

, 7 marca 2022 r.

Gmina Miasto Zgierz
Plac Jana Pawła II 16
95-100 Zgierz

Dotyczy: postępowania przetargowego prowadzonego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest Przebudowa ciągu dróg gminnych stanowiących ul. Przygraniczną oraz Fijałkowskiego w Zgierzu, nr postępowania PŚ.271.7.2022

Informacja dla Zamawiającego

Działając w imieniu firmy [redacted], w związku z wszczęciem postępowania przetargowego, którego przedmiotem jest *Przebudowa ciągu dróg gminnych stanowiących ul. Przygraniczną oraz Fijałkowskiego w Zgierzu* informuję, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

W opublikowanym na Państwa stronie internetowej SWZ w pkt.16, dotyczącym kryteriów oceny ofert, zawarty został zapis, iż jednym z kryteriów o wadze 15% jest wysokość kar umownych.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej zwanej Ustawą), kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 241 ust. 2 Ustawy „Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji,

dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.”

Z literalnego brzmienia przytoczonych przepisów wynika wprost, iż kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia. W komentarzach do Ustawy czytamy: „Niedopuszczalne są kryteria niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia to przede wszystkim **fizyczne cechy świadczenia** ale także cechy kontraktowe (warunki spełnienia wykonania świadczenia). Związek kryteriów z przedmiotem zamówienia nie musi być bezpośredni. Może dotyczyć zarówno fazy realizacji zamówienia, jak i sposobu funkcjonowania **przedmiotu zamówienia** po jego wykonaniu, może dotyczyć wpływu przedmiotu zamówienia na otoczenie w każdej fazie (przed rozpoczęciem świadczenia – np. w fazie produkcji, nawet gdy sama produkcja nie jest objęta umową o zamówienie dotyczącą tylko dostawy lub montażu), ale także w fazie realizacji i fazie użytkowania. Swobodną decyzją zamawiającego jest to, które z cech świadczenia uzna za poddane ocenie w świetle kryteriów. Mogą to być cechy obiektywnie najistotniejsze, ale także każda inna cecha. **To, która z nich wymaga porównania z innymi ofertami i powinna gwarantować najwyższy dostępny wśród ofert poziom, powinno być przy formułowaniu kryteriów weryfikowane stosowaniem zasady efektywności wydatków.** Mimo że ustawa nie zabrania, by **każdą z cech przedmiotu zamówienia** uczynić kryterium, to preferowanie rozwiązań o cechach lepszych w nieistotnym dla zamawiającego aspekcie byłoby sprzeczne z tą zasadą. Byłoby też sprzeczne z obowiązkiem wyboru oferty najkorzystniejszej.” W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 241. Również w komentarzu P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 241, czytamy: „Kryterium oceny ofert musi być związane z przedmiotem zamówienia. Tylko takie kryterium pozwala bowiem na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera bowiem „ofertę najkorzystniejszą”, a nie „najlepszego wykonawcę”. Jakkolwiek twierdzenie to może wybrzmieć dyskusyjnie w odniesieniu do wykonawcy, to do takiego wniosku prowadzi analiza Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem wyboru jest bowiem oferta. Oferta złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a więc dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ocenie nie podlegają więc przymioty wykonawcy – te oceniane są w ramach warunków udziału w postępowaniu i

badania zaistnienia przestank wykluczenia wykonawcy – ale zalety zaproponowanej przez niego oferty.”

Takie samo stanowisko zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza np. w orzeczeniach KIO 2201/21 z dnia 12 sierpnia 2021, KIO 1669/21 z dnia 5 lipca, KIO 1688/15 z dnia 19 sierpnia 2015 r.

Z przedstawionej powyżej interpretacji przepisów Ustawy wynika wprost, iż kryterium oceny ofert ma być bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria inne niż cena, mają gwarantować odpowiednią jakość przedmiotu zamówienia. Jednak co najważniejsze, celem ustalania kryteriów jest wybór oferty najkorzystniejszej tzn. takiej, która zawiera najlepszy przedmiot świadczenia lub sposób jego wykonania.

Kara umowna nie odnosi się w żaden sposób do przedmiotu zamówienia. Kara umowna jest konstrukcją prawa cywilnego, odnoszącą się do sankcji, które może zastosować Zamawiający w stosunku do Wykonawcy. W odróżnieniu od gwarancji, która to instytucja jest wprost związana z jakością przedmiotu świadczenia. Gwarancja może być i jest często stosowanym kryterium oceny ofert gdyż w bezpośredni sposób odnosi się do przedmiotu świadczenia. Już z samego zapisu pkt. 16.3.3 SWZ wynika, iż kara umowna jest bezpośrednio związana nie z przedmiotem zamówienia a z Wykonawcą. Z zapisu tego wynika iż chodzi o „*wysokość kar umownych dotyczących wykonawcy*”. Kary umowne nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, nie mają żadnego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej. Wskazanie nawet najwyższego poziomu kar, nie gwarantuje najwyższego poziomu przedmiotu świadczenia.

Reasumując, zawarty zapis pkt. 16 SWZ w zakresie kar umownych jako kryterium oceny ofert, stanowi naruszenie przepisów Ustawy w tym w szczególności art.16 pkt 1, oraz art. 241 ust. 1 i ust. 2 Ustawy W związku z powyższym, w przypadku wyboru oferty i podpisania przez Państwa umowy z wybranym wykonawcą, umowa ta będzie podlegała unieważnieniu. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt. 1 Ustawy, umowa zawarta w wyniku udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy podlega unieważnieniu.

Ponadto informuję, iż wymóg zawarty w pkt. 15.9.3 SWZ, polegający na obowiązku posiadania przez Wykonawcę wykonującego przedmiotową robotę budowlaną 10% udziału pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, jest nie zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (dalej ustawa o elektromobilności).

Zgodnie z nowelizacją ustawy o elektromobilności z dnia 2 grudnia 2021 r., do ustawy o elektromobilności dodany został art. 68 b. Zgodnie z brzmieniem art. 68 b., obowiązek wymagania przez zamawiającego odpowiedniego procentowego udziału pojazdów wskazanych w ustawie o elektromobilności, dotyczy tylko zamówień wymienionych w tym przepisie. W związku z brakiem ujęcia w treści art. 68 b robót budowlanych, do tego rodzaju zamówień nie stosuje się wskazanego wymogu. Potwierdzeniem takiego stanu prawnego jest również dokument pod nazwą *odpowiedzi na pytania zadane podczas webinarium dot. nowych obowiązków wynikających z nowelizacji ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych (11 stycznia 2022 r.), w zakresie merytorycznym Ministerstwa Infrastruktury*. Zgodnie z odpowiedziami na pytania nr. 39, 49 przedmiotowego obowiązku nie stosuje się do robót budowlanych (dokument w załączeniu pisma).

W związku z powyższym wnoszę o wykreślenie zapisu pkt. 15.9.3 SWZ.

Z uwagi na złożony zakres robót objętych niniejszym postępowaniem prosimy o przedłużenie terminu składania ofert.

Podpis jest prawidłowy 