

prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała
Radca prawny

Andrzej Sokolowski
Radca prawny

dr Marcin Chomiuk
Radca prawny

Maciej Chrzan, LL.M.
Radca prawny

Wojciech Bazan
Adwokat

Jakub Majewski
Adwokat

Wojciech Merkwa
Radca prawny

Adrian Andrychowski
Adwokat

Magdalena Bartnik
Adwokat

Dorota Dąbrowska
Doradca podatkowy

Michał Drozdowicz
Radca prawny

Piotr Duma
Radca prawny

Iwo Franaszczyk
Adwokat

dr Łukasz Goniak
Adwokat

Konrad Gortad
Adwokat

Arkadiusz Górski
Adwokat

Maciej Grzybowski
Radca prawny

Michał Jagielski
Ekspert podatkowy

Zbigniew Jara
Radca prawny / Rechtsanwalt

Barbara Kaczala
Radca prawny

Ewelina Kęćcik
Adwokat

Ludwina Klein, LL.M.
Adwokat

dr Jacek Kudła, LL.M.
Radca prawny

dr hab. Bogusław Lackoroński
Radca Prawny

Marcin Lewiński
Adwokat

Maria Łabno
Adwokat

Karol Macias
Radca prawny

Anna Matusiak-Wekiera
Radca prawny

Ewa Mońdział
Radca prawny

Mariusz Nowakowski, MLE
Adwokat

Anna Nowodworska
Adwokat

dr Joanna Ostojńska-Kolodziej
Adwokat

Emilia Putra
Radca prawny

Justyna Solarska
Adwokat

Michał Urbański
Adwokat

Anna Wójcik
Adwokat

Magdalena Zasiewska
Doradca podatkowy

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 roku

Do:

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

Odwołujący:

KARMAR S.A.
ul. Grójecka 208
02-390 Warszawa
KRS: 0000135197

*reprezentowany przez:
adres do doręczeń:*

r.pr. Wojciecha Merkwę
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.
ul. Bonifraterska 17
00-203 Warszawa
tel.: +48 22 246 00 30
wojciech.merkwa@jdp-law.pl

adres poczty elektronicznej:

Zamawiający:

adres do doręczeń:

Uniwersytet Medyczny
im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu
Dział Zamówień Publicznych
ul. Fredry 10
61-701 Poznań
tel.: +48 61 854 60 18
dzp@ump.edu.pl

adres poczty elektronicznej:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu **KARMAR S.A.** z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”) ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu na „*Budowę budynku dydaktyczno-naukowego pn. Collegium Varia i garażu naziemnego wielokondygnacyjnego w formule 'zaprojektuj i wybuduj'*” (znak sprawy: PN-44/24, „**Postępowanie**”), prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu)

- na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”):

I. **wnoszę** odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”) w zakresie dotyczącym:

- (1) postanowień z Rozdziału 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b i c) SWZ oraz z Rozdziału 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ,
- (2) postanowień z Rozdziału 15 SWZ pkt 15.1 pkt 3) zd. pierwsze znajdujące się w zamieszczonej tabeli pod nazwą „Doświadczenie projektanta (D)”,
- (3) postanowień projektu umowy w zakresie:
 - (a) § 10 [Obowiązek zawarcia umowy o pracę] ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy
 - (b) § 11 [Odbiory robót budowlanych] ust. 4 pkt 4 i 5) Projektu Umowy
 - (c) § 12 [Wynagrodzenie Wykonawcy] ust. 2 Projektu Umowy
 - (d) § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 pkt 1 lit. a) Projektu Umowy
 - (e) § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 14 Projektu Umowy
 - (f) § 16 [Kary umowne] ust. 1 i ust. 4 Projektu Umowy
 - (g) § 19 [Odstąpienie od Umowy] ust. 1 pkt 1), 2), 3) i 8) Projektu Umowy.

II. Zamawiającemu **zarzucam** naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- (1) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 Pzp poprzez** sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tj.: odwołanie się (poprzez sformułowanie w tym zakresie wymogu) w treści warunków wymienionych w Rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b i c) SWZ oraz w Rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ do pojęcia „budynku dydaktycznego uczelni wyższej” oraz „budynku użyteczności publicznej” w sytuacji, gdy na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wystarczającym jest wykazanie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem zdobytym w związku z realizacją inwestycji na rzecz podmiotów prywatnych (komercyjnych), których budynki nie mieszczą się w ww. grupach, a które miały za przedmiot wykonanie zakresu tożsamego z przedmiotem zamówienia, który ma zamiar zrealizować Zamawiający,
- (2) **art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez** określenie kryteriów oceny ofert złożonych w Postępowaniu, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiają konkurowanie wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie referencyjne związane z zaprojektowaniem podobnych inwestycji do tej objętej przedmiotem Postępowania,

- (3) **art. 353¹ k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp** poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego;

a w konsekwencji powyższych:

- (4) **art. 16 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp **wnoszę o** rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (1) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

~~„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku³ dydaktycznego uczelni wyższej⁵ o wartości kosztorysowej co najmniej 50.000.00,00 zł brutto, przy czym w budynku zaprojektowano m.in. pracownię do pracy z tkankami oraz sale seminaryjne”~~

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku³ o wartości kosztorysowej co najmniej 50.000.00,00 zł brutto, przy czym w budynku zaprojektowano pracownię do pracy z tkankami (tj. laboratorium CAR-T i laboratorium genetycznego UCDN lub inaczej nazwane o tożsamym przeznaczeniu) oraz sale seminaryjne”

- (2) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. c) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

~~„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku³ użyteczności publicznej⁴, w którym zaprojektowano m.in. laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości min. B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami.”~~

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku³, w którym zaprojektowano laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości co najmniej B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami.”

- (3) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

~~„Doświadczenie projektowe z okresu ostatnich pięciu lat, polegające na opracowaniu co najmniej jednego projektu technologicznego dla budowy nowego budynku³ użyteczności publicznej⁴, w którym zaprojektowano m.in. laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości min. B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami.”~~

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

„Doświadczenie projektowe z okresu ostatnich dziesięciu lat, polegające na opracowaniu co najmniej jednego projektu technologicznego dla budowy nowego budynku³, w którym zaprojektowano laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości co najmniej B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano

dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami."

- (4) **zmianę treści kryterium określonego w Rozdziale 15 SWZ pkt 15.1 pkt 3) zd. pierwsze znajdujące się w zamieszczonej tabeli pod nazwą „Doświadczenie projektanta (D)” poprzez wykreślenie następującej treści:**

~~„Liczba punktów badanej oferty w kryterium „doświadczenie projektanta” zależna jest od liczby wykonanych w okresie ostatnich 10 lat dokumentacji projektowych (składających się co najmniej z projektu budowlanego¹ i projektu wykonawczego², wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) nowo budowanego³ budynku użyteczności publicznej⁴, jako projektant budynku w specjalności architektonicznej, przez jedną osobę skierowaną do realizacji niniejszego zadania w funkcji projektanta dokumentacji projektowej specjalności architektonicznej – koordynatora zespołu projektowego, przy czym wartość kosztorysowa robót wynosiła co najmniej 40.000.000,00 zł brutto”~~

i zastąpienie jej kryterium (w zakresie zd. pierwszego) o następującej treści:

„Liczba punktów badanej oferty w kryterium „doświadczenie projektanta” zależna jest od liczby wykonanych w okresie ostatnich 10 lat dokumentacji projektowych (składających się co najmniej z projektu budowlanego¹ i projektu wykonawczego², wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) nowo budowanego³ budynku, jako projektant budynku w specjalności architektonicznej, przez jedną osobę skierowaną do realizacji niniejszego zadania w funkcji projektanta dokumentacji projektowej specjalności architektonicznej – koordynatora zespołu projektowego, przy czym wartość kosztorysowa robót wynosiła co najmniej 40.000.000,00 zł brutto”

- (5) **W odniesieniu do postanowienia § 10 [Obowiązek zawarcia umowy o pracę] ust. 1 pkt. 5) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o wykreślenie w ww. postanowienia o treści:**

~~„1. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji czynności w zakresie wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem umowy takich jak:~~

- ~~1) roboty przygotowawcze;~~
- ~~2) roboty rozbiórkowe;~~
- ~~3) roboty konstrukcyjne;~~
- ~~4) roboty wykończeniowe;~~
- ~~5) montaż instalacji i urządzeń z branży sanitarnej, HVAC oraz elektrycznej, niskoprądowej oraz BMS;~~
- ~~6) roboty drogowe;~~

7) zagospodarowanie terenu,

jedynie przy udziale osób, które będą zatrudnione na podstawie o umowę o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy."

(6) **W odniesieniu do postanowienia § 11 [Odbiory robót budowlanych] ust. 4 pkt. 4 i 5) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o wykreślenie lub zmianę ww. postanowienia o treści:**

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu razem z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego przedmiotu Umowy:

- 1) kompletną dokumentację powykonawczą, opracowaną zgodnie z wytycznymi zawartymi w PFU;*
- 2) wypełniony dziennik budowy;*
- 3) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonanych robót z projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę oraz przepisami i normami;*
- 4) wszelkie protokoły/opinie/stanowiska (w szczególności służb Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej);*
- 5) wszelkie inne dokumenty (w tym oświadczenia Kierownika budowy) konieczne do uruchomienia procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotu Umowy.*

Zamawiający dokona weryfikacji kompletności i zawartości dokumentów wymienionych w pkt. 1- 5 powyżej. W przypadku negatywnej oceny, Zamawiający upoważniony jest do zakwestionowania gotowości do odbioru oraz do odmowy przystąpienia do odbioru."

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu razem z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego przedmiotu Umowy:

- 1) kompletną dokumentację powykonawczą, opracowaną zgodnie z wytycznymi zawartymi w PFU;*
- 2) wypełniony dziennik budowy;*
- 3) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonanych robót z projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę oraz przepisami i normami;*
- 4) wszelkie protokoły/opinie/stanowiska (w szczególności służb Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej), **których obowiązek przekazana przewidują przepisy prawa powszechnie obowiązującego;***
- 5) wszelkie inne dokumenty, w **których posiadanie Wykonawca wszedł w związku z realizacją Zamówienia** (w tym oświadczenia*

Kierownika budowy) konieczne do uruchomienia procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotu Umowy.

Zamawiający dokona weryfikacji kompletności i zawartości dokumentów wymienionych w pkt. 1- 5 powyżej. W przypadku negatywnej oceny, Zamawiający upoważniony jest do zakwestionowania gotowości do odbioru oraz do odmowy przystąpienia do odbioru."

- (7) **W odniesieniu do postanowienia § 12 [Wynagrodzenie Wykonawcy] ust. 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:**

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pozostanie niezmiennie w całym okresie obowiązywania Umowy i obejmuje: wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją Umowy, w tym między innymi, ale nie wyłącznie, koszty zaplecza, placu budowy, koszty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, wszelkich dostaw objętych Umową, ich konserwacji, serwisu, naprawy, ресурсu, kosztów wykonania obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi, wszystkie opłaty, podatki (w tym podatek od towarów i usług), wynagrodzenie za przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz koszty wszystkich niezbędnych do realizacji zadania ubezpieczeń."

poprzez nadanie mu następującej treści:

***„Z zastrzeżeniem wyjątków wyraźnie przewidzianych w umowie, jak i na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego,** wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pozostanie niezmiennie w całym okresie obowiązywania Umowy i obejmuje: wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją Umowy, w tym między innymi, ale nie wyłącznie, koszty zaplecza, placu budowy, koszty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, wszelkich dostaw objętych Umową, ich konserwacji, serwisu, naprawy, ресурсu, kosztów wykonania obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi, wszystkie opłaty, podatki (w tym podatek od towarów i usług), wynagrodzenie za przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz koszty wszystkich niezbędnych do realizacji zadania ubezpieczeń."*

- (8) **W odniesieniu do postanowienia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 pkt. 1) lit. a) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:**

„1. Na podstawie art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przewiduje:

1) przedłużenie terminu wykonania Umowy, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:

a) przyczyn zależnych od Zamawiającego;

[...]"

poprzez nadanie mu następującej treści:

*„1. Na podstawie art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przewiduje **zmianę umowy w niżej wymienionym zakresie i w przypadku zaktualizowania się wskazanych niżej przesłanek:***

1) przedłużenie terminu wykonania Umowy, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:

*a) przyczyn zależnych od Zamawiającego **lub przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w tym przyczyn za których wystąpienie Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;***

[...]”

- (9) **W odniesieniu do postanowienia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 14 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. postanowienia o treści:**

„14. Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że po upływie 12 miesięcy obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej dotyczących miesiąca przypadającego dokładnie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, wynikać będzie, iż wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem roku ubiegłego (wskaźnik dotyczący miesiąca, w którym została zawarta umowa), wzrośnie lub spadnie o więcej niż 10%, każdej ze Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem dotyczącym miesiąca przypadającego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy a wskaźnikiem dotyczącym miesiąca zawarcia umowy (analogicznego miesiąca z roku ubiegłego). Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za prace zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do prac, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 15%.”

i zastąpienie ww. postanowienia postanowieniem następującej treści:

„14. Stosownie do art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych Strona przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, na pisemny wniosek Strony, zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

- 1) wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w **oparciu o miesięczne wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej** publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (odpowiednio: „**Wskaźnik Cen**” i „**Prezes GUS**”);
- 2) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji o **zmianę Wskaźnika Cen** w okresie realizacji umowy – od momentu jej zawarcia do zakończenia realizacji wszystkich prac objętych umową, w tym:
 - a. **pierwsza waloryzacja nastąpi po 6 miesiącach od podpisania umowy** i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy; jeżeli jednak umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert, nie dzień podpisania umowy;
 - b. **każda kolejna waloryzacja dokonywana będzie po upływie 3 miesięcy od poprzedniej waloryzacji** i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji;
- 3) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w sytuacji, gdy ostatni opublikowany Wskaźnik Cen zmieni się (narastająco) w stosunku do ostatniego opublikowanego Wskaźnika Cen przed podpisaniem umowy o poziom przekraczający **1,3%**;
- 4) strona po spełnieniu przesłanek wskazanych w pkt 1-3 może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia w wysokości wynikającej z wyliczenia:

$$A \times (B\% - 1,3\%) = C$$

gdzie:

A – wartość wynagrodzenia umownego Wykonawcy na dzień podpisania umowy

B – suma wartości opublikowanych Wskaźników Cen w okresie od dnia podpisania umowy do dnia złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego.

C – wartość zmiany wynagrodzenia umownego Wykonawcy.

- 5) strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia;
- 6) łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie

może być wyższa niż **15%** w stosunku do pierwotnej wartości umowy.

7) zmiana wynagrodzenia w oparciu o niniejszy ustęp wymaga zgodnej woli obu stron wyrażonej aneksem do umowy.

(10) **W odniesieniu do postanowienia § 16 [Kary umowne] ust. 1 pkt. 1)-19) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:**

„1. Za niewykonanie lub nie należyte wykonanie Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za odstąpienie od Umowy z przyczyn, leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy;

2) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki licząc od terminu końcowego realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 3 ust. 1 Umowy;

3) za zwłokę w realizacji Kamieni Milowych, o których mowa w § 3 ust. 2 - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczonego dla każdego przypadku, [...]

7) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 8 ust. 2 pkt 5 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

8) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 4 ust. 7 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

9) za zwłokę w usunięciu nieistotnych wad, o których mowa w § 11 ust. 5 pkt 1 lit. a w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru robót budowlanych – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto netto określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdego rodzaju wady;

10) za zwłokę w usunięciu wad w ramach rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdej wady;

11) za każdy przypadek niewypłacenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo – w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy; [...]

15) za niewykonanie obowiązków wskazanych w § 10 ust. 2 lub 3 – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

16) za zwłokę w terminie realizacji czynności serwisowych, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. 33 Umowy – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez Wykonawcę usługi dla każdego urządzenia w odniesieniu do terminów określonych w harmonogramie gwarancyjno-serwisowym stanowiącym zawartość dokumentacji powykonawczej;

17) za zwłokę w przedstawieniu dokumentu (polisy) potwierdzającego posiadanie kontynuacji wymaganego ubezpieczenia na zasadach wynikających z § 22 Umowy - w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki; [...]"

poprzez nadanie mu następującej treści:

„1. Za niewykonanie lub nie należyte wykonanie Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za odstąpienie od Umowy z przyczyn, leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy;

2) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki licząc od terminu końcowego realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 3 ust. 1 Umowy;

3) za zwłokę w realizacji Kamieni Milowych, o których mowa w § 3 ust. 2 - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczonego dla każdego przypadku, [...]

7) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 8 ust. 2 pkt 5 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

8) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 4 ust. 7 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

9) za zwłokę w usunięciu nieistotnych wad, o których mowa w § 11 ust. 5 pkt 1 lit. a w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru robót budowlanych – w wysokości **0,001% wartości usuniętej wady wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy** – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdego rodzaju wady;

10) za zwłokę w usunięciu wad w ramach rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto**

określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdej wady;

11) za każdy przypadek niewypłacenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo – w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy; [...]

15) za niewykonanie obowiązków wskazanych w § 10 ust. 2 lub 3 – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

16) za zwłokę w terminie realizacji czynności serwisowych, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. 33 Umowy – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez Wykonawcę usługi dla każdego urządzenia w odniesieniu do terminów określonych w harmonogramie gwarancyjno-serwisowym stanowiącym zawartość dokumentacji powykonawczej;

17) za zwłokę w przedstawieniu dokumentu (polisy) potwierdzającego posiadanie kontynuacji wymaganego ubezpieczenia na zasadach wynikających z § 22 Umowy - w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki; [...]"

(11) **W odniesieniu do postanowienia § 16 [Kary umowne] ust. 4 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:**

„4. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

*„4. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć ~~20~~ 15% wynagrodzenia umownego **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”*

(12) **W odniesieniu do postanowień § 19 [Odstąpienie od Umowy] ust. 1 pkt. 1), 2), 3) i 8) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowień o treści:**

1. Niezależnie od uprawnień Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa, Zamawiający może odstąpić od Umowy w części lub w całości jeżeli:

1) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn przerywa wykonywanie prac objętych Umową na okres przekraczający 14 dni;

- 2) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej więcej niż 21 dni w stosunku do terminów określonych w § 6 ust. 1;
- 3) Wykonawca, bez uzasadnionego usprawiedliwienia, naruszy obowiązek wykonywania określonych funkcji lub stanowisk przez którąkolwiek z osób wskazanych w Załączniku 2A do Umowy;
- 4) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z Kamieni Milowych, określonych w Załączniku do PFU o więcej niż 30 dni;
- 5) Wykonawca podzleci całość przedmiotu Umowy lub którykolwiek jego element niewskazany w ofercie Wykonawcy jako mający podlegać powierzeniu bez zgody Zamawiającego;
- 6) Wykonawca naruszy obowiązki związane z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w związku z czym Zamawiający dokona, co najmniej dwukrotnej bezpośredniej zapłaty lub bezpośredniej zapłaty albo bezpośrednich zapłat na łączną sumę większą niż 5% wartości Umowy brutto podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
- 7) Wykonawca, z naruszeniem przepisów prawa, wręczy lub zaproponuje pośrednio lub bezpośrednio wręczenie jakiegokolwiek osobie korzyści materialnych w celu nakłonienia jej do działania lub wstrzymania się od działania związanego z Umową;
- 8) przedmiot Umowy zawiera niedające się usunąć wady istotne, w tym uniemożliwiające uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a Wykonawca nie usunie ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Niezależnie od uprawnień Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa, Zamawiający może odstąpić od Umowy w części lub w całości jeżeli:

- 1) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn przerywa wykonywanie prac objętych Umową na okres przekraczający 14 dni i **nie podejmuje wykonywania prac pomimo uprzedniego otrzymania pisemnego wezwania Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał termin na podjęcie wykonywania prac nie krótszy niż 7 dni;**
- 2) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej więcej niż **30 ~~21~~** dni w stosunku do terminów określonych w § 6 ust. 1;
- 3) Wykonawca, bez uzasadnionego usprawiedliwienia, naruszy obowiązek wykonywania określonych funkcji lub stanowisk przez którąkolwiek z osób wskazanych w Załączniku 2A do Umowy i **nie zaprzestanie dopuszczania się konkretnego naruszenia pomimo uprzedniego otrzymania pisemnego wezwania Zamawiającego**

do prawidłowego wykonywania obowiązków umownych, a w którym Zamawiający wskaże naruszenie, którego dopuszcza się Wykonawca;

4) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z Kamieni Milowych, określonych w Załączniku do PFU o więcej niż 30 dni;

5) Wykonawca podzleci całość przedmiotu Umowy lub którykolwiek jego element niewskazany w ofercie Wykonawcy jako mający podlegać powierzeniu bez zgody Zamawiającego;

6) Wykonawca naruszy obowiązki związane z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w związku z czym Zamawiający dokona, co najmniej dwukrotnej bezpośredniej zapłaty lub bezpośredniej zapłaty albo bezpośrednich zapłat na łączną sumę większą niż 5% wartości Umowy brutto podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;

7) Wykonawca, z naruszeniem przepisów prawa, wręczy lub zaproponuje pośrednio lub bezpośrednio wręczenie jakiegokolwiek osobie korzyści materialnych w celu nakłonienia jej do działania lub wstrzymania się od działania związanego z Umową;

8) przedmiot Umowy zawiera niedające się usunąć wady istotne, w tym uniemożliwiające uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a Wykonawca nie usunie ich w **wyznaczonym uzgodnionym przez Zamawiającego Strony odpowiednim terminie.**"

- II. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp **wnoszę o** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.
- III. Na podstawie art. 573 Pzp **wnoszę o** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił Zamawiający w dokumentach Postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia. Nadmierne wymogi w zakresie spełnienia warunku udziału oraz kryteriów oceny ofert czynią postanowienia SWZ niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi przepisami i wykluczają udział wykonawcy w Postępowaniu. Odwołujący, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty i zawarciem umowy, posiada zatem interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Treść ogłoszenia o zamówieniu wraz ze Specyfikacją Warunków Zamówienia („**SWZ**”) została opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego Postępowania w dniu 23 maja 2024 roku, co oznacza (przy uwzględnieniu dyspozycji art. 509 ust. 2 Pzp), że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 3 czerwca 2024 roku.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2024 roku pod numerem 304354-2024, numer wydania Dz.U. S: 99/2024.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na realizację zadania inwestycyjnego na budowę budynku dydaktyczno-naukowego pn. *Collegium Varia i garażu naziemnego wielokondygnacyjnego w formule „zaprojektuj i wybuduj”*. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 23 maja 2024 roku poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej prowadzonego Postępowania. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 Pzp.
2. Zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia („**OPZ**”) zawartego w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz załącznikach do niej, w tym Programie Funkcjonalno-Użytkowym („**PFU**”) - przedmiotem zamówienia jest budowa nowego budynku wolnostojącego 4-kondygnacyjnego niepodpiwniczonego, o zwartej zabudowie prostopadłościennej, który ma służyć do celów dydaktycznych. Przejawem funkcji dydaktycznej budynku jest m.in. zapewnienie laboratorium CAR-T i laboratorium genetycznego UCDN, które muszą znajdować się na tej samej kondygnacji.
3. Odwołujący pragnie w tym miejscu zasignalizować, że obowiązek lokalizacji w nowopowstałym budynku rzeczonych laboratoriów wpływa w niebagatelny sposób na treść warunków udziału w Postępowaniu oraz kreację kryteriów oceny ofert w Postępowaniu (o czym będzie szerzej mowa poniżej).
4. Szczegółowy, zakładany na tym etapie Postępowania przez Zamawiającego, rozkład pomieszczeń został zaprezentowany w projekcie koncepcyjnym stanowiącym załącznik do PFU, którego wyciąg Odwołujący przedkłada poniżej:

Rozkład poszczególnych jednostek dydaktyczno-naukowych na poszczególnych kondygnacjach projektowanego budynku.

KONDYGNACJA	<u>Jednostki dydaktyczno-naukowe</u>
TRZECIE PIĘTRO	KATEDRA BIOFIZYKI SALE SEMINARYJNE
DRUGIE PIĘTRO	KATEDRA CHOROÓB OCZY I OPTOMETRY POŁOŻNICTWO KATEDRA PIELĘGNIARSTWA SALE SEMINARYJNE
PIERWSZE PIĘTRO	KATEDRA I ZAKŁADA BIOLOGII KOMÓRKI CENTRUM NAUCZANIA W JĘZYKU ANGIELSKIM SALE SEMINARYJNE/ STREFA RELAKSU DLA STUDENTÓW
PARTER	LABORATORIUM GENETYCZNE UCDN LABORATORIUM TERAPII CAR-T STREFA WEJŚCIA POM. TECHNICZNE

5. Zamawiający, w treści dokumentów zamówienia, określił warunki brzegowe, jakie muszą spełniać rzeczne laboratoria, aby czyniły one zadość jego wymaganiom. Wymagania te zostały opisane m.in. w załączniku nr 1.9 i 1.10. do PFU. Pomimo tego, że na przedmiot zamówienia składa się wykonanie wielokondygnacyjnego obiektu budowlanego (złożonego z pomieszczeń o różnej funkcjonalności oraz przeznaczeniu) z analizy treści dokumentów zamówienia wynika, że **Zamawiający szczególnie istotną wagę przykładają do pomieszczeń, które mają zostać zaadaptowane na laboratoria**, gdyż to im poświęca obszerną część dokumentów składających się na OPZ.
6. W dalszej części pisma zostanie wykazane, że specjalistyczne laboratoria wskazane przez Zamawiającego (w tym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu) są wykonywane nie tylko na rzecz szkół wyższych czy w ramach budynków przeznaczonych na cele użyteczności publicznej **lecz również na rzecz podmiotów komercyjnych**.
7. Pomimo tego, że przeznaczenie (funkcja) wymienionych powyżej laboratoriów, niezależnie od tego czy korzystają z nich podmioty prywatne czy też publiczne, jest taka sama – Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, które ograniczają konkurencję (**tworzą barierę w dostępie do uzyskania zamówienia**) w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

8. W ramach przedmiotowego odwołania Odwołujący ma zamiar oprotestować tego typu działanie wraz ze wskazaniem pożądaných przez rynek rozwiązań, które mają na celu poszerzenie konkurencji (otwarcie dostępu do zamówienia) przy jednoczesnym uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego, związanych z należyty i terminowym wykonaniem zamówienia (dających rękojmię jego wykonania w taki właśnie sposób).

II. UZASADNIENIE PRAWNE

II.1. Zasady konstruowania warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych

9. W pierwszej kolejności Odwołujący informuje, że formułując zarzuty odwołania w zakresie dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu oraz kryterium oceny oferty miał na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim referuje ono do przedmiotowej materii.
10. W tym zakresie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 roku (sygn. KIO 844/23) w którym Izba stwierdziła, że: *„postawienie jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia ogranicza konkurencję w tym sensie, że zawęży krąg wykonawców mogących złożyć oferty do wykonawców, którzy posiadają określone doświadczenie. Okoliczność, że jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie spełnia warunku, nie zobowiązuje do obniżenia wymogów przez zamawiającego. Warunek udziału w postępowaniu określa się w korelacji do przedmiotu zamówienia, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy”*.
11. W innym wyroku Izba uznała z kolei, że *„Oceny proporcjonalności warunku, zawsze dokonywać należy w odniesieniu do przedmiotu świadczenia wykonawcy, w oparciu o który można zidentyfikować minimalne poziomy zdolności dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Obowiązek ustanawiania warunków udziału w postępowaniu jako minimalnych poziomów zdolności, nie wyklucza jednak bynajmniej ustanawiania warunków odzwierciedlających wysokie kompetencje wykonawców, czy pewnego rodzaju (nawet specyficzne) zestawienie koniecznych kompetencji, o ile korelowały one będą z przedmiotem zamówienia: Zamawiający przede wszystkim powinien kierować się koniecznością wyboru wykonawcy, który będzie miał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem zdolnego do zrealizowania zamówienia, nie zaś wyłącznie tym, aby Odwołujący miał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu”*. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 roku, sygn. KIO 636/23).
12. Z przywołanych orzeczeń wynika, że Zamawiający ma dosyć sporą swobodę w ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile są one związane z przedmiotem zamówienia. Warunki te mogą być nawet w pewnych przypadkach zawyżone, ale o ile jest to podyktowane charakterem zamówienia. W przypadku, gdy Zamawiający nie jest w stanie wykazać takiej koherencji (co zdaniem Odwołującego ma miejsce w niniejszej sprawie) warunek winien zostać uznany za „nadmiarowy” i nieuzasadniony (o czym mowa poniżej).

13. **Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do ustalenia warunków udziału w Postępowaniu w sposób adekwatny do Jego uzasadnionych oczekiwań, wszak jest to Jego prymarne uprawnienie jako dysponenta postępowania o udzielenie zamówienia. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może formułować warunki udziału w Postępowaniu w sposób całkowicie dowolny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieadekwatny do niego** (tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie). Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być bowiem adekwatne do przedmiotu zamówienia, co z jednej strony pozwala na zadośćuczynienie wymogom zamawiającego co do pozyskania podmiotu zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś nie ogranicza dostępu do zamówienia innym wykonawcom w sposób nieuzasadniony (co stanowiłoby jawne naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).
14. Powyższe rozważania były przedmiotem wielokrotnych analiz ze strony Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoim orzecznictwie precyzyjnie wypowiedziała się na temat zasad konstruowania przez zamawiających publicznych treści warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w pełnym zakresie w toku prac nad treścią SWZ.
15. W orzecznictwie Izby podnosi się, że *„warunki udziału w postępowaniu wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego.”* (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2024 roku, sygn. KIO 163/24).
16. Do podobnych konkluzji Izba doszła również w wyroku z dnia z dnia 5 marca 2021 roku (sygn. KIO 418/21) stwierdzając przy tym, że *„Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, **których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.**”*
17. W wyroku Izby z dnia 1 lutego 2021 roku (sygn. KIO 33/21) możemy natomiast przeczytać, że *„Zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy, tj. uzasadnionych wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.”*
18. Finalnie, w wyroku z dnia 16 września 2020 roku (sygn. KIO 2023/20) uznano, że: *„Warunki udziału w postępowaniu służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W związku z tym muszą być tak określone, aby możliwe było osiągnięcie celu ich postawienia, tj. aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Jednocześnie nie mogą to być warunki nadmierne,*

nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wynika to z art. 22 ust. 1a p.z.p., który stanowi, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności."

19. Z konglomeratu ww. orzeczeń wynika, że obowiązkiem każdego zamawiającego publicznego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby były one proporcjonalne do jego przedmiotu i gwarantowały wybór wykonawcy dającego rękojmię wykonania zamówienia w sposób należyty. Z orzeczeń tych nie wypływa jednak teza, aby treść warunku (sensu stricte) pokrywała się z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Treść warunku ma być de facto „wypośrodkowana” w taki sposób, aby umożliwić realizację słuszných interesów zamawiającego przy jednoczesnym zapewnieniu dostępu do zamówienia przedsiębiorcą (w tym małym i średnim przedsiębiorcą, co jest istotne z punktu widzenia dyrektywy zamówieniowej).
20. W kontekście powyższych rozważań warto również zwrócić uwagę na wyrok Izby z dnia 18 marca 2024 roku (sygn. KIO 545/24), w którym stwierdzono, że *„Ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia."*
21. Na kwestię powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia zwraca również uwagę literatura przedmiotu, w której możemy przeczytać, że: *„Określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze więc punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. **Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia.** Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia jego zastosowania (nie istnieje dopuszczalny ustawowo cel, jakiemu miałby on służyć). Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko – jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc powiązać warunki ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia."* (por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 112.).
22. W ocenie Odwołującego, na podstawie przedstawionego powyżej zestawienia okoliczności i wytycznych związanych z interpretacją przepisów Prawa zamówień publicznych, należy uznać, że związanie warunku z przedmiotem zamówienia rozumieć należy jako takie jego sformułowanie, które w swojej treści nawiązuje

wprost do nabywanego przez instytucje zamawiające przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych. **Istotne jest, aby stopień powiązania nie określał konieczności wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia.**

23. Z punktu widzenia zamawiającego wystarczające powinno być bowiem ustalenie, iż wykonawca zrealizował zamówienia, których zasadnicze cechy zbieżne są tym, które powierzyć zamierza zamawiający. Dlatego też, że „*związek z przedmiotem zamówienia*” rozpatrywać należy przez pryzmat punktów styčných pomiędzy treścią warunku a przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia.
24. Naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zakresie „*związku z przedmiotem zamówienia*” zatem polega na takim sformułowaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który, poprzez nadmierne nawiązanie do szczegółów przedmiotu zamówienia, stanowi istotne ograniczenie w dostępie do postępowania. **Taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku sprowadza się bowiem w swej istocie do wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem czy potencjałem posiadającym cechy tożsame z przedmiotem zamówienia.** Tymczasem istota warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji przyszłego zamówienia, nie natomiast weryfikacji czy w swoim portfolio posiada on doświadczenie czy potencjał zbieżny z przedmiotem zamówienia w zakresie elementów niemających znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia.
25. Powyższe rozumienie zasad związanych z formułowanie warunków udziału w postępowaniu potwierdza orzecznictwo Izby. W wyroku z dnia 30 listopada 2014 roku Izba stwierdza bowiem, że: „*Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia*”. Z kolei w orzeczeniu z dnia 5 września 2014 roku (sygn. KIO/KU 74/14) Izba wskazuje, że: „*związanie z przedmiotem zamówienia*” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia”. W uchwale z dnia 6 grudnia 2011 roku (sygn. KIO/KD 76/12) Izba nie pozostawia wątpliwości, iż „*domaganie się przez zamawiającego doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone*”.
26. **Innymi słowy: Kreując warunki udziału w Postępowaniu Zamawiający nie może ich określić w sposób odpowiadający 1:1 treści przyszłego świadczenia wykonawcy. Skonstruowanie warunku w taki sposób byłoby wprost niezgodne z przepisami Pzp oraz zasadami udzielania zamówień publicznych z nań wynikającymi.**
27. Odrębnej ocenie podlega wywiązanie się przez zamawiającego z postawienia warunku uwzględniającego regułę proporcjonalności. To pojęcie oznacza, iż opis oceny spełnienia warunków powinien być adekwatny od osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

28. Proporcjonalność (adekwatność) utożsamiana jest w orzecznictwie z uprawnieniem do wyznaczenia warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. **Prawo zamawiającego, jakim jest określanie poziomu warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ogranicza się więc do ustalenia poziomu zapewniającego zamawiającego, że wybrany wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie zgodnie z jego warunkami.**
29. Nie może budzić najmniejszych wątpliwości, iż zamawiający, decydując się na jakiegokolwiek uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadza do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jak wskazane zostało powyżej, uprawnienie gospodarza postępowania w tym zakresie nie budzi wątpliwości. **Te pojawiają się dopiero w momencie, w którym poziom ustalonych przez zamawiającego wymogów narusza omówione powyżej dyrektywy powiązania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności.**
30. Z analogicznymi obostrzeniami należy liczyć się na etapie formułowania kryteriów oceny ofert. Odwołujący podkreśla, że jest świadom prawa, które instytucjom zamawiającym przysługuje na gruncie kształtowania kryteriów oceny ofert. Podnieść należy jednak, że uprawnienia zamawiających w zakresie kryteriów oceny ofert nie są nieograniczone. Już bowiem z treści art. 240 Pzp wynika, że winny być one określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ponadto, jak wskazuje art. 241 ust. 1 Pzp muszą być one powiązane z przedmiotem zamówienia. Bezsporne jest również, że kryteria (podobnie jak wszelkie inne mechanizmy stosowane przez zamawiających na gruncie regulacji wynikających z Pzp) muszą być kształtowane z poszanowaniem reguł wynikających z art. 16 Pzp, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie, przejrzystość i przede wszystkim, proporcjonalność.
31. Kryteria oceny ofert winny być ukształtowane w taki sposób, aby, dając zamawiającemu możliwość premiowania spełnienia przez wykonawców określonych wymagań, gwarantowały jednocześnie rzetelną i faktyczną konkurencyjność pomiędzy wykonawcami. Zatem nieproporcjonalne (a przy tym naruszające uprawnienia, z których korzysta zamawiający) będą takie kryteria oceny ofert, które np. premią nadmierne (a więc niewpływające na realizację przyszłego zamówienia) parametry, czy też takie, które w istocie nie pozwalają na uznanie, że wykonawca deklarujący ich spełnienie rzeczywiście w jakikolwiek sposób gwarantuje lepsze wykonanie zamówienia.
32. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r.¹, w którym Izba stwierdza: *„Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1*

¹ Sygn. KIO 1611/18

*p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że **zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji***. Na konieczność analizy sytuacji rynkowej i kształtowania kryterium z uwzględnieniem wyników tej analizy zwraca uwagę Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku.²

33. Jak zostanie wykazane poniżej warunki udziału w Postępowaniu oraz kryteria oceny oferty zostały sformułowane przez Zamawiającego z naruszeniem ww. zasad, a więc zostały określone w sposób nieproporcjonalny, który bezpodstawnie ogranicza krąg podmiotów, który może uzyskać i wykonać przedmiotowe zadanie.

II.2. Doświadczenie referencyjne wymagane przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym laboratoriów można zdobyć przy realizacji inwestycji na rzecz podmiotów prywatnych (komercyjnych).

34. Oceniając warunki udziału w Postępowaniu określone w Rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b i c) SWZ oraz w Rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ należy zauważyć, że Zamawiający referuje w nich do „budynku przeznaczonego na cele dydaktyczne” oraz „budynku użyteczności publicznej”.
35. W ocenie Odwołującego takie zawężenie rodzaju budynków (szerzej: inwestycji), które mogą posłużyć na potwierdzenie spełnienia danego warunku udziału w Postępowaniu, biorąc m.in. pod uwagę uwarunkowania rynkowe oraz cel, jaki winien przyświecać Zamawiającemu (tj. pozyskanie wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty i staranny) jest nieproporcjonalne w świetle zaprezentowanych powyżej dyrektyw związanych z kreacją warunków udziału w Postępowaniu.
36. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wykonanie pomieszczeń laboratoriów o zakresie i funkcjonalności, jakiej wymaga Zamawiający jest procesem wybitnie sformalizowanym, którego przebieg określają obowiązujące przepisy prawa.
37. Wybudowanie budynku i zaadaptowanie w nim odpowiedniego pomieszczenia na potrzeby laboratorium jest jedynie pierwszym krokiem w jego stworzeniu, gdyż takie pomieszczenie musi posiadać m.in. odpowiednią wentylację, klasę czystości oraz odpowiednią certyfikację, częstokroć przyznawaną przez niezależne jednostki certyfikujące. Rodzaj budynku (np. na cele użyteczności publicznej) nie ma więc żadnego znaczenia dla uznania, że dane laboratorium posiada bądź nie określone parametry lub funkcje – gdyż one, jak zostało wspomniane powyżej, wynikają z obowiązujących przepisów. Odwołujący pragnie podkreślić, że laboratorium nie jest „chodnikiem”, który może zasadniczo wybudować każdy podmiot trudniący się wykonywaniem robót budowlanych, lecz wyłącznie taki, który posiada w tym

² Sygn. KIO 426/13

zakresie odpowiednie „know-how”, które nie musi być przecież zdobyte w ramach wykonania budynków użyteczności publicznej lub przeznaczonych na cele dydaktyczne.

38. Takie ograniczenie jest w tym konkretnym wypadku sztuczne, pozbawione logiki i ograniczające w znacznym stopniu liczbę podmiotów, które mogą uzyskać przedmiotowe zamówienie. Aby nie być gołosłownym w powyższym zakresie poniżej Odwołujący przedstawia tabelę, z której wynika zestawienie danego warunku udziału w Postępowaniu z zakresem inwestycji realizowanych na rzecz podmiotów komercyjnych:

Collegium Varia, wymagania projektowe	Inwestycje komercyjne (realizowane na rzecz podmiotów prywatnych), które mają za przedmiot pomieszczenie laboratorium
<p>Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku dydaktycznego uczelni wyższej⁵ o wartości kosztorysowej co najmniej 50.000.00,00 zł brutto, przy czym w budynku zaprojektowano m.in. pracownie do pracy z tkankami oraz sale seminaryjne</p>	<p>Centrum Badawczo Rozwojowe CBR Synthaverse Lublin (nie jest to projekt użyteczności publicznej) w jego ramach został wykonany projekt wykonawczy oraz projekt technologiczny, wraz z kosztorysami inwestorskimi - na podstawie "zamiennej dokumentacji" budynek uzyskał Pozwolenie na budowę oraz został wybudowany i uzyskał Pozwolenie na użytkowanie.</p> <p>W budynku występują pomieszczenie o zróżnicowanej klasie czystości szara, D, C, B i A (system nawiewów laminarnych), systemy BMS, RMS oraz kaskada ciśnień. Wszystkie te cechy które wymagane są przy laboratoriach CAR-T Collegium Varia. Projekt został skwalifikowany, przeszedł DQ i na jego podstawie została wykonana kwalifikacja IQ/OQ. Klient/Użytkownik sam wykonuje PQ oraz GIF.</p>
<p>Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla nowego budynku użyteczności publicznej, w którym zaprojektowano m.in. laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości min. B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie</p>	<p>ONKO Synthaverse Lublin – w ramach tej inwestycji został wykonany projekt wykonawczy oraz projekt technologiczny, wraz z kosztorysami inwestorskimi oraz na podstawie dokumentacji budynek uzyskał Pozwolenie na budowę oraz został wybudowany i uzyskał Pozwolenie na użytkowanie.</p> <p>W budynku występują pomieszczenie o zróżnicowanej klasie czystości szara, D, C, B i A (system nawiewów laminarnych jako pomieszczenie, spełniamy klasę II MSC), systemy BMS, RMS oraz kaskada ciśnień, śluzy osobowe, osobowo-towarowe, wentylacja wyposażona w filtry HEPA. Wszystkie te cechy które wymagane są przy laboratoriach CAR-T Collegium Varia.</p>

różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami.

Budynek jest obiektem produkcji farmaceutycznej. Projekt został skwalifikowany, przeszedł DQ i na jego podstawie została wykonana kwalifikacja IQ/OQ. Klient/Użytkownik sam będzie wykonywał PQ oraz GIF.

