

Poznań, 18 maja 2020 r.

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

**Odwołujący: Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
tel. (+48) 797 229 512  
fax: (61) 811 22 07  
e-mail: [emil.mikula@budimex.pl](mailto:emil.mikula@budimex.pl)

**Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie**  
ul. Grzybowska 80/82  
00-844 Warszawa  
Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie  
ul. 13B, 03194 Warszawa  
fax: +48 22 58 70 202  
tel. +48 22 58 70 211  
e-mail: [warszawa@wody.gov.pl](mailto:warszawa@wody.gov.pl)

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.:  
**„Udrożnienie i stabilizacja koryta Pilicy w kilometrach od KM 153+000 do 159+300”**  
**Numer sprawy nadany przez Zamawiającego: WA.ROZ.2810.46.2020**

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu **08.05.2020** pod numerem **2020/S 090-213758**.

## ODWOŁANIE

### I.

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. Zm.) – dalej: „PZP” – wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, polegającej na

niezgodnym z przepisami określaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: „SIWZ”:

#### A. W zakresie postanowień umownych.

- 1) Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, **zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego („Kc” ), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 14 ust. 1 PZP, art. 2 pkt 13) PZP oraz art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie określonych odpowiednio w § 10 ust. 4, §8a ust. 4 oraz §8b ust. 2 - Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy** postanowień w postaci warunków odbioru robót budowlanych od Wykonawcy w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonych postanowień Wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych (i w konsekwencji braku zapłaty umówionego wynagrodzenia) do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi,

#### B. W zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

- 2) art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel, jaki przyświeca warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców

Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie w pkt. 4.2.3. SIWZ o treści:

„a) Wykonawca wykonał nie wcześniej niż **w okresie ostatnich pięciu lat** przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagane minimum: jedna robota budowlana, **wykonana w ramach jednego kontraktu**, w zakresie:  
— udrożnienia rzeki lub zbiornika wodnego (odmulenie) poprzez wydobycie urobku pogłębiarkami ssąco-refulującymi w ilości co najmniej 100 000,00 m<sup>3</sup>,  
— wykonania umocnień materacami faszynowo - kamiennymi w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup>.

[..]

c) Wykonawca musi dysponować lub udowodnić, że będzie dysponował, **osobą do kierowania robotami budowlanymi**, których dotyczy oferta. Osoba ta musi posiadać uprawnienia w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń do kierowania robotami, lub odpowiadające wyżej wymienionym, ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa w zakresie pełnionej funkcji. W ramach kryterium doświadczenie kierownika robót, będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu

*robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco-refulującymi oraz wykonaniem umocnień materacami faszynowo-kamiennymi."*

- 3) **art. 91 ust. 2 pkt. 5 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia oraz utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a przede wszystkim w sytuacji, gdy tak sformułowane wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia pozostają bez istotnego wpływu na jakość wykonania zamówienia a stanowią przy tym - **aż 40% wagi kryterium wyboru oferty.**

Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy poprzez sformułowanie w pkt. 10.1.2. SIWZ o treści:

*„10.1.2. Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót [ D ]: 40 pkt. - obliczone wg następujących zasad:*

*W ramach kryterium doświadczenie kierownika robót będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi oraz wykonaniem umocnień materacem faszynowo-kamiennym.*

*Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w sposób następujący:*

*a) dla robót związanych z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi:*

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 1 000 000,00 zł - 10 pkt.;*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 2 000 000,00 zł - 20 pkt.;*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 3 000 000,00 zł - 30 pkt.;*

*b) dla robót związanych z wykonaniem umocnień materacem faszynowo-kamiennym:*

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy faszynowo-kamiennych o powierzchni do 250 m<sup>2</sup> - do 500 m<sup>2</sup> - 2 pkt.*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy faszynowo-kamiennych o powierzchni do 500 m<sup>2</sup> - do 850 m<sup>2</sup> - 5 pkt.*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy faszynowo-kamiennych o powierzchni powyżej 850 m<sup>2</sup> - 10 pkt.*

*Punktacja w kryterium „doświadczenie kierownika robót” będzie obliczona w sposób następujący*

*D = punkty uzyskane w ppkt. a) + punkty uzyskane w ppkt. b)*

*Z tytułu kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika Robót” wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt.*

*W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający dopuszcza zmianę osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Robót pod warunkiem, że nowo wprowadzone osoby będą posiadać kwalifikacje i doświadczenie nie mniejsze niż wymagane w SIWZ.*

*W przypadku gdy Wykonawca otrzymał w kryterium oceny ofert punkty za doświadczenie zawodowe Kierownika Robót, Zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji umowy zmianę tej*

*osoby pod warunkiem, że dla nowo wprowadzonej osoby oferta uzyskalaby liczbę punktów nie mniejszą niż dla wskazanej w tabeli załączonej do formularza ofertowego.*

## II.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów **Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:
  - a) **§ 10 ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„4. Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbioru końcowego, jeżeli w czasie tych czynności ujawniono istnienie takich wad, które uniemożliwiają lub utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, aż do czasu usunięcia tych wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i naliczyć kary umowne, zgodnie z § 6 ust. 2 pkt. a, tiret trzecie.”

### **otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„4. Jeżeli Przedmiot odbioru posiada wady, wówczas Zamawiający:

- a. w przypadku wystąpienia wad istotnych Przedmiotu odbioru ma prawo do odmowy dokonania odbioru,
- b. w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Przedmiotu odbioru dokona odbioru części przedmiotu umowy z jednoczesnym wyznaczeniem Wykonawcy terminu usunięcia wad nieistotnych, nie dłuższym jednak niż 14 dni (z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli czynniki niezależne od woli Wykonawcy lub względy technologiczne nie pozwalają na wykonanie prac w tym terminie wówczas okres ten może być wydłużony za zgodą Zamawiającego). Dla robót zanikających i ulegających zakryciu maksymalny termin usunięcia wad nieistotnych to 5 dni.
- c. w przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych Przedmiotu odbioru dokonania odbioru z jednoczesnym potrąceniem części wynagrodzenia z tytułu wystąpienia tych wad.”

- b) **§ 8a ust. 4 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„4. Podstawę do wystