

Warszawa, dnia 13 lipca 2020 roku

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

Zamawiający:
Małopolskie Centrum Nauki Cogiteon
ul. Lubelska 23, 30-003 Kraków
NIP: 6762542091; REGON: 368991422
e-mail: zamowienia@cogiteon.pl

Odwołujący:
ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.
ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz
reprezentowane przez:
adwokata Jana Rolińskiego,
radcę prawnego Michała Mielnika i
radcę prawnego Piotra Wojdaka
z kancelarii WKB Wierciński Kwieciński Baehr sp.k. pl.
Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa
tel.: 22 201 00 00, fax: 22 201 00 99
e-mail: jan.rolinski@wkb.pl, michal.mielnik@wkb.pl,
piotr.wojdak@wkb.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Małopolskiego Centrum Nauki Cogiteon o funkcji wystawienniczej, laboratoryjno-warsztatowej, biurowo-konferencyjnej, gastronomicznej z wbudowanym garażem podziemnym oraz z wewnętrznymi instalacjami: elektrycznymi z wbudowaną podziemną stacją transformatorową, teletechnicznymi, wodnokanalizacyjnymi, kanalizacji deszczowej, c.o. z wymiennikownią, wentylacji pożarowej, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji technologicznych wraz z uzbrojeniem terenu, w tym: przyłączy ciepłociągu, przyłączy wodociągowe, przyłączy kanalizacji sanitarnej i przyłączy kanalizacji deszczowej oraz instalacje zewnętrzne: kanalizacji sanitarnej, technologicznej ze zbiornikiem bezodpływowym, deszczowej ze zbiornikiem retencyjnym, wody zielonej, wodociągowej, wodociągowej przeciwpożarowej, przebudowy kanalizacji deszczowej odwodnienia pasa startowego, kanalizacji telekomunikacyjnej, elektroenergetycznej n/n 0,4kV, elektroenergetycznej SN 15kV, oświetlenia terenu a także wraz z infrastrukturą komunikacyjną w tym ciągów pieszo-rowerowych, dróg wewnętrznych, drogi pożarowej, placu manewrowego, budowę miejsc postojowych dla samochodów osobowych i autokarów, wjazdem do parkingu podziemnego, schodów terenowych, ukształtowaniem terenu, małą architekturą, placem zabaw oraz budową wyrzutni terenowych, muru oporowego i likwidacją tablicy reklamowej oraz ogrodzenia.” – dalej jako „Postępowanie”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2.07.2020 r. pod nr 2020/S 126-307430

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jacewie (dalej jako „ALSTAL” lub „Odwołujący”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180

ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego - Małopolskiego Centrum Nauki Cogiteon (dalej jako „Zamawiający”) polegającej na ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w tym w szczególności warunków udziału w postępowaniu oraz treści wzoru umowy w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP, ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „KC”) oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „Rozporządzenie dokumentowe”).

Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a PZP oraz art. 22d ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie w Rozdziale V pkt 1.3.2. lit. b) SIWZ warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję w Postępowaniu, tj. poprzez wymaganie, aby wykonawca dysponował osobą na stanowisko Kierownika Budowy, który powinien między innymi w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełnić funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², w sytuacji gdy okres weryfikacji doświadczenia Kierownika Budowy nie powinien być ograniczony jedynie do ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, bowiem brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla określenia takiego okresu weryfikacji doświadczenia, a powoduje to jedynie nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i nie ma znaczenia dla oceny umiejętności osoby na stanowisko Kierownika Budowy niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia,
2. § 2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie w Rozdziale V pkt 1.3.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, który w sposób nieprawidłowy ogranicza konkurencję w Postępowaniu, tj. poprzez wymaganie, aby wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, zrealizował roboty budowlane określone w Rozdziale V pkt 1.3.1 lit. a) i b) SIWZ, podczas gdy, celem zachowania konkurencyjności Postępowania, Zamawiający powinien dopuścić, aby wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem z dłuższego okresu przed termin składania ofert, tj. co najmniej 10 lat,

3. art. 647 KC i art. 353¹ KC w zw. z art. 14 PZP i art. 139 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie w § 29 ust. 6 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odbioru końcowego robót w przypadku wystąpienia w trakcie odbioru wad wymagających usunięcia, ale umożliwiających prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego, podczas gdy zgodnie z art. 647 KC Zamawiający jest zobowiązany do odebrania obiektu (i zapłaty umówionego wynagrodzenia) w każdej sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, które nie uniemożliwiają korzystania z obiektu, a tym samym Zamawiający nie może odmówić odbioru przedmiotu umowy ze względu na wystąpienie wad nieistotnych, czego jednak wzór umowy nie uwzględnia,
4. art. 353¹ KC w zw. z art. 139 PZP, art. 473 § 1 KC, art. 483 § 1 KC i art. 484 § 2 KC, oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych za opóźnienie, w sytuacji gdy wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za niezawinione opóźnienie wykonania umowy, co stanowi naruszenie zasady równości strony umowy oraz wyklucza prawidłowe określenie ceny oferty z uwagi na brak możliwości oceny ryzyka wynikającego z realizacji umowy, które spoczywać będzie na wykonawcy, co tym samym powoduje, że złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji jest niemożliwe.

W związku z powyższym, **wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości** i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP zmianę postanowień SIWZ poprzez:

1. modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1.3.2. lit. b), tj. wymagania w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy, w ten sposób, aby wykonawca zobowiązany był wykazać, że dysponuje osobą, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń oraz w okresie **ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert** nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełniła funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie
2. modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1.3.1. SIWZ w ten sposób, aby wykonawca zobowiązany był wykazać, że w ciągu **ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert**, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował roboty określone w Rozdziale V pkt 1.3.1. SIWZ lit. a) i b) SIWZ.

3. zmianę § 29 ust. 6 wzoru umowy poprzez nałożenie na Zamawiającego obowiązku odbioru robót jeżeli w toku czynności odbioru końcowego robót budowlanych zostaną stwierdzone wady nieistotne wymagające usunięcia, ale umożliwiające prawidłowe użytkowanie obiektu budowlanego,
4. zmianę zasad naliczenia kar umownych w taki sposób, aby uprawnienie do naliczenia kar umownych aktualizowało się w przypadku zawinionego niewykonania przez wykonawcę obowiązków umownych.

Ponadto **wnoszę o:**

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach Postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności warunki udziału w postępowaniu oraz wzoru umowy były zgodne z przepisami PZP i uwzględniały fundamentalne zasady przeprowadzenia postępowania, w szczególności zasadę proporcjonalności, adekwatności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Tymczasem sposób ich ukształtowania przez Zamawiającego nie spełnia tych wymogów. Wymagania stawiane przez Zamawiającego jako warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, pomimo tego, że posiada on odpowiednie doświadczenie oraz zasoby gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.**

Jednocześnie zasady realizacji zamówienia wynikające ze wzorów umowy uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. na etapie publikacji SIWZ „**wystarczające**

jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”¹.

Zasygnalizowane powyżej zastrzeżenia, zostały szczegółowo opisane i wyjaśnione w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Już w tym miejscu nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ:

- zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania,
- może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, co pozbawia ALSTAL szansy na udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz ustalić warunki wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami PZP i KC, a przez to – jak wskazano powyżej – uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 2 lipca 2020 r. wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ust. 1) PZP w zw. z art. 185 ust. 8 PZP.

UZASADNIENIE

1. Zarzut 1 – doświadczenie kierownika budowy

- 1.1. Zgodnie z Rozdziałem V pkt 1.3.2. lit. b) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy będą dysponować między innymi osobą na stanowisko

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 21/17.

Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń oraz **w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełniła funkcję Kierownika Budowy** przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie.

- 1.2. Powyższy warunek jest nieadekwatny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w sposób znaczący ogranicza konkurencyjność Postępowania uniemożliwiając złożenie oferty wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia i dającym rękojmię prawidłowego wykonania umowy.
- 1.3. Zamawiający poprzez ustanawianie warunków udziału powinien zmierzać do ograniczenia kręgu wykonawców jedynie do tych, którzy dysponują odpowiednimi zasobami do wykonania zamówienia i dają gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Zgodnie z art. 22 ust. 1a PZP zamawiający obowiązany jest określić warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne** poziomy zdolności.
- 1.4. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO „*Warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu*”². Wymóg zaś określenia warunków udziału na minimalnym poziomie oznacza, że oczekiwania stawiane przez zamawiającego w tym zakresie nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.
- 1.5. Obecna treść warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia przez podmioty, które dają rękojmię należytej jego realizacji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 1a PZP oraz art. 22d ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP. Jak bowiem wskazała KIO w wyroku z dnia 4 czerwca 2019 roku³ „*warunek udziału w postępowaniu nie może być nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wynika to nie tylko z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zasady równego*

² Uchwała KIO z dnia 5 czerwca 2018 roku, sygn.. akt KIO/KD 2D/18.