39. Ponadto, na rynku inwestycji tożsamy z tą objętą przedmiotem zamówienia należy wskazać chociażby nw. inwestycje, które zostały zaprojektowane przez podmioty, które posiadają adekwatne doświadczenie związane z zaprojektowaniem budynków w których zaadaptowano pomieszczenia na potrzeby laboratoriów (w zakresie tożsamym lub lepszym niż wymaga tego Zamawiający):
- (a) Budynek Produkcyjny Form Sterylnych Oraz Badawczo – Naukowy, Tarchomińskie Zakłady Farmaceutyczne Polfa S.A.,
 - (b) ONKO BCG Budynek Produkcyjny, Synthaverse S.A.,
 - (c) CBR, Centrum Badawczo – Rozwojowe, Synthaverse S.A.,
 - (d) Gdański Park Naukowo – Technologiczny, Pomorska Specjalna Strefa Ekonomiczna Sp. z o.o.,
 - (e) Centrum Produkcyjno – Logistyczne Duchnice, Polpharma Biologics,
 - (f) Mabion S.A., Konstantynów Łódzki, Zakład Produkcyjny,
 - (g) Firma Farmaceutyczna Celon Pharma S.A.,
 - (h) Laboratoria Biotechnologiczne Gdańsk, Polpharma Biologics,
 - (i) Gedeon Richter Polska Sp. z o.o.,
 - (j) Zakład Produkcyjny Grodzisk Mazowiecki,
 - (k) Adamed Pharma S.A., Zakład Produkcyjny Ksawerów.
40. Wymienione powyżej inwestycje posiadają wystandaryzowane laboratoria, które odpowiadają (co najmniej) wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotowego zadania. Jednocześnie, w ramach tych bądź podobnych zadań inwestycyjnych budynki te posiadają również sale seminaryjne, których wymóg posiadania został ujęty w treści warunków udziału w Postępowaniu.
41. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że na otwartym rynku istnieje znaczna ilość inwestycji, których wykonanie umożliwia potwierdzenie spełnienia każdego z warunków z osobna, niemniej z niewiadomych względów zostało wyłączone przez Zamawiającego z Postępowania. W ocenie Odwołującego takie działanie nie znajduje uzasadnienia w treści obowiązujących przepisów i jest niekorzystne dla Zamawiającego, który ogranicza krąg podmiotów zdolnych wykonania zamówienia do niewielkiego odsetka, który z całą pewnością wpłynie na finalną cenę zamówienia.
42. Należy w tym miejscu podnieść, że przedmiotowe Postępowanie jest drugim, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia. Zamawiający we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego również odniósł się do

budynków użyteczności publicznej – co sztucznie ograniczyło konkurencję, a w konsekwencji doprowadziło do tego, że w tamtym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, o kwocie znacznie przewyższającej budżet, jakim dysponował Zamawiający na sfinansowanie zamówienia. Pokazuje to tylko, że sposób ukształtowania warunków udziału w danym postępowaniu nie może być nadmierny, gdyż będzie skutkował właśnie takimi anomaliami (jedną ofertą) jak ta opisana powyżej.

II.3. Warunki udziału w Postępowaniu zostały określone przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia

43. Zamawiający w treści SWZ przewidział trzy warunki udziału w Postępowaniu, które odwołują się do obowiązku dysponowania doświadczeniem lub personelem, który uczestniczył przy wykonywaniu zamówień związanych z budową nowego budynku (a) dydaktycznego uczelni wyższej albo (b) użyteczności publicznej. Wymogi w tym zakresie zostały przewidziane w:

- (a) rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b) SWZ:

*„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla **nowego budynku³ dydaktycznego uczelni wyższej⁵** o wartości kosztorysowej co najmniej 50.000.00,00 zł brutto, przy czym w budynku zaprojektowano m.in. pracownię do pracy z tkankami oraz sale seminaryjne”*

- (b) rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. c) SWZ:

*„Co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się co najmniej z projektu budowlanego¹, projektu wykonawczego² i projektu technologicznego, wraz z kosztorysami inwestorskimi i uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) dla **nowego budynku³ użyteczności publicznej⁴**, w którym zaprojektowano m.in. laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości min. B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną, wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami.”*

- (c) rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ:

*„Doświadczenie projektowe z okresu ostatnich pięciu lat, polegające na opracowaniu co najmniej jednego projektu technologicznego dla budowy **nowego budynku³ użyteczności publicznej⁴**, w którym zaprojektowano m.in. laboratorium z co najmniej jednym pomieszczeniem o klasie czystości min. B w technologii pomieszczeń czystych, tj. obejmującej śluzy osobowe, śluzy materiałowe, komory laminarne co najmniej II klasy MSC6 oraz zastosowano dedykowaną dla tych pomieszczeń wentylację mechaniczną,*

wyposażoną w filtry HEPA i odpowiednie różnicowanie ciśnienia pomiędzy pomieszczeniami."

44. Analizując treść tak postawionych warunków nie sposób nie dostrzec, że są one próbą dostosowania treści warunku pod opis przedmiotu zamówienia 1:1. Innymi słowy Zamawiający zdaje się oczekiwać, że przyszły wykonawca zamówienia objętego Postępowaniem wykonał w przeszłości obiekt o tożsamych parametrach i funkcjonalnościach jak ten, który ma dopiero zostać wykonany. W tej materii Zamawiający odwołuje się do konieczności posiadania przez określone kategorie budynków (dydaktyczne, użyteczności publicznej) pomieszczeń przeznaczonych na laboratoria.
45. W tym miejscu należy zwrócić jednak uwagę, że o funkcjonalności (użyteczności) danego laboratorium nie decyduje to, w jakim >>rodzaju<< budynku się ono znajduje (jest to sprawa wtóra, w zupełności indyferentna). Należy bowiem dostrzec, że sposób wykonania (pomieszczeń) laboratoriów wyznaczony jest normami powszechnie obowiązującego prawa. Jeżeli dane laboratorium powstanie w budynku, który nie jest obiektem użyteczności publicznej – to w dalszym ciągu będzie spełniało dokładnie takie samo normy i kryteria. Jest to cecha immamentna, której nie sposób rozdzielić.
46. Jak zostało wykazane powyżej doświadczenie związane budową nowych budynków, w których znajdują się pomieszczenia zaadaptowane na potrzeby laboratorium, o odpowiednich parametrach technicznych i technologicznych wyposażonych w komory laminarne o klasie określonej przez Zamawiającego, a także wykonane w sposób gwarantujący zachowanie odpowiedniej klasy czystości mogą i są wykonywane na rzecz podmiotów prywatnych (komercyjnych). Budynki powstałe na ich rzecz (siłą rzeczy) nie są zaliczane do budynków przeznaczonych na cele dydaktyczne lub związanych z użytecznością publiczną, niemniej powstałe w nich laboratoria posiadają już zestaw cech, na których zależy Zamawiającemu.
47. Analizując przedmiotową materię należy dostrzec, że w przypadku >>pomieszczeń laboratoriów<< mówimy o wystandaryzowanych pomieszczeniach, których sposób wykonania i eksploatacji określony jest przepisami prawa a nie wolą stron. Z tego powodu budynki wykonane na rzecz podmiotów prywatnych, które posiadają również sale konferencyjne, pozwalają na uznanie, iż doświadczenie zdobyte w toku ich realizacji potwierdza dysponowanie przez danego wykonawcę „know-how” niezbędny do należytego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem (a więc potwierdza, iż daje on rękojmię jego należytego wykonania – a taki jest właśnie cel, który powinien przyświecać kreowaniu treści warunku udziału w Postępowaniu).
48. Poczynione powyżej zastrzeżenia dotyczą również personelu przyszłego wykonawcy zamówienia, który mógł przecież zdobyć analogiczne (adekwatne i wystarczające) doświadczenie w toku realizacji tożsamych inwestycji (do tej objętej przedmiotem Postępowania) na rzecz podmiotów prywatnych.
49. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, konstruując treść ww. warunków udziału w Postępowaniu w sposób całkowicie niezasadny ograniczył możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom, które zdobyły wystarczające (a nawet

większe) doświadczenie referencyjne niż to określone przez Zamawiającego jako minimalne. Gdyby Zamawiający dokonał rzetelnej analizy rynku, w kontekście jego uzasadnionych potrzeb, to musiałby dojść do wniosku, że do wykonania przedmiotu zamówienia nie jest koniecznym wykonanie budynku „o danym przeznaczeniu” lecz takiego, który posiada odpowiednie pomieszczenia (tj. posiadające odpowiednią klasę oraz certyfikację).

50. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. A lit. b i c) SWZ oraz w rozdziale 18 pkt 18.1. ppkt 4) lit. B lit. b) SWZ. Jak zostało wykazane powyżej odwołanie się przez Zamawiającego do określonej funkcji budynku, tj. „na potrzeby dydaktyczne szkolnictwa wyższego” lub „użyteczności publicznej” niezasadnie ogranicza dostęp do uzyskania przedmiotowego zamówienia podmiotom, które zrealizowały analogiczne zadania (obejmujące swym zakresem m.in. wybudowanie pomieszczeń na potrzeby laboratoriów o określonych parametrach i technologii) na rzecz podmiotów prywatnych (komercyjnych).
51. Odwołujący, jak i cały szereg innych podmiotów funkcjonujących na rynku zamówień publicznych, na skutek wprowadzenia powyższych, nadmiarowych wymagań jest pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pomimo tego, iż posiada on doświadczenie oraz personel zdolny do jego terminowego i należytego wykonania zgodnie z intencjami Zamawiającego wyrażonymi w treści dokumentów zamówienia.

II.4. Kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia projektanta zostało określone w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

52. Zamawiający w Rozdziale 15 SWZ pkt 15.1 pkt 3) zd. pierwsze znajdujące się w zamieszczonej tabeli pod nazwą „Doświadczenie projektanta (D)” jako kryterium oceny oferty określił dysponowanie przez danego projektanta doświadczeniem, przy projektowaniu budynków użyteczności publicznej.
53. *„Liczba punktów badanej oferty w kryterium „doświadczenie projektanta” zależna jest od liczby wykonanych w okresie ostatnich 10 lat dokumentacji projektowych (składających się co najmniej z projektu budowlanego¹ i projektu wykonawczego², wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę) nowo budowanego³ budynku użyteczności publicznej⁴, jako projektant budynku w specjalności architektonicznej, przez jedną osobę skierowaną do realizacji niniejszego zadania w funkcji projektanta dokumentacji projektowej specjalności architektonicznej – koordynatora zespołu projektowego, przy czym wartość kosztorysowa robót wynosiła co najmniej 40.000.000,00 zł brutto”*
54. Treść tak postawionego warunku nie koreluje z przedmiotem zamówienia, który jak wskazano w fazie projektowej dotyczy przede wszystkim zaprojektowania budynku na potrzeby utworzenia w nim pomieszczeń laboratoriów.
55. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę, że „Ustalane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie powinny w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich

ustaleniu. Istotne jest bowiem, aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny, a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji." (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 roku, sygn. KIO 172/24).

56. W innym wyroku Izby możemy natomiast przeczytać, że „Kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miała być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. **Ważne jest natomiast, aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy.** Dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2022 roku, sygn. KIO 610/22).
57. Ustalenie przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert dotyczącym zaprojektowania budynków użyteczności publicznej, w sytuacji gdy w treści SWZ wymaga on wprost dysponowania doświadczeniem związanym z wybudowaniem budynków na cele związane z działalnością laboratoriów jest działaniem nieproporcjonalnym, które nie pozwala na konkurowanie pomiędzy wykonawcami >>doświadczeniem<< zdobytym w toku realizacji inwestycji podobnych do tej objętej przedmiotem Postępowania.
58. Z takim działaniem Zamawiającego nie może zgodzić się Odwołujący, który w ramach niniejszego odwołania kwestionuje jego zasadność.

II.5. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 10 [Obowiązek zawarcia umowy o pracę] ust. 1 pkt. 5) Projektu Umowy

59. W odniesieniu do postanowienia § 10 [Obowiązek zawarcia umowy o pracę] ust. 1 pkt. 5) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o wykreślenie w ww. postanowienia o treści:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji czynności w zakresie wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem umowy takich jak:

- 1) roboty przygotowawcze;
- 2) roboty rozbiórkowe;
- 3) roboty konstrukcyjne;
- 4) roboty wykończeniowe;

~~5) montaż instalacji i urządzeń z branży sanitarnej, HVAC oraz elektrycznej, niskoprądowej oraz BMS;~~

- 6) roboty drogowe;

7) zagospodarowanie terenu,

jedynie przy udziale osób, które będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.”

60. Postanowienie przewiduje nadmierne obciążenie Wykonawcy w postaci obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób realizujących montaż instalacji i urządzeń z wyspecjalizowanych branży, tj.:
- (a) branża sanitarna;
 - (b) HVAC (ang. *heating, ventilation, air conditioning*) – branża inżynierii sanitarnej zajmująca się: ogrzewaniem (*heating*), wentylacją (*ventilation*), klimatyzacją (*air conditioning*); w Polsce odpowiednik COWiG – ciepłownictwo, ogrzewnictwo, wentylacja i gazownictwo, specjalizacja kierunku inżynierii środowiska³;
 - (c) branża elektryczna;
 - (d) branża niskoprądowa;
 - (e) BMS (ang. *Building Management System*) – system zarządzania budynkiem lub automatyka budynkowa; system zarządzania systemami automatycznego sterowania funkcjami technicznymi budynku, zwłaszcza w budynku inteligentnym; zadaniem automatyki BMS jest integrowanie instalacji występujących na obiekcie; BMS spaja wszystkie systemy w jedną całość, która pozwala efektywnie i w sposób oszczędny zarządzać całym obiektem z jednego miejsca; BMS kontroluje parametry pracy poszczególnych urządzeń, informuje o problemach i awariach; BMS udostępnia zazwyczaj interfejs graficzny, który w czytelny sposób pozwala na podgląd parametrów pracy oraz zmianę wartości nastawionych⁴.
61. Powyższe nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 95 ust. 1 Pzp, w szczególności **wykonanie ww. czynności nie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p.**⁵
62. Jak zauważają przedstawiciele doktryny:
- „Przepis [tj. art. 95 Pzp – przyp. wł. Odwołującego] nakłada na zamawiającego **obowiązek przeprowadzenia analizy, czy w ramach realizacji zamówienia znajdują się czynności**, których wykonanie może zostać zakwalifikowane jako wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p., i **dopiero** jeżeli wynik tej analizy jest pozytywny, zamawiający ma obowiązek wskazać rodzaj tych czynności do wykonywania w oparciu o stosunek pracy. **W stosunku do innych czynności, które takiego charakteru nie mają i z których specyfiki wynika, że mogą być świadczone w oparciu o umowy cywilnoprawne, jak np. umowa o dzieło, umowa zlecenie lub kontrakt menedżerski, takiego obowiązku nie ma.** Z przepisu wynika, że zamawiający*

³ Za: Wikipedia. Wolna encyklopedia: <https://pl.wikipedia.org/wiki/HVAC> [online: 03.06.2024]

⁴ Za: Wikipedia. Wolna encyklopedia: https://pl.wikipedia.org/wiki/System_zarz%C4%85dzania_budynkiem [online: 03.06.2024]

⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy, Dz.U.2023.1465 t.j. z dnia 2023.07.31 („k.p.”)

*ma obowiązek taki wymóg postawić i nie może w żaden sposób uzależniać tego od woli wykonawcy.*⁶ [wyróżnienia własne Odwołującego]

63. Jak ponadto jednoznacznie zwraca się uwagę⁷:
- (a) Przepis art. 95 Pzp **nie ma zastosowania do czynności wykonywanych w krótkim czasie.**
 - (b) Przepis art. 95 Pzp **nie ma zastosowania do osób, które w ramach realizacji zamówienia będą miały swobodę** (autonomię) w **zakresie wykonywania swojej pracy** oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu (np. programista, biegły rewident, radca prawny, lekarz, osoby wykonujące działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektonicznobudowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego, kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów, wykonywanie nadzoru inwestorskiego, sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych).
64. Mając powyższe na uwadze, ww. czynności osób realizujących montaż instalacji i urządzeń z wyspecjalizowanych branży nie należą do czynności wykonywanych w warunkach typowych dla stosunku pracy.
65. Z powyższych względów, ww. postanowienie podlega wykreśleniu.

II.6. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 11 [Odbiory robót budowlanych] ust. 4 pkt. 4 i 5) Projektu Umowy

66. W odniesieniu do postanowienia § 11 [Odbiory robót budowlanych] ust. 4 pkt. 4 i 5) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę lub wykreślenie ww. postanowienia o treści:

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu razem z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego przedmiotu Umowy:

- 1) kompletną dokumentację powykonawczą, opracowaną zgodnie z wytycznymi zawartymi w PFU;*
- 2) wypełniony dziennik budowy;*
- 3) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonanych robót z projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę oraz przepisami i normami;*
- 4) wszelkie protokoły/opinie/stanowiska (w szczególności służb Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej);*

⁶ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 95. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587870987/757779/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2024-06-03 17:00)

⁷ J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 95. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587942452/739892/nowicki-jozef-edmund-wisniewski-piotr-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd-v?cm=URELATIONS> (dostęp: 2024-06-03 16:59)

5) wszelkie inne dokumenty (w tym oświadczenia Kierownika budowy) konieczne do uruchomienia procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotu Umowy.

Zamawiający dokona weryfikacji kompletności i zawartości dokumentów wymienionych w pkt. 1- 5 powyżej. W przypadku negatywnej oceny, Zamawiający upoważniony jest do zakwestionowania gotowości do odbioru oraz do odmowy przystąpienia do odbioru."

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu razem z wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego przedmiotu Umowy:

- 1) kompletną dokumentację powykonawczą, opracowaną zgodnie z wytycznymi zawartymi w PFU;
- 2) wypełniony dziennik budowy;
- 3) oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonanych robót z projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę oraz przepisami i normami;
- 4) wszelkie protokoły/opinie/stanowiska (w szczególności służb Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej), **których obowiązek przekazana przewidują przepisy prawa powszechnie obowiązującego;**
- 5) wszelkie inne dokumenty, w **których posiadanie Wykonawca wszedł w związku z realizacją Zamówienia** (w tym oświadczenia Kierownika budowy) konieczne do uruchomienia procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotu Umowy.

Zamawiający dokona weryfikacji kompletności i zawartości dokumentów wymienionych w pkt. 1- 5 powyżej. W przypadku negatywnej oceny, Zamawiający upoważniony jest do zakwestionowania gotowości do odbioru oraz do odmowy przystąpienia do odbioru."

67. Zaskarżone postanowienia przewidują obowiązek Wykonawcy przekazania Zamawiającemu **nieokreślonych** – tak w zakresie rodzaju i liczby, jak i podmiotów, od których miałyby pochodzić pochodzenia – **dokumentów**, tj.
 - (a) w przypadku pkt. 4) „wszelkich” protokołów / opinii / stanowisk, a przy tym w szczególności służb Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej;
 - (b) w przypadku pkt. 5) **w postaci „wszelkich innych dokumentów” koniecznych** do uruchomienia procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotu Umowy.
68. Projekt Umowy nie zawiera przy tym w żadnym innym miejscu jakiegokolwiek wykazu / listy dokumentów wchodzących w zakres ww. „kategorii”.
69. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu Umowy, że braki w zakresie ww. „kategorii” dokumentów **upoważniają Zamawiającego do „zakwestionowania gotowości do odbioru”** oraz do odmowy przystąpienia do odbioru.

70. Ogólne jedynie wskazania na nieokreślone i nieznane wykonawcom kategorie dokumentów narusza obowiązek precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia (por. art. 99 ust. 1 Pzp).
71. **Powyższe rozwiązanie w istocie prowadzi do obejścia zasady, zgodnie z którą Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru robót budowlanych.** Zamawiający jest **uprawniony do odmowy odbioru** robót budowlanych **tylko w przypadku występowania wad istotnych.**
72. Zasada ta została wyrażona w art. 647 k.c. traktującym o elementarnych obowiązkach **stron umowy o roboty budowlane, a zatem Stron przyszłej umowy o zamówienie publiczne zawartej zgodnie z obecnym Wzorem Umowy.** I tak, zgodnie ze wskazanym przepisem:
- „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a **inwestor zobowiązuje się do dokonania** wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do **odebrania obiektu** i zapłaty umówionego wynagrodzenia.”*
73. **Obowiązek odbioru** robót budowlanych przez zamawiającego, nie budzi wątpliwości tak w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, jak i wśród przedstawicieli doktryny. Jedynie tytułem przykładu warto przywołać w tym przedmiocie sztandarową, jednoznaczną wypowiedź Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 7 marca 2013 roku:
- „**W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru** (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.**”⁸*
74. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie. Powyższe przesądza o podleganiu ww. postanowień bądź wykreśleniu bądź odpowiedniemu doprecyzowaniu w sposób wskazany przez Odwołującego.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 roku, II CSK 476/12; zobacz także: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 sierpnia 2016 roku, I ACa 282/16; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 roku, V ACa 725/13 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lipca 2013 roku, V ACa 332/13.

II.7. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 12 [Wynagrodzenie Wykonawcy] ust. 2 Projektu Umowy

75. W odniesieniu do postanowienia § 12 [Wynagrodzenie Wykonawcy] ust. 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pozostanie niezmiennie w całym okresie obowiązywania Umowy i obejmuje: wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją Umowy, w tym między innymi, ale nie wyłącznie, koszty zaplecza, placu budowy, koszty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, wszelkich dostaw objętych Umową, ich konserwacji, serwisu, naprawy, resursu, kosztów wykonania obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi, wszystkie opłaty, podatki (w tym podatek od towarów i usług), wynagrodzenie za przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz koszty wszystkich niezbędnych do realizacji zadania ubezpieczeń.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

„Z zastrzeżeniem wyjątków wyraźnie przewidzianych w umowie, jak i na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pozostanie niezmiennie w całym okresie obowiązywania Umowy i obejmuje: wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją Umowy, w tym między innymi, ale nie wyłącznie, koszty zaplecza, placu budowy, koszty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, wszelkich dostaw objętych Umową, ich konserwacji, serwisu, naprawy, resursu, kosztów wykonania obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi, wszystkie opłaty, podatki (w tym podatek od towarów i usług), wynagrodzenie za przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz koszty wszystkich niezbędnych do realizacji zadania ubezpieczeń.”

76. Przywołane postanowienie Projektu Umowy jest częściowo wadliwe i jako takie podlega modyfikacji w części.
77. W obecnym brzmieniu ww. postanowienie może stanowić **źródło wątpliwości interpretacyjnych** treści stosunku prawnego stron wynikającego z Projektu Umowy w zakresie w jakim – odczytywane wprost – stanowi o bezwzględnej niezmienności wynagrodzenia umownego Wykonawcy. Aktualne brzmienie ww. postanowienia w istocie **stoi w bezpośredniej sprzeczności z innymi postanowieniami Projektu Umowy**, tj. § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 pkt 4) oraz ust. 14 Projektu Umowy;
78. Zaproponowany przez Odwołującego sposób doprecyzowania brzmienia ww. postanowienia **eliminuje potencjalne wątpliwości odnośnie do rzeczywistej treści oświadczeń woli Stron** – w zakresie ułożenia stosunku prawnego – mogące pojawić się na etapie realizacji Zamówienia. Powyższe przyczyna się do **wzmocnienia stanu pewności** stron umowy o zamówienie publiczne co do ich sytuacji prawnej i faktycznej.

