego ryzyka, w przypadku podjęcia decyzji o złożeniu oferty.

Reasumując, Izba podziela argumentację odwołujących, zgodnie z którą celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości

wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.

Niemniej jednak w okolicznościach niniejszej sprawy należy zauważyć, że zamawiający uwzględnił odwołanie Doraco w części dotyczącej wzoru ustalania wartości zmiany, przez co zmodyfikował na korzyść wykonawców postanowienie przewidujące, że wynagrodzenie wzrośnie tylko o połowę wzrostu kosztów wynikającego z waloryzacji. Zamawiający przewidział także warunek zmiany wynagrodzenia od osiągnięcia wskaźnika przekraczającego 10%, ale sposób wyliczenia tego wskaźnika w świetle sytuacji rynkowej nie czyni go nierealnym, a zatem niezgodnym z ww. przepisem. Natomiast wskaźnik 3,5% należy uznać za realny w świetle obecnych możliwości finansowych zamawiającego, co wymaga od wykonawców dokonania oceny ryzyka kontraktowego.

Z uwagi na powyższe oba odwołania w zakresie ww. zarzutów zostały oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody stron i przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła zwrot kosztów na rzecz zamawiającego na podstawie przedłożonych przez niego faktur, opierając się na wskazanych w tych fakturach firmach odwołujących, nie zaś na sygnaturach spraw, które w ocenie Izby, omyłkowo zostały przypisane do odwołujących.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....