

Warszawa, dnia 21 listopada 2022 roku

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

Odwołujący: **ERBUD INTERNATIONAL**
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka
KRS: 0000000746
tel.: 17 771 43 33
e – mail: erbud-international@erbud.pl

reprezentowana przez: **radcę prawnego Wojciecha Ryczana**
adres do doręczeń do pełnomocnika:
ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa
tel.: 22 548 70 00
e – mail: wojciech.ryczan@erbud.pl

Zamawiający: **Politechnika Lubelska**
ul. Nadbystrzycka 38 D, 20 – 618 Lublin
NIP: 7120104651
e-mail: bzp@pollub.pl
tel.: 81 538 46 96

Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej PZP) pn.: „**Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych.**” – znak postępowania: KP-272-PNU-91/2022

Ogłoszenie 2022/S 216-620691-PL z dnia 09.11.2022 r.,

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (zwana dalej „PZP”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:
- a) czynności ukształtowania konkretnych postanowień wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SWZ);
 - b) czynności ukształtowania konkretnych postanowień szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w treści dokumentacji technicznej, tj. w dokumencie Projekt Techniczny – „Opis Techniczny” części sanitarnej oraz dokumencie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót części sanitarnej stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ

II. Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzucam:

1. naruszenie **art. 16 PZP, art. 433 pkt 3 PZP, art. 647 KC i art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP**, poprzez przyjęcie:

- w **§ 9 ust. 4 lit. b), lit c) oraz lit d)** wzoru umowy, że końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu łącznie warunków takich jak usunięcie wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru (lit. b), zapłacenie przez Wykonawcę wymagalnych zryczałtowanych kosztów zużycia mediów (lit.c), bezskuteczny upływ terminu na wniesienie sprzeciwu przez organ nadzoru budowlanego do użytkowania budynku (lit.d)

podczas gdy stwierdzenie w trakcie odbioru końcowego występowania wad o charakterze nieistotnym nie wyłącza dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy i nie pozbawia Wykonawcy prawa do wynagrodzenia, a jego odbiór powoduje wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, jak również nie jest dopuszczalne uzależnianie obowiązku zapłaty wynagrodzenia (jego wymagalności) od zaistnienia zdarzeń przyszłych i niepewnych (w tym niezależnych od wykonawcy lub zależnych wyłącznie od Zamawiającego) i od poniesienia kosztów mediów,

2. naruszenie **art. 16 pkt 1 i 2 PZP, art. 437 ust. 1 pkt 4) PZP, art. 65 KC, art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP** poprzez przyjęcie:

- w **§ 9 ust. 7** wzoru umowy, że zapłata wymagalnego wynagrodzenia będzie następować w terminie 30 dni od daty łącznego spełnienia określonych w tym ustępie warunków, gdzie jednym z nich jest doręczenie Zamawiającemu wszystkich dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i w § 9 ust. 5 umowy, podczas gdy zgodnym zamiarem stron i celem umowy określonym w szczególności w **§ 9 ust. 5** wzoru umowy jest zapłata wykonawcy wynagrodzenia nawet jeśli nie przedstawi on wszystkich dowodów zapłaty, co jest równoznaczne ze wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, oraz wypłatą tego wynagrodzenia w pozostałej części w terminie 30 dni od dnia doręczenia faktury wystawionej zgodnie z umową;

3. naruszenie **art. 16 pkt 1 i 3 PZP, art. 484 KC, art. 483 § 1 KC, art. 647 KC i art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP** poprzez:

- a) wskazanie w **§ 16 ust. 2 lit. a)** wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 3 ust. 1 umowy **wynosi 0,5 % wynagrodzenia brutto** określonego w § 9 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub
- b) wskazanie w **§ 16 ust. 2 lit. b)** wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu konkretnego etapu/zadania/zakresu Przedmiotu Umowy **wynosi 0,5 % wynagrodzenia brutto** przypadającego za dany etap robót budowlanych, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów wynikających z zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego
- c) wskazanie w **§ 16 ust. 2 lit. c)** wzoru umowy, że kara umowna za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym Przedmiotu Umowy, a także w okresie gwarancji jakości i/lub rękojmi za wady, **wynosi 0,5 %**

wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, i/lub

- d) wskazanie w **§ 16 ust. 9** wzoru umowy, że łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć **50 % łącznego wynagrodzenia brutto** określonego w § 9 ust. 1 umowy

4. naruszenie art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 PZP, art. 99 ust. 4 PZP, art. 99 ust. 5 i ust. 6 PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie:

- w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ w zakresie instalacji wentylacji, że należy wykonać:
 - nawiewniki EXR.HP,
 - wentylatory VCR.HD
 - wentylatory VCR.PD
 - wentylatory RAT (w tym RAT.160.600, RAT .125.350)
 - wentylatory VAM
 - kratki wyciągowe higrosterowane BXC273
- w dokumencie Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) część sanitarna w zakresie wymagań dotyczących wykonania i odebrania instalacji wentylacji, w szczególności w rozdziale pn. „CPV 45331210-1 instalowanie wentylacji”, w pkt 2 (wymagania dotyczące właściwości materiałów) oraz w pkt 4 (wymagania dotyczące wykonania robót), że należy wykonać:
 - nawiewniki typu EXR.HP
 - wentylatory RAT.HB
 - wentylatory RAT.PB,
 - wentylatory kanałowe RAT.125.350
 - wentylatory kanałowe RAT.160.600
 - wentylatory HAT,
 - wentylatory wyciągowe typ VCR.HD
 - wentylatory wyciągowe typ VCR.PD
 - tłumiki HAT.125.1B.HD Aereco
 - kratki higrosterowane BXC273 AERECO
 - kratki wyciągowe ciśnieniowe BAP AERECO
 - wentylator dachowy HAT.125.1B.HD Aereco

podczas gdy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, czy źródeł wskazujących na produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, prowadząc do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych produktów (materiałów i urządzeń), gdzie jedynie wyjątkowo można opisać przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, czy też źródła, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" i przy jednoczesnym wskazaniu kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

5. naruszenie art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3, art. 99 ust. 4 PZP, art. 101 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie w

dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” części sanitarnej stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ, odnośnie instalacji wentylacji (na str. 9 tego dokumentu), że „wymaga się aby zastosowany system wentylacji posiadał udokumentowaną przeprowadzonymi badaniami minimalną kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił, jako przebadany, spójną całość”, podczas gdy żaden odrębny przepis nie uzależnia dopuszczenia systemu wentylacji, jak i jego poszczególnych elementów, do obrotu (zastosowania w budownictwie), od posiadania „minimalnej kategorii efektywności energetycznej A2” udokumentowanej stosownymi badaniami, a przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie m.in. szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, jak również w praktyce wyklucza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych pochodzących od innych producentów,

6. naruszenie **art. 16 PZP, art. 99 ust. 4 i ust. 5 i ust. 6 PZP, art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie w dokumencie Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącym element Załącznika nr 1 do SWZ w zakresie instalacji wentylacji na str. 9 tego dokumentu, że „użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu” oraz, że „mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia Zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót”, podczas gdy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności prowadząc do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych produktów poprzez dopuszczenie możliwości stosowania materiałów i urządzeń równoważnych w sposób jedynie iluzoryczny i w praktyce wyklucza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych pochodzących od innych producentów,

III. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ, a także zmiany treści dokumentu Projekt Techniczny – „Opis Techniczny” części sanitarnej oraz dokumentu STWiOR część sanitarna składających się na Załącznik nr 1 (Dokumentacja Techniczna) w następujący sposób:

1. **ad. II pkt 1 powyżej** – poprzez zmianę **§ 9 ust. 4 wzoru** umowy i nadanie mu następującego brzmienia:
- „4. Końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu łącznie następujących warunków:*
- a) wykonania przez Wykonawcę 100% zakresu robót określonego w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo-finansowym, o którym mowa w §1 ust. 4 Umowy.*

b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót.”

- 2. ad. II pkt 2 powyżej** – poprzez zmianę **§ 9 ust. 7** wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„7. Zapłata wymagalnego wynagrodzenia będzie następować w formie przelewu w terminie 30 dni od daty łącznego spełnienia następujących warunków:

- a) doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury częściowej lub końcowej, obrazującej wymagalne wynagrodzenie częściowe lub końcowe, o których mowa odpowiednio w ust. 3 i 4*
- b) doręczenia Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i ust. 5 niniejszego paragrafu, **z zastrzeżeniem zapłaty zgodnie z ust. 5 ostatnie zdanie niniejszego paragrafu**”*

- 3. ad. II pkt 3 lit. od a do c powyżej** – zmianę **§ 16 ust. 2 lit a) – c)** wzoru umowy poprzez nadanie tym postanowieniom następującego brzmienia:

*„a) za zwłokę Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy w wysokości **0,05 %** wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 Umowy;*

*b) za zwłokę w wykonaniu konkretnego etapu/zadania/zakresu Przedmiotu Umowy w wysokości **0,05 %** wartości wynagrodzenia brutto przypadającego za dany etap robót budowlanych, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów wynikających z zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego;*

*c) za zwłokę Wykonawcy, w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym Przedmiotu Umowy, a także w okresie gwarancji jakości i/lub rękojmi za wady – w wysokości **0,05 %** wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto, określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów usunięcia tych wad, wyznaczonych na podstawie § 12- 14 Umowy”*

- 4. ad. II pkt 3 lit. d powyżej** – zmianę **§ 16 ust. 9** wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„9. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których Strona może dochodzić od drugiej Strony, nie może przekroczyć **20 %** łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy.”*

- 5. ad. II pkt 4 powyżej** – poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna oraz zmianę treści dokumentu Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) część sanitarna stanowiących element Załącznika nr 1 do SWZ (Dokumentacja techniczna) i usunięcie z ich treści odnośnie instalacji wentylacji, ich opisu technicznego, opisu materiałów i robót do jej wykonania, zestawień materiałów odnoszących się do

instalacji wentylacji, następujących nazw materiałów i urządzeń oraz ich typów, wskazujących na pochodzenie od konkretnego producenta (dostawcy), takich jak w szczególności:

- „EXR.HP”,
- „VCR.HD”
- „VCR.PD”
- „RAT”
- „RAT.HB”
- „RAT.PB”,
- „RAT.160.600”
- „RAT.125.350”
- „VAM”
- „BXC273”
- „HAT”,
- „HAT.125.1B.HD Aereco”
- „BXC273 AERECO”
- „BAP AERECO”

oraz takie ukształtowanie postanowień wskazanych dokumentów aby zapewniały poszanowanie uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez wskazanie odpowiednich parametrów urządzeń i materiałów wystarczających do wykonania instalacji wentylacji tak aby zapewniały jej wykonanie w sposób obiektywnie uzasadniony potrzebami Zamawiającego i bez wskazywania na urządzenia i materiały pochodzące od konkretnego producenta,

6. **ad. II pkt 5 powyżej** – poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącego element Załącznika nr 1 do SWZ i usunięcie z jego treści odnośnie opisu technicznego instalacji wentylacji znajdujących się na str. 9 tego dokumentu następującego wymogu:

„Wymaga się aby zastosowany system wentylacji posiadał udokumentowaną przeprowadzonymi badaniami minimalną kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił jako przebadany spójną całość”

7. **ad. II pkt 6 powyżej** – poprzez zmianę treści dokumentu Projekt Techniczny - „Opis Techniczny” część sanitarna stanowiącego element Załącznika nr 1 do SWZ i usunięcie z jego treści odnośnie opisu technicznego instalacji wentylacji znajdujących się na str. 9 tego dokumentu następującego stwierdzenia:

„Użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu. Mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi, materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia Zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót”

- IV. Ogłoszenie dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zostało opublikowane przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej w dniu **9 listopada 2022 r.** W

związku z tym, że 10 dniowy termin upływał w sobotę, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

- V. **Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego**, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak projektowane postanowienia umowy w ramach zamówienia (Załącznik nr 4 do SWZ), jak również opisał przedmiot zamówienia w dokumencie Projekt Techniczny - Opis Techniczny część sanitarna i dokumencie STWiOR części sanitarnej stanowiących element Załącznika nr 1 do SWZ (Dokumentacja Techniczna) w sposób niezgodny z przepisami co zostało powyżej opisane, przez co Odwołujący, w razie zawarcia kontraktu, byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków wskazanych postanowień umowy i Dokumentacji technicznej, co skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.
- VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.
- VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. W zakresie zarzutu ad. II pkt 1

Zamawiający wskazał w **§ 9 ust. 4** wzoru umowy, że:

*„4. Końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu **łącznie** następujących warunków:*

- a) wykonania przez Wykonawcę 100% zakresu robót określonego w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo- finansowym, o którym mowa w §1 ust. 4 Umowy.*
- b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót **oraz usunięcie wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru.***
- c) zapłacenia przez Wykonawcę wymagalnych zryczałtowanych kosztów zużycia mediów, o których mowa w ust. 9 poniżej zgodnie z postanowienia tamże zwartymi,*
- d) **bezskutecznego upływu terminu na wniesienie sprzeciwu przez organ nadzoru budowlanego do użytkowania budynku.**”*

Powyższe oznacza, że Zamawiający warunkuje wypłatę końcowego wynagrodzenia za

wykonanie robót budowlanych (jego wymagalność) od usunięcia wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru końcowego, a więc również tych o charakterze nieistotnym (lit b), zapłacenia przez Wykonawcę wymagalnych zryczałtowanych kosztów zużycia mediów (lit c), bezskutecznego upływu terminu na wniesienie sprzeciwu przez organ nadzoru budowlanego do użytkowania budynku (lit. d)

Zgodnie z art. 647 KC przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast inwestor zobowiązuje się do jego odebrania i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z kolei w świetle ugruntowanego orzecznictwa sądów przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek lub niedoróbek. Przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad. Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku, w efekcie wynagrodzenie za ich wykonanie nie stałoby się wymagalne (wynagrodzenie końcowe).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 15.02.2019 r. w sprawie I ACa 548/18 *„Na gruncie umowy o roboty budowlane niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. **Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie (art. 647 k.c.).** Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji”.*

Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 12 marca 2021 r. w sprawie V CSKP 14/21 *„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady. Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 k.c.), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, **co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia.**”*

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r. w sprawie IV CSK 214/14 *„Jeżeli **dzieło ma wadę nieistotną, jego oddanie powoduje wymagalność roszczenia o zapłatę**”*

wynagrodzenia, przy czym zamawiający może domagać się usunięcia wady w oznaczonym terminie lub obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.”

Mając powyższe na uwadze, zastrzeżenie zawarte w **§ 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy**, że wynagrodzenie **staje się wymagalne dopiero po usunięciu wszystkich wad** stwierdzonych podczas odbioru, a więc również wad o charakterze nieistotnym, stoi w sprzeczności z treścią art. 647 KC i narusza swobodę kontraktowania wyrażoną w art. 353(1)KC i jako taki powinien zostać usunięty ze wzoru umowy.

Nie jest również zasadne w świetle wskazanych przepisów uzależnianie wypłaty wynagrodzenia od wskazanej w **§ 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy** konieczności zapłacenia przez Wykonawcę wymagalnych zryczałtowanych kosztów zużycia mediów, o których mowa w umowie. Zapłata wskazanych kosztów jest obowiązkiem ubocznym wynikającym z umowy i nie może warunkować spełnienia świadczenia głównego przez Zamawiającego, tj. przedmiotowo istotnych elementów umowy o roboty budowlane. Tym bardziej, że koszty zużycia mediów mogą być niewspółmiernie niższe niż wartość wynagrodzenia końcowego, którego zapłata (w całości) zgodnie ze wskazanym postanowieniem umowy zależy od uregulowania tych kosztów. Podkreślenia wymaga, że w takiej sytuacji Zamawiającemu mogą służyć inne mechanizmy prawne np. instytucja potrącenia, która umożliwia rozliczenie wzajemnych wierzytelności stron bez sztucznego blokowania wypłaty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

Ponadto, nie jest zgodnie z art. 647 KC i narusza swobodę kontraktowania wyrażoną w art. 353(1)KC wskazane w **§ 9 ust. 4 lit. c) wzoru umowy**, uzależnianie zapłaty (wymagalności) wynagrodzenia końcowego od bezskutecznego upływu terminu na wniesienie sprzeciwu przez organ nadzoru budowlanego do użytkowania budynku. Podkreślenia wymaga jak powyżej, że wyłącznie wystąpienie wady istotnej może unicestwić możliwość odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy. Taki warunek wymagalności wynagrodzenia został już jednak przewidziany w **§ 9 ust. 4 lit. a) i b) wzoru umowy**. Natomiast uzależnianie zapłaty wynagrodzenia od braku sprzeciwu organ wydającego decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, może doprowadzić do sytuacji, w której zapłata wynagrodzenia zależna będzie od okoliczności niezależnych od wykonawcy, a nawet okoliczności leżących po stronie samego zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że zamówienie ma być realizowane w oparciu o dokumentację projektową dostarczoną przez Zamawiającego i wykonaną na jego zlecenie przez profesjonalnego projektanta. Jakakolwiek wada projektowa wykryta przez organ na etapie wydawania decyzji PnU, czy też jakakolwiek niewłaściwa kwalifikacja ewentualnych zmian projektowych zaistniałych w trakcie realizacji inwestycji jako nieistotne w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego a zakwalifikowanych przez organ wydający decyzję PnU jako zmiany istotne, oznaczać będzie sprzeciw organu. Sprzeciw spowodowany przyczynami, które nie były jednak spowodowane wadliwą realizacją robót przez wykonawcę. Zamawiający nie może uzależniać zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od usunięcia takich nieprawidłowości. Wskazana przesłanka wymagalności wynagrodzenia obejmuje również swoim zakresem nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za zdarzenia od niego niezależne, ale również odpowiedzialność za potencjalne zdarzenia leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, co stoi w sprzeczności nie tylko z naturą umowy o roboty budowlane realizowanej w trybie zamówień publicznych, ale również z przepisem art. 433 pkt 3 PZP.

Opisany w lit c) warunek wypłaty wynagrodzenia (wniesienie sprzeciwu przez organ

administracji) ma w chwili zawarcia umowy na realizację zamówienia charakter warunku w rozumieniu art. 89 KC, ponieważ odnosi się do zdarzenia przyszłych i niepewnych. Powiązanie zapłaty wynagrodzenia z warunkiem w rozumieniu art. 89 KC godzi w naturę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353¹ w zw. z art. 647 KC). Umowa o roboty budowlane zostałaby pozbawiona jej przedmiotowo istotnych cech, gdyż spełnienie świadczenia wzajemnego polegającego na zapłacie wynagrodzenia uzależnione jest od okoliczności, których nie sposób przewidzieć, a przyczyna ich powstania może leżeć po stronie Zamawiającego, który odpowiada za poprawność dostarczonego projektu. Mając powyższe na uwadze taką przesłankę powstania wymagalności należności z tytułu wynagrodzenia należy ze wzoru umowy usunąć.

II. W zakresie zarzutu ad. II pkt 2

Zgodnie z **§ 4 ust. 12 umowy** „W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z podwykonawcą. Dla potwierdzenia dokonanej zapłaty, wraz z fakturą obejmującą wynagrodzenie za zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę, należy przekazać Zamawiającemu oświadczenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, potwierdzające dokonanie zapłaty całości należnego mu wymagalnego wynagrodzenia. Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego Wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie Zamawiającemu dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych tj. polecenie dokonania przelewu oraz oświadczenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy zawierające wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego we wzorze stanowiącym Załącznik nr 4 do Umowy, potwierdzające dokonanie zapłaty całości należnego mu wymagalnego wynagrodzenia.”

Zgodnie z **§ 9 ust. 5 umowy** „Niezależnie od powyższych postanowień oraz § 4 ust. 12 niniejszej umowy, warunkiem zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Do faktur wystawionych przez Wykonawcę załączone będzie zestawienie należności dla wszystkich Podwykonawców i dalszych Podwykonawców wraz z kopiami wystawionych przez Podwykonawców i dalszych Podwykonawców wymagalnych faktur. **W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w zdaniu pierwszym, wstrzymuje się wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty”**

Zgodnie z **§ 9 ust. 7 umowy** „Zapłata wymagalnego wynagrodzenia będzie następować w formie przelewu w terminie 30 dni od daty **łąznego** spełnienia następujących warunków:

- a) doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury częściowej lub końcowej, obrazującej wymagalne wynagrodzenie częściowe lub końcowe, o których mowa odpowiednio w ust. 3 i 4
- b) doręczenia Zamawiającemu **wszystkich dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i w ust. 5 niniejszego paragrafu**”

Zestawiając wskazane postanowienia umowy można dojść do wniosku, że zamiarem stron i celem umowy jest zapłata wykonawcy wynagrodzenia nawet jeśli nie przedstawi on wszystkich dowodów zapłaty, gdyż wyłącznie w tej części zgodnie z § 9 ust. 5 umowy Zamawiający dokona zatrzymania wynagrodzenia (tj. w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty), natomiast w pozostałej części Zamawiający, zgodnie z tym postanowieniem, ma obowiązek wypłaty wynagrodzenia. W sprzeczności z § 9 ust. 5 umowy stoi jednak treść § 9 ust. 7 lit. b) umowy, który stanowi, że zapłata wynagrodzenia nastąpi dopiero w terminie 30 dni od doręczenia Zamawiającemu wszystkich dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 12 i w ust. 5 niniejszego paragrafu. Oznacza to, że wskazany zapis uzależnia wypłatę wynagrodzenia od przedstawienia dokumentów takich jak m.in. wszystkie oświadczenia podwykonawców i wszystkie dowody zapłaty. Zapis jednoznacznie i wbrew postanowieniom § 9 ust. 5 umowy uzależnia zapłatę wynagrodzenia od przedstawienia wszystkich dokumentów. Jako wskazówkę interpretacyjną należy potraktować przepis art. 447 ust. 2 PZP, który odnosi się do umów trwających powyżej 12 miesięcy, ale Zamawiający przyjął w § 9 ust. 5 umowy analogiczny mechanizm wypłaty / częściowego wstrzymania wypłaty wynagrodzenia (w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty) jak w tym przepisie. Oznacza to, że wolą stron jest zastosowanie reguł wynikających z przepisów PZP, a nie uzależnianie wypłaty wynagrodzenia od przedłożenia wszystkich dokumentów (m.in. wszystkich oświadczeń podwykonawców i dowodów zapłaty). W tej sytuacji postanowienie umowy sprzeczne z jej celem i zgodną wolą stron powinno zostać zmienione zgodnie z ww. żądaniem Odwołującego.

III. W zakresie zarzutu ad. II pkt 3

Zawyżone w przedmiotowej sprawie zostały kary umowne wskazane przez Zamawiającego w projekcie umowy. Wskazać należy, że kara umowna pełni przede wszystkim funkcję zryczałtowanego odszkodowania, które prowadzić ma do naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela. Jako taka, kara umowna nie powinna być oderwana od ewentualnej szkody i nadmiernie wysoka.

Jak przykładowo wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 12 marca 2020 r. (sygn. akt V AGa 117/19), **„Względy aksjologiczne przemawiają za tym, iż zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, zaś szkoda - lub jej brak - determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej. Kara umowna może przy tym być rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 KC już w momencie jej zastrzeżenia albo stać się rażąco wygórowaną w następstwie późniejszych okoliczności, do których zalicza się fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma.”** Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 18 grudnia 2018 r. (sygn. akt IV CSK 491/17) wskazał że, **„Rażąco wygórowanie kary należy ważyć mając na uwadze stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością zobowiązania głównego, jak też długotrwałość, dolegliwość, istotność i konsekwencje naruszenia przez dłużnika obowiązków umownych.”** Także Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 kwietnia 2018 r. (sygn. akt V AGa 92/18) wskazał, że **„Kara umowna może być rażąco wygórowana już w momencie zawierania, czy nawet realizowania umowy (...).”**

Podobne stanowisko przedstawiała w swoim orzecznictwie także Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 30 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2219/17)

wskazała, że „Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). **O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika.** W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. **Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary** (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. **Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.**”.

Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w § 16 ust. 2 lit a) – c) wzoru umowy są rażąco wygórowane, nieadekwatne do potencjalnych uchybień i prowadzące potencjalnie do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego zarówno w odniesieniu do wysokości kar za pojedyncze uchybienia, jak i do łącznej wysokości możliwych do naliczenia kar umownych. W szczególności za pojedyncze uchybienia Wykonawca w praktyce może utracić kwoty odpowiadające istotnej części wynagrodzenia, bez względu na wysokość rzeczywistej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Praktyczna doniosłość zastrzeżenia przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kar umownych jest tym bardziej dotkliwa, że Zamawiający jest uprawniony do potrącania wskazanych kar umownych z bieżącego wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Przykładowo, gdyby wynagrodzenie, o którym mowa w § 9 umowy, wynosiło 10.000.000 zł, to kara umowna w wysokości 0,5% wynosiłaby 50.000 zł za każdy dzień zwłoki ! Oznacza to, że 10 dni zwłoki w np. usuwaniu wad, będzie miało wartość 500.000 zł a więc aż 5% przykładowego wynagrodzenia. Powyższe jest szczególnie wygórowane w odniesieniu do terminu usuwania wad, gdyż obejmuje również wady o charakterze nieistotnym, a więc potencjalnie niewielkiej wartości i nie wpływające na możliwość korzystania (użytkowania) z przedmiotu umowy. To oznacza, że Zamawiający pod pretekstem rozliczenia niewspółmiernie wysokich kar umownych, może w praktyce pozbawić Wykonawcę istotnej części wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

Również limit kar umownych przewidziany w § 16 ust. 9 umowy w wysokości aż 50% wynagrodzenia jest nadmierny, nieproporcjonalny i niespotykany w kontraktach publicznych (zwyczajowo wynosi maksymalnie 20% wartości wynagrodzenia) i jako taki powinien zostać zmieniony zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Kary umowne we wskazanej wysokości i wskazanym limicie ograniczają dostęp do zamówienia publicznego potencjalnym wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

W powyższych okolicznościach zasadne jest postawienie zarzutów i dokonanie zmian zgodnie z wnioskami przedstawionymi na wstępie niniejszego pisma.

IV. W zakresie zarzutu ad. II pkt 4, pkt 5 oraz pkt 6

Zasadą wynikającą z przepisu art. 99 ust. 4 PZP jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, w szczególności nie można wskazywać znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

O wyjątku od tej zasady stanowi przepis art. 99 ust. 5 PZP, który dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Mając powyższe na uwadze, za punkt wyjścia należy przyjąć zasadę, że Zamawiający prowadząc postępowanie przetargowe nie wskazuje konkretnych modeli materiałów lub urządzeń wskazujących na ich pochodzenie od konkretnego producenta.

Jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 821/18), „Przepis ten [dop. - art. 99 ust. 4 PZP dawny art. 29 ust. 3 PZP] zatem zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący niektórych wykonawców. Przepis ten owszem zawiera wyjątek od przewidzianego zakazu, ale ten wyjątek musi być interpretowany ściśle - czyli zamawiającemu tylko wtedy wolno wskazać znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, i dodatkowo wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Błędna jest więc interpretacja przepisu art. 29 ust. 3 ustawy zakładająca, że wolno zamawiającemu wskazywać na konkretne procesy, czy źródła charakteryzujące konkretnego dostawcę zawsze, o ile określi parametry równoważności.” Podobnie w uzasadnieniu uchwały KIO z 17 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 38/15) wskazane zostało, że „Wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, zamawiający powinien się do tego zastosować.”.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu, w dokumencie Projekt Techniczny część sanitarna - Opis Techniczny oraz w dokumencie STWiOR część sanitarna odnośnie wykonania instalacji wentylacji, Zamawiający wskazał wprost modele materiałów i urządzeń lub ich typy, których źródłem jest jeden producent – firma AERECO WENTYLACJA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Co ważne, przedmiot opisu, tj. roboty w zakresie wentylacji, obiektywnie nie wymagały takiego opisu przedmiotu zamówienia, tj. przy użyciu ww. nazw własnych, modeli i typów materiałów i urządzeń i są możliwe do wykonania na podstawie dokumentacji

wskazującej wyłącznie ich parametry funkcjonalne i użytkowe. Zamawiający złamał zatem w powyższym zakresie podstawową zasadę opisu przedmiotu zamówienia wyrażoną w art. 99 ust. 4 PZP. Nie zaistniały również przesłanki wyrażone w art. 99 ust. 5 PZP umożliwiające dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania modeli i typów urządzeń, ponieważ Zamawiający mógł bez tego opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, że niezbędne do zastosowania materiały i urządzenia Zamawiający mógł bez żadnych problemów opisać bez wskazania konkretnych modeli materiałów i urządzeń i ich producenta. Wentylacja jako system może być wykonana z materiałów i urządzeń pochodzących od innego producenta, jak i w sposób kombinowany – od różnych producentów. Powyższy wniosek jest tym bardziej uprawniony także dlatego, że jak wskazuje przedmiotowa sprawa, na rynku dostępne są materiały i urządzenia innych producentów spełniające wymagania Zamawiającego (gdyby nie oznaczenie ww. nazw własnych). Wskazanie w takiej sytuacji przez Zamawiającego konkretnych modeli materiałów i urządzeń i ich producentów stanowi naruszenie przez Zamawiającego wskazanego przepisu. Praktycznych skutków tego naruszenia przepisów przez Zamawiającego nie może ponosić Wykonawca.

Na marginesie dodać również należy, że Zamawiający opisując (wbrew ww. przepisom) przedmiot zamówienia za pomocą nazw, modeli i typów urządzeń w części sanitarnej dot. instalacji wentylacji, które wskazywały na ich jednego dostawcę (producenta), nawet nie wysilił się aby dodać wyrazy „lub równoważny”, co tylko utwierdza w przekonaniu, że każdy inny produkt będzie odrzucany przez służby Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia.

Powyższe uchybienie ww. przepisom nie może być konwalidowane poprzez użycie w Rozdziale III SWZ (opis przedmiotu zamówienia) zapisu że *„Wszelkie nazwy własne użyte w opisach przedmiotu zamówienia, określają minimalny dopuszczalny standard jakości przedmiotu zamówienia. Dopuszcza się możliwość przedstawienia w ofercie rozwiązań równoważnych tj. zaproponowanie produktów, które posiadają nie gorsze cechy jakościowe, wydajnościowe, użytkowe, od produktów wskazanych przez Zamawiającego, o walorach nie gorszych niż opisane w SWZ. Wykonawca jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego”*. Jest to zapis fikcyjny na co wskazuje sposób sformułowania dokumentów Projektu Technicznego - Opis Techniczny część sanitarna oraz STWiOR część sanitarna odnośnie wykonania instalacji wentylacji. Jak już wyżej wskazano ww. nazwy materiałów, urządzeń lub ich typów zostały tam wskazane wprost bez jakiegokolwiek sformułowania „lub równoważny”. Ponadto Zamawiający zamieścił w Projekcie Technicznym - Opisie Technicznym część sanitarna odnośnie instalacji wentylacji, na str. 9 Opisu technicznego części sanitarnej następujące sformułowania:

„Wymaga się aby zastosowany system wentylacji posiadał udokumentowaną przeprowadzonymi badaniami minimalną kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił jako przebadany spójną całość”

„Użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu. Mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi, materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia Zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających

możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót

Zamawiający odnośnie pierwszego wymaga aby cały system wentylacji, a więc wszystkie urządzenia wchodzące w jego skład, posiadał kategorię efektywności energetycznej A2 i stanowił jedną przebadaną całość. Taki zapis wprost wskazuje, że wszystkie urządzenia muszą pochodzić od jednego producenta. W kontekście instalacji wentylacji jest to wymóg nadmierny i obiektywnie nieuzasadniony. Wymóg taki narusza zasadę uczciwej konkurencji ograniczając dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom i możliwość stosowania nadających się do wykonania zamówienia urządzeń innych producentów niż firma AERECO. Inni dostawcy posiadają urządzenia i systemy wentylacyjne o parametrach odpowiadających niniejszemu zamówieniu, które jednak nie zostały poddane dobrowolnemu i nie wynikającemu z żadnych przepisów badaniu w zakresie ***kategorii efektywności energetycznej A2***. Podkreślenia bowiem wymaga, że wskazana kategoria energetyczna nie wynika z żadnych norm określonych przepisami, a jest jedynie badaniem prowadzonym przez prywatną firmę - Narodowa Agencja Poszanowania Energii S.A. prowadzącą określone badania, które sama sklasyfikowała na poszczególne kategorie efektywności energetycznej, według przez siebie wymyślonej metodologii. Jest to badanie całkowicie dobrowolne, odpłatne i nie wynikające z jakichkolwiek odrębnych przepisów prawa. Zgodnie z informacją zamieszczoną w internecie *w 2011 r. agencja rozpoczęła wydawanie ocen efektywności energetycznej dla systemów wentylacji. Systemy które uzyskały kategorię efektywności energetycznej NAPE A1, A2 i B1 są rekomendowane do stosowania przez Narodową Agencję Poszanowania Energii.*

Wymóg aby system wentylacji „stanowił jako przebadany spójną całość” i uzyskał powyższy prywatny certyfikat wskazuje na niezgodny z przepisami opis przedmiotu zamówienia, gdyż stwarza wymogi nie wynikające z odrębnych przepisów, nadmierne i ograniczające (utrudniające) uczciwą konkurencję oraz równe traktowania wykonawców. Tym samym wykonawcy mają ograniczony dostęp do zamówienia publicznego. Wymóg ten promuje materiały i urządzenia jednego producenta, praktycznie wyłączając lub sztucznie ograniczając możliwość skorzystania z produktów innych firm. Wymóg taki wyklucza również w praktyce zastosowanie jakiegokolwiek poszczególnego materiału lub urządzenia równoważnego, gdyż nie będzie stanowiło spójnej całości z produktami firmy AERECO zgodnie z ww. zapisem.

W kolejnym ww. stwierdzeniu na str. 9 Opisu Technicznego część sanitarnej, Zamawiający wprost wskazuje, że użyte w projekcie nazwy materiałów i urządzeń stanowią rozwiązania techniczne *umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu*. Co jest stwierdzeniem fałszywym, ponieważ urządzenia i materiały pochodzące od innych producentów taką realizację również by umożliwiały. Takie stwierdzenie jest wprost sprzeczne z zasadą wynikającą z art. 99 ust. 4 PZP. Przy czym w omawianym zapisie, Zamawiający dopuszcza możliwość zastąpienia tych urządzeń, ale wyłącznie urządzeniami równoważnymi (nie wskazuje parametrów równoważności) lub o lepszych parametrach. Punktem odniesienia będzie więc w praktyce karat katalogowa danego urządzenia firmy AERECO do której opisu (wykazu parametrów) będą porównywane parametry urządzenia innego producenta. Powyższe może okazać się niemożliwe do spełnienia, gdyż nie zostało wskazane, które z parametrów Zamawiający uważa za istotne, a urządzenia o tożsamy (wszystkich) parametrach mogą nie istnieć. Istotą równoważności nie jest poszukiwanie materiałów czy urządzeń identycznych do przykładowego, ale materiałów i urządzeń spełniających parametry

równoważności. Jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 24 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 256/14), „*Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. (...) Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ.*”.

Mając powyższe na uwadze, wskazane wymogi w Opisie Technicznym części sanitarnej mają na celu wyłącznie utrudnienie uczciwej konkurencji i ograniczenia przedmiotu zamówienia w zakresie instalacji wentylacji wyłącznie do zastosowania urządzeń konkretnego producenta. Taki zapis stoi w sprzeczności z postanowieniami art. 99 ust. 5 i ust. 6 PZP gdyby przyjąć, że możliwe i zasadne jest skorzystanie z wyjątków w opisie przedmiotu zamówienia przewidzianego w tych przepisach. Ponadto oba ww. zapisy ze str. 9 Opisu technicznego części sanitarnej stanowią naruszenie przepisów art. 16 pkt 1, i pkt 3 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego, niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia w odpowiedziach na pytania i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Mając powyższe na uwadze wnoszę w tym zakresie jak powyżej.

V.

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania. W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania daleko idących modyfikacji.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

W załączeniu:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od ERBUD dla pełnomocników;
3. informacja z KRS dot. ERBUD.;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;