II.8. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 pkt 1 lit. a) Projektu Umowy

79. W odniesieniu do postanowienia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 pkt. 1) lit. a) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:

„1. Na podstawie art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przewiduje:

1) przedłużenie terminu wykonania Umowy, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:

a) przyczyn zależnych od Zamawiającego;

[...]”

poprzez nadanie mu następującej treści:

*„1. Na podstawie art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przewiduje **zmianę umowy w niżej wymienionym zakresie i w przypadku zaktualizowania się wskazanych niżej przesłanek:***

1) przedłużenie terminu wykonania Umowy, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:

*a) przyczyn zależnych od Zamawiającego **lub przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w tym przyczyn za których wystąpienie Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;***

[...]”

80. Przywołane postanowienie Projektu Umowy jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.

81. Odwołujący identyfikuje potrzebę urzeczywistnienia możliwości dokonania zmiany postanowień Projektu Umowy przez Strony w przypadku zajścia przesłanek wskazanych w Projekcie Umowy. W obecnym brzmieniu § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 Projektu Umowy, przez posłużenie się sformułowaniem **„Zamawiający przewiduje”** w istocie sprowadza się do **wykazu wyłącznych uprawnień Zamawiającego do podjęcia decyzji o zmianie Umowy** (w przypadku zajścia przesłanek adekwatnych do zakresu zmian) **nawet jeśli jej wprowadzenie jest w całości uzasadnione okolicznościami realizacji Umowy i stanowi racjonalną, a nawet konieczną czynność w konkretnej sytuacji.**

82. I tak, § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 1 Projektu Umowy w obecnym brzmieniu w pkt. 1) lit. b) stanowi, że **Zamawiający (zaledwie) przewiduje** przedłużenie terminu wykonania Umowy, jeżeli niemożność dotrzymania pierwotnego terminu stanowi konsekwencję:

(a) siły wyższej [por. pkt 1) lit. b)],

(b) zmian będących następstwem działania organów administracji [por. pkt 1) lit. c)],

- (c) warunków atmosferycznych nie pozwalających na realizację robót, dla których określona odpowiednimi normami technologia wymaga właściwych warunków atmosferycznych [por. pkt 1) lit. d)],
- (d) zmian spowodowanych wystąpieniem uwarunkowań geologicznych terenu robót budowlanych odbiegających w sposób istotny od wykazanych w dokumentacji projektowej, w szczególności napotkania nie występujących w planach i niezainwentaryzowanych elementów konstrukcyjnych lub elementów objętych ochroną konserwatorską zabytków, uniemożliwiających prowadzenie robót wg dokumentacji projektowej [por. pkt 1) lit. e)],

z których wszystkie ww. stanowią okoliczności niezależne od Wykonawcy, przez Wykonawcę niezawinione, za których wystąpienie nie ponosi – obiektywnie – odpowiedzialności.

- 83. We wszystkich ww. przypadkach odpowiednia zmiana postanowień Projektu Umowy, tj. poprzez odpowiednie wydłużenie terminu jej realizacji, powinna być obligatoryjna. W każdym bowiem z ww. przypadków wyrażenie zgody na zmianę Projektu Umowy stanowi przejaw realizacji elementarnego obowiązku współdziałania Stron przy realizacji umowy (por. art. 354 k.c.)
- 84. Zaproponowana przez Odwołującego modyfikacja postanowień Projektu Umowy przewidująca **lojalne współdziałanie Stron** przy realizacji umowy poprzez dokonywanie odpowiednich zmian jej postanowień wobec występujących warunków realizacji Zamówienia przywraca równowagę kontraktową Stron.

II.9. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 14 Projektu Umowy

- 85. W odniesieniu do postanowienia § 15 [Klauzule adaptacyjne] ust. 14 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. postanowienia o treści:

„14. Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że po upływie 12 miesięcy obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej dotyczących miesiąca przypadającego dokładnie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, wynikać będzie, iż wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem roku ubiegłego (wskaźnik dotyczący miesiąca, w którym została zawarta umowa), wzrośnie lub spadnie o więcej niż 10%, każdej ze Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem dotyczącym miesiąca przypadającego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy a wskaźnikiem dotyczącym miesiąca zawarcia umowy (analogicznego miesiąca z roku ubiegłego). Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za prace zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do prac, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja

wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 15%."

i zastąpienie ww. postanowienia postanowieniem następującej treści:

„14. Stosownie do art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, na pisemny wniosek Strony, zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

- 1) wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w **oparciu o miesięczne wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej** publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (odpowiednio: „**Wskaźnik Cen**” i „**Prezes GUS**”);
- 2) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji o **zmianę Wskaźnika Cen** w okresie realizacji umowy – od momentu jej zawarcia do zakończenia realizacji wszystkich prac objętych umową, w tym:
 - a. **pierwsza waloryzacja nastąpi po 6 miesiącach od podpisania umowy** i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika za okres poprzednich 6 miesięcy; jeżeli jednak umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert, nie dzień podpisania umowy;
 - b. **każda kolejna waloryzacja dokonywana będzie po upływie 3 miesięcy od poprzedniej waloryzacji** i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji;
- 3) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w sytuacji, gdy ostatni opublikowany Wskaźnik Cen zmieni się (narastająco) w stosunku do ostatniego opublikowanego Wskaźnika Cen przed podpisaniem umowy o poziom przekraczający **1,3%**;
- 4) strona po spełnieniu przesłanek wskazanych w pkt 1-3 może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia w wysokości wynikającej z wyliczenia:

$$A \times (B\% - 1,3\%) = C$$

gdzie:

A – wartość wynagrodzenia umownego Wykonawcy na dzień podpisania umowy

B – suma wartości opublikowanych Wskaźników Cen w okresie od dnia podpisania umowy do dnia złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego.

C – wartość zmiany wynagrodzenia umownego Wykonawcy.

- 5) strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia;
 - 6) łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie może być wyższa niż **15%** w stosunku do pierwotnej wartości umowy.
 - 7) zmiana wynagrodzenia w oparciu o niniejszy ustęp wymaga zgodnej woli obu stron wyrażonej aneksem do umowy.
86. Wprawdzie Projekt Umowy przewiduje waloryzację wynagrodzenia – odwołując się do art. 439 Pzp – jednak w praktyce, **szczegółowe założenia tego mechanizmu nie tyle nawet co osłabiają jego efektywność, co czynią ten mechanizm całkowicie nieefektywnym**. Obecny mechanizm jest ostatecznie nieadekwatny w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych.
87. Z uwagi zaś na zakres proponowanych przez Odwołującego zmian, Odwołujący przedstawił własną propozycję modyfikacji przeformułowanej klauzuli waloryzacyjnej czyniącą zadość przede wszystkim art. 439 p.z.p. zawierającemu **obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej** w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego. I tak, zgodnie z art. 439 ust. 1 p.z.p.⁹:
- „1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 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.”*

⁹ Przywołując treść art. 439 p.z.p. pominięto ust. 3, 4 i 5, których treść nie jest kluczowa dla sprawy.

88. Istota wskazanego sposobu modyfikacji postanowień Projektu Umowy pozwala na bieżące przywracanie ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki, uwzględniające zarazem – w pewnym zakresie – dotychczasowe elementy mechanizmu opracowanego przez Zamawiającego.
89. Doświadczenia zdarzeń ostatnich lat, tj. w szczególności wystąpienie i utrzymywanie się stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 powodującymi chorobę COVID-19 w latach 2020-2023, zbrojna inwazja Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy w dniu 24 lutego 2022 roku dająca początek pełnoskalowej wojnie konwencjonalnej tuż za naszą wschodnią granicą, zrewidowały i zredefiniowały nasze pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego.
90. Dezaktualizacji ulegają kolejne sztywne mechanizmy umowne, tj. górne limity zmian wynagrodzenia umownego zastrzegane dotychczas w kontraktach. Klauzule te ustępują obecnie na rzecz rozwiązań elastycznych, które w adekwatny sposób reagują na coraz szybciej zmieniającą się rzeczywistość geopolityczną. Zaprojektowany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacyjny skrupowany – przede wszystkim – częstotliwością dokonywania waloryzacji (dopiero po 12 miesiącach realizacji umowy) oraz górnym limitem waloryzacji stanowi najwyraźniej kalkę dotychczasowych schematów umownych, która nie pasuje do dzisiejszych realiów wykonywania kontraktów budowlanych.
91. Propozycja ta również uwzględnia stanowisko Prezesa UZP wskazujące na potrzebę faktycznego „wyrównywania” świadczeń, zachwianych na skutek wystąpienia nieprzewidywalnych okoliczności. Wprowadzenie zaproponowanej formuły waloryzacyjnej, pozwala również na zachowanie pełnej przejrzystości co do sposobu i zasad waloryzacji umowy¹⁰.
92. Zakres i skala zmian cen i stosunków, której świadkami byliśmy w ostatnim okresie (tj. najbardziej znacząca – od dnia 24 lutego 2022 roku – dnia rozpoczęcia inwazji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, co doprowadziło do regularnej wojny konwencjonalnej za wschodnią granicą Polski) wymaga szczególnej precyzji przy konstruowaniu mechanizmów waloryzacyjnych.
93. Jednocześnie zaproponowany mechanizm waloryzacji pozwoli na bezzwłoczne dostosowywanie wskaźników do faktycznej sytuacji rynkowej, w tym ewentualnej sytuacji konieczności wykonywania prac w czasie, gdy może wystąpić zagrożenia powstaniem rażącej straty po stronie wykonawcy.
94. Co istotne, zaproponowana klauzula **zakłada podział ryzyka wzrostu kosztów materiałów lub usług związanych z realizacją zamówienia na Zamawiającego i Wykonawcę**. I tak, wobec założeń klauzuli waloryzacyjnej zaproponowanej przez Odwołującego, w przypadku wzrostu ww. kosztów materiałów lub usług, wynagrodzenie Wykonawcy uległoby zmianie dopiero po przekroczeniu „progu” **1,3% zmiany** (narastająco) miesięcznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej.

10

Por. opinia Prezesa UZP pt. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp” <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego> [online: 15.01.2024]

II.10. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia § 16 [Kary umowne] ust. 1 Projektu Umowy

95. W odniesieniu do postanowienia §16 [Kary umowne] ust. 1 pkt. 1)-19) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:

„1. Za niewykonanie lub nie należyte wykonanie Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za odstąpienie od Umowy z przyczyn, leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy;

2) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki licząc od terminu końcowego realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 3 ust. 1 Umowy;

3) za zwłokę w realizacji Kamieni Milowych, o których mowa w § 3 ust. 2 - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczonego dla każdego przypadku, [...]

7) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 8 ust. 2 pkt 5 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

8) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 4 ust. 7 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

9) za zwłokę w usunięciu nieistotnych wad, o których mowa w § 11 ust. 5 pkt 1 lit. a w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru robót budowlanych – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto netto określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdego rodzaju wady;

10) za zwłokę w usunięciu wad w ramach rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdej wady;

11) za każdy przypadek niewypłacenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo – w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy; [...]