³ Sygn. akt KIO 1219/19.

traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, ale znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści art. 22 ust. 1a p.z.p. stanowiącym o minimalnych poziomach zdolności”.

- 1.6. Zamawiający z jednej strony wymaga, aby osoba na stanowisko Kierownika Budowy posiadała odpowiednie doświadczenie - *realizacja inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m²*, a jednocześnie oczekuje, że to doświadczenie zostało uzyskane w ostatnich 5 latach przed terminem składania ofert. Takie ograniczenie okresu badanego doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy (jedynie do 5 lat przed upływem terminu składania ofert) jest niecelowe. Skoro Zamawiający dokładnie wskazuje jaką inwestycję powinien nadzorować Kierownik Budowy, bez znaczenia jest kiedy takie doświadczenie zostało zdobyte. Tak precyzyjnie wskazane wymagania co do doświadczenia są wystarczające, aby dopuścić do udziału w Postępowaniu wykonawcę, który dysponuje kierownikiem o odpowiednim doświadczeniu. Wymaganie jednocześnie, aby to doświadczenie zostało uzyskane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert jest nieadekwatne i nadmiernie ogranicza konkurencję.
- 1.7. Technologia, w której zrealizowany ma zostać obiekt budowlany będący przedmiotem zamówienia, jest tradycyjną metodą wykonania obiektów budowlanych. Sposób budowy obiektu jest oparty o sprawdzone, wieloletnie metody realizacji inwestycji. Tym samym nie ma znaczenia kiedy osoba na stanowisko Kierownika Budowy uzyskała wymagane w SIWZ doświadczenie. Nawet jeśli doświadczenie zostało uzyskane ponad 10 lat temu daje Zamawiającemu gwarancję należytego sprawowania funkcji Kierownika Budowy przez taką osobę. Nie ma bowiem znaczenia kiedy inwestycja została zakończona, a istotne jest, że osoba, którą dysponuje wykonawca, taką inwestycję nadzorowała jako Kierownik Budowy.
- 1.8. Osoba na stanowisku Kierownika Budowy, nadzorując roboty wymagane przez Zamawiającego, zdobyła odpowiednie doświadczenie i umiejętności do nadzorowania dużych inwestycji kubaturowych, których nie utraciła na przestrzeni lat.
- 1.9. W konsekwencji Zamawiający powinien określić warunek dotyczący dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Budowy w taki sposób, aby zapewnić, że funkcję tę, w okresie wykonania zamówienia, będzie sprawować kompetentna osoba dająca rękojmię należytego wykonania umowy. Aktualne brzmienie SIWZ wykracza poza te minimalne wymagania. Wynika to przede wszystkim z tego, że Zamawiający szczegółowo określił na czym powinno polegać doświadczenie Kierownika Budowy, a nadto przedmiot zamówienia jest wykonywany w oparciu o tradycyjne metody

budowlane. Nie ma zatem podstaw, aby okres badania doświadczenia Kierownika Budowy ograniczał się jedynie do ostatnich 5 lat.

- 1.10. Należy podkreślić, że aktualne brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy nie ma znaczenia dla wyższej jakości wykonania przedmiotu zamówienia, a z SIWZ nie wynikają żadne szczególne uwarunkowania, które usprawiedliwiłyby twierdzenie przeciwne.
- 1.11. Mając na uwadze powyższe, celem zweryfikowania czy wykonawca posiada kadrę zdolną do wykonania zamówienia, całkowicie wystarczające jest, aby wykonawca zobowiązany był dysponować osobą na stanowisko Kierownika Budowy, **która w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert** nieprzerwanie przez okres co najmniej 12-tu miesięcy pełniła funkcję Kierownika Budowy przy realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej objętej robotami nie mniejszej niż 12 000,00 m², który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie
- 1.12. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę Rozdziału V pkt 1.3.2. lit. b) SIWZ poprzez modyfikację wyrażonego w nim warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany na wstępie odwołania. Taka zmiana spowoduje, że Rozdział V pkt 1.3.2. lit. b) SIWZ będzie zgodny z art. 22 ust. 1a PZP oraz art. 22d ust. 1 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP.

2. Zarzut 2 – warunek udziału w postępowaniu

- 2.1. Zgodnie z Rozdziałem V pkt 1.3.1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie, polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:
 - 2.1.1. 1 roboty budowlanej polegającej na budowie nowego budynku (z wyłączeniem remontu, nadbudowy oraz przebudowy) użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12 000,00 m², który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie, oraz
 - 2.1.2. 1 roboty budowlanej polegającej na budowie nowego budynku (z wyłączeniem remontu, nadbudowy oraz przebudowy) użyteczności publicznej na kwotę co najmniej 30 000 000,00 złotych brutto, który uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie.
- 2.2. Powyższy warunek należy uznać za nieadekwatny i w sposób rażąco ograniczający konkurencję w Postępowaniu. Wymaganie przez Zamawiającego, aby roboty budowlane zostały wykonane w okresie ostatnich 5 lat wyklucza z kręgu wykonawców podmioty dające rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia.

- 2.3. Odwołujący akceptuje i rozumie, że Zamawiający poprzez ustanowione w SIWZ warunki udziału zamierza dopuścić do udziału w Postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dysponują doświadczeniem relewantnym do przedmiotu zamówienia. Jednak przedstawione warunki są bardzo restrykcyjne i nadmiarowe. Zamawiający bowiem oczekuje wykonania obiektów o dużej powierzchni i znaczącej wartości. Jakkolwiek koresponduje to z przedmiotem zamówienia, to jednak celem rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający powinien umożliwić, aby wymagane doświadczenie zostało zdobyte w dłuższym niż 5 lat okresie przed terminem składania ofert.
- 2.4. Konkurencyjność postępowania jest jedną z fundamentalnych i najważniejszych zasad postępowań o udzielenie zamówienia. Zamawiający, jako organizator postępowania, powinien zapewnić jej jak najszersze obowiązywanie i zastosowanie.
- 2.5. Tym samym, celem zapewnienia realizacji zasady konkurencyjności w tym Postępowaniu Zamawiający powinien skorzystać z przepisu § 2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego, zgodnie z którym możliwe jest przedłużenie okresu weryfikacji doświadczenia wykonawcy przy realizacji robót budowlanych.
- 2.6. Doświadczenie uzyskane przez wykonawcę w ostatnich 10 latach przy realizacji budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej powyżej 12.000 m² jest identyczne z tym, które wykonawca mógł zdobyć w okresie ostatnich 5 lat. Należy wskazać, że technologia wykonania obiektów tego rodzaju pozostaje od wielu lat niezmienna i bez znaczenia pozostaje dla Zamawiającego, czy wykonawca zdobył doświadczenie w ostatnich 5 czy 10 latach.
- 2.7. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę V pkt 1.3.1. SIWZ poprzez modyfikację wyrażonego w nim warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany na wstępie odwołania. Taka zmiana spowoduje, że Rozdział V pkt 1.3.1. SIWZ będzie zgodny z § 2 ust. 5 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

3. Zarzut 3 – odbiór warunkowy

- 3.1. Zamawiający w § 29 ust. 6 wzoru umowy wskazał, że ***„jeżeli w toku czynności Odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady lub usterki wymagające usunięcia, ale umożliwiające prawidłowe użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może dokonać odbioru wyznaczając termin na ich usunięcie. Termin usunięcia wad Strony ustalają i zapisują w protokole odbioru końcowego”***.
- 3.2. Powyższe postanowienie wzoru umowy jest sprzeczne z obowiązkami inwestora wynikającymi z art. 647 KC, zgodnie z którym *„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.”.

- 3.3. Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że odbiór obiektu wykonanego w ramach umowy o roboty budowlane stanowi obowiązek Zamawiającego. Wystąpienie nieistotnych wad czy usterek niewpływających na możliwość użytkowania przedmiotu umowy, nie może stanowić podstawy do odmowy odbioru robót przez Zamawiającego. Tym samym za nieuprawnione należy uznać kształtowanie postanowień umowy w taki sposób, że Zamawiający ma uprawnienie do odbioru robót w przypadku wad nieistotnych, w sytuacji gdy powinien być do tego zobowiązany.
- 3.4. Zamawiający co prawda umożliwił dokonanie odbioru w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, jednak uzależnił jego dokonanie od własnej decyzji. Takie postanowienia należy uznać za wciąż niezgodne z art. 647 KC, ponieważ dokonanie odbioru robót w przypadku wad nieistotnych stanowi obowiązek Zamawiającego, którego wykonania nie może on uzależnić od innych okoliczności. Zamawiający natomiast przyznał dla siebie uprawnienie, z którego może skorzystać lub nie, w sytuacji w której zgodnie z art. 647 KC odbiór robót jest jego obowiązkiem.
- 3.5. Takie stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Przykładowo w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. o sygn. V CSK 99/07 Sąd Najwyższy uznał, że *Budynek wzniesiony zgodnie z tymi wymaganiami, o ile projekt nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, natomiast ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*
- 3.6. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 października 2016 r. o sygn. I ACa 138/16, sąd uznał, że „Dodać również należy, iż **odbiór robót nie jest uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępowanie od stanu idealnego dawałoby inwestorowi prawo odmowy odbioru obiektu (przy braku kryteriów ustalania takiego stanu), pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane (art. 353¹ k.c.) i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą,**

*pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Dlatego przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 k.c. stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika, dlatego stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie jakości obiektu budowlanego. **Inwestor może skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.***

3.7. W konsekwencji Zamawiający niezgodnie z art. 647 KC w i art. 353¹ KC zw. z art. 14 PZP i art. 139 PZP i art. 7 ust. 1 PZP sformułował postanowienie wzoru umowy w § 29 ust. 6 wzoru umowy. W związku z powyższym zarzut zawarty w odwołaniu jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać zmiany wzoru umowy zgodnie z wnioskiem wskazanym na wstępie odwołania.

4. Zarzut 4- kary umowne

4.1. Zamawiający w § 43 ust. 1 wzoru umowy przedstawił katalog kar umownych jakie może naliczyć wykonawcy. Wielokrotnie Zamawiający przewiduje możliwość naliczenia kary umownej bez względu na odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności aktualizujące uprawnienie do jej naliczenia, tj. za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania zamiast zawinionej zwłoki wykonawcy. Poniżej Odwołujący przedstawia kary umowne, które Zamawiający może naliczyć wykonawcy bez względu na winę wykonawcy:

4.1.1. za opóźnienie Wykonawcy w zamieszczeniu tablicy informacyjnej lub ogłoszenia zawierającego dane dotyczące BIOZ na Terenie budowy w dniu rozpoczęcia prac przygotowawczych za niedopełnienie obowiązku, o którym mowa w § 11 ust. 1 umowy (§ 43 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy),

4.1.2. za nieterminową realizację robót (§ 43 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy),

4.1.3. za opóźnienie Wykonawcy w dostarczeniu lub uruchomieniu oprogramowania CDE lub oprogramowania wspierającego procesy odbioru (§ 43 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy),

4.1.4. za opóźnienie Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy (§ 43 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy),

4.1.5. za opóźnienie Wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy (§ 43 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy),

4.1.6. za opóźnienie Wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości (§ 43 ust. 1 pkt 16 wzoru umowy),

- 4.1.7.za opóźnienie w przekazaniu do uzgodnienia dokumentów, o których mowa w § 4 ust 4 oraz innych dokumentów, dla których zostały określone terminy w umowie (§ 43 ust. 1 pkt 17 wzoru umowy),
- 4.1.8.za przekroczenie terminu przywrócenia do stanu pierwotnego Drogi Dojazdowej Technicznej określonego w załączniku nr 7 do Umowy (§ 43 ust. 1 pkt 23 wzoru umowy),
- 4.1.9.za przekroczenie terminu przywrócenia do stanu pierwotnego Tymczasowej Drogi Dojazdowej określonego w załączniku nr 7 do Umowy (§ 43 ust. 1 pkt 24 wzoru umowy).
- 4.2. Należy natomiast stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych⁴ oraz KIO⁵ kara umowna nie może być naliczona wykonawcy za okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. **Izba w wyroku z dnia 17 lipca 2017 r. o sygn. KIO 1337/19 stwierdziła, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niezawinionego opóźnienia nieproporcjonalnie obciąża wykonawcę, gdyż ten powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie.**
- 4.3. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę kar umownych przewidzianych na wypadek opóźnienia na kary umowne za zwłokę wykonawcy w wykonaniu zobowiązań kontraktowych.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Jan Roliński
adwokat

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania w imieniu Odwołującego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2016-06-17, IV CSK 674/15, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., o sygn. III CKN 50/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., o sygn. V CSK 139/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., o sygn. II CSK 318/10

⁵ Wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r. o sygn. KIO 897/15