15) za niewykonanie obowiązków wskazanych w § 10 ust. 2 lub 3 – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

16) za zwłokę w terminie realizacji czynności serwisowych, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. 33 Umowy – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego brutto określonego w §12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez Wykonawcę usługi dla każdego urządzenia w odniesieniu do terminów

określonych w harmonogramie gwarancyjno-serwisowym stanowiącym zawartość dokumentacji powykonawczej;

17) za zwłokę w przedstawieniu dokumentu (polisy) potwierdzającego posiadanie kontynuacji wymaganego ubezpieczenia na zasadach wynikających z § 22 Umowy - w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki; [...]"

poprzez nadanie mu następującej treści:

„1. Za niewykonanie lub nie należyte wykonanie Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za odstąpienie od Umowy z przyczyn, leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy;

2) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki licząc od terminu końcowego realizacji przedmiotu Umowy określonego w § 3 ust. 1 Umowy;

3) za zwłokę w realizacji Kamieni Milowych, o których mowa w § 3 ust. 2 - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczonego dla każdego przypadku, [...]

7) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 8 ust. 2 pkt 5 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

8) za zwłokę w wykonaniu obowiązków określonych w § 4 ust. 7 karę umowną w wysokości 0,005% wynagrodzenia **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

9) za zwłokę w usunięciu nieistotnych wad, o których mowa w § 11 ust. 5 pkt 1 lit. a w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru robót budowlanych – w wysokości **0,001% wartości usuniętej wady wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 12 ust. 1 Umowy** – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdego rodzaju wady;

10) za zwłokę w usunięciu wad w ramach rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy – za każdy dzień zwłoki liczony dla każdej wady;

11) za każdy przypadek niewypłacenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo – w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy; [...]

15) za niewykonanie obowiązków wskazanych w § 10 ust. 2 lub 3 – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki;

16) za zwłokę w terminie realizacji czynności serwisowych, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. 33 Umowy – w wysokości 0,001% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez Wykonawcę usługi dla każdego urządzenia w odniesieniu do terminów określonych w harmonogramie gwarancyjno-serwisowym stanowiącym zawartość dokumentacji powykonawczej;

17) za zwłokę w przedstawieniu dokumentu (polisy) potwierdzającego posiadanie kontynuacji wymaganego ubezpieczenia na zasadach wynikających z § 22 Umowy - w wysokości 0,003% wynagrodzenia umownego **brutto netto** określonego w § 12 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki; [...]"

96. W odniesieniu do postanowienia §16 [Kary umowne] ust. 4 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowienia o treści:

„4. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”

poprzez nadanie mu następującej treści:

*„4. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **20 15%** wynagrodzenia umownego **brutto netto**, o którym mowa w § 12 ust. 1 Umowy.”*

97. Przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe w części i jako takie podlegają zmianie w części.
98. Po pierwsze, zastrzeżenie wartości kar umownych w pkt 4 Załącznika nr 4 w stawkach brutto przesądza o **pierwotnym braku proporcjonalności dolegliwości** grożącej za wystąpienie przypadków nienależytego wykonania Zamówienia. Postanowienie to zaburza równowagę kontraktową Stron.
99. Zastrzeżenie, że wartość kary umownej będzie określana w stawce brutto **przesądza o pierwotnym rażącym wygórowaniu** (w rozumieniu art. 484 k.c.) każdej kary umownej kalkulowanej w oparciu o ten mnożnik (stawka brutto). Kara umowna w tym przypadku pozostaje w **oderwaniu od wynagrodzenia Wykonawcy** – obliczana jest także w stosunku do **należności publicznoprawnej**. Powyższe zastrzeżenie – w tym zakresie – nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia.
100. Po drugie, kara umowna z tytułu zwłoki w usunięciu nieistotnych wad, o których mowa w § 11 ust. 5 pkt 1 lit. a Projektu Umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego odbioru robót budowlanych w **wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto** (określonego w § 12 ust. 1 Umowy) **za każdy dzień zwłoki** liczony dla każdego rodzaju wady **jest rażąco wygórowana** (w rozumieniu art. 484 k.c.) w odniesieniu do przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, które sankcjonuje. W rozważanym przypadku rażące wygórowanie kary umownej występuje zarówno z uwagi na:

- (a) wartość procentową przyjętego mnożnika kary umownej, tj. 0,01%; oraz
 - (b) podstawę naliczania kary umownej, tj. wynagrodzenie umowne brutto, jak i
 - (c) rodzaj uchybienia, tj. zwłoka w usunięciu **nieistotnych** wad przedmiotu umowy.
101. Zakres powyższych uchybień, jasno pokazuje, że kontraktując postanowienia dotyczące odpowiedzialności wykonawcy, Zamawiający:
- (a) przekroczył granicę dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353¹ k.c.; w tym założenia ustawowe instytucji kary umownej z art. 483 k.c.
 - (b) nadużył przysługującego mu prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy.
102. W konsekwencji przywołane postanowienia są wadliwe i jako takie podlegają zmianom.

II.11. Uzasadnienie zaskarżenia postanowień § 19 [Odstąpienie od Umowy] ust. 1 pkt. 1), 2), 3) i 8) Projektu Umowy

103. W odniesieniu do postanowień §19 [Odstąpienie od Umowy] ust. 1 pkt. 1), 2), 3) i 8) Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o zmianę ww. postanowień o treści:
- 1. Niezależnie od uprawnień Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa, Zamawiający może odstąpić od Umowy w części lub w całości jeżeli:*
- 1) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn przerywa wykonywanie prac objętych Umową na okres przekraczający 14 dni;*
 - 2) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej więcej niż 21 dni w stosunku do terminów określonych w § 6 ust. 1;*
 - 3) Wykonawca, bez uzasadnionego usprawiedliwienia, naruszy obowiązek wykonywania określonych funkcji lub stanowisk przez którąkolwiek z osób wskazanych w Załączniku 2A do Umowy;*
 - 4) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z Kamieni Milowych, określonych w Załączniku do PFU o więcej niż 30 dni;*
 - 5) Wykonawca podzleci całość przedmiotu Umowy lub którykolwiek jego element niewskazany w ofercie Wykonawcy jako mający podlegać powierzeniu bez zgody Zamawiającego;*
 - 6) Wykonawca naruszy obowiązki związane z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w związku z czym Zamawiający dokona, co najmniej dwukrotnej bezpośredniej zapłaty lub bezpośredniej zapłaty albo bezpośrednich zapłat na łączną sumę większą niż 5% wartości Umowy brutto podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;*

7) Wykonawca, z naruszeniem przepisów prawa, wręczy lub zaproponuje pośrednio lub bezpośrednio wręczenie jakiegokolwiek osobie korzyści materialnych w celu nakłonienia jej do działania lub wstrzymania się od działania związanego z Umową;

8) przedmiot Umowy zawiera niedające się usunąć wady istotne, w tym uniemożliwiające uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a Wykonawca nie usunie ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Niezależnie od uprawnień Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa, Zamawiający może odstąpić od Umowy w części lub w całości jeżeli:

1) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn przerywa wykonywanie prac objętych Umową na okres przekraczający 14 dni i **nie podejmuje wykonywania prac pomimo uprzedniego otrzymania pisemnego wezwania Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał termin na podjęcie wykonywania prac nie krótszy niż 7 dni;**

2) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej więcej niż **30 ~~21~~** dni w stosunku do terminów określonych w § 6 ust. 1;

3) Wykonawca, bez uzasadnionego usprawiedliwienia, naruszy obowiązek wykonywania określonych funkcji lub stanowisk przez którąkolwiek z osób wskazanych w Załączniku 2A do Umowy i **nie zaprzestanie dopuszczania się konkretnego naruszenia pomimo uprzedniego otrzymania pisemnego wezwania Zamawiającego do prawidłowego wykonywania obowiązków umownych, a w którym Zamawiający wskaże naruszenie, którego dopuszcza się Wykonawca;**

4) Wykonawca jest w zwłoce w realizacji któregośkolwiek z Kamieni Milowych, określonych w Załączniku do PFU o więcej niż 30 dni;

5) Wykonawca podzleci całość przedmiotu Umowy lub którykolwiek jego element niewskazany w ofercie Wykonawcy jako mający podlegać powierzeniu bez zgody Zamawiającego;

6) Wykonawca naruszy obowiązki związane z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w związku z czym Zamawiający dokona, co najmniej dwukrotnej bezpośredniej zapłaty lub bezpośredniej zapłaty albo bezpośrednich zapłat na łączną sumę większą niż 5% wartości Umowy brutto podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;

7) Wykonawca, z naruszeniem przepisów prawa, wręczy lub zaproponuje pośrednio lub bezpośrednio wręczenie jakiegokolwiek osobie korzyści materialnych w celu nakłonienia jej do działania lub wstrzymania się od działania związanego z Umową;

8) przedmiot Umowy zawiera niedające się usunąć wady istotne, w tym uniemożliwiające uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a Wykonawca nie

*usunie ich w **wyznaczonym uzgodnionym** przez **Zamawiającego Strony** **odpowiednim terminie.***

104. Przywołane postanowienia Projektu Umowy są wadliwe w części i jako takie podlegają zmianie w części.
105. Postanowienia przyznają Zamawiającemu **nadmiernie szerokie uprawnienie do odstąpienia od Projektu Umowy**. W szczególności, uprawnienie Zamawiającego jest nieproporcjonalne w stosunku do sankcjonowanych – ewentualnych – uchybień wykonawcy. Powyższe wprowadza przy tym nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej stron, **na niekorzyść Wykonawcy**.
106. Postanowienia wprowadzają niepewność w odniesieniu do trwałości stosunku prawnego wynikającego z Projektu Umowy. Stan niepewności dotyczy sytuacji prawnej i faktycznej stron umowy o zamówienie publiczne.
107. Propozycje modyfikacji zaskarżonych postanowień przedstawione przez Odwołującego zakładają (m.in.):
 - (a) obowiązek informacyjny Zamawiającego względem Wykonawcy w zakresie zastrzeżeń odnośnie do sposobu wykonywania prac przez Wykonawcę, z *którym związane jest*
 - (b) prawo Wykonawcy do uzyskania informacji w ww. zakresie i umożliwienie Wykonawcy zmiany sposobu wykonywania prac w odpowiednim terminie;
 - (c) obowiązek współdziałania Stron przy realizacji przedmiotu umowy przejawiający się we wspólnym uzgodnieniu odpowiedniego terminu na usunięcie wad w przedmiocie umowy.

które ograniczają zakres niepewności związanej z trwałością stosunku prawnego na podstawie Projektu Umowy do poziomu uzasadnionego wobec przedmiotu Zamówienia. Powyższe gwarancje w odpowiednim stopniu leżą w interesie publicznym upatrywanym w związku ze sprawną i ekonomicznie racjonalną realizacją Zamówienia (publicznego).

Z powyższych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wojciech Merkwa
radca prawny

ZAŁĄCZNIKI

Załącznik 1	Pełnomocnictwo
Załącznik 2	Dowód wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
Załącznik 3	Odpis z KRS Odwołującego
Załącznik 4	Dowód uiszczenia wpisu
Załącznik 5	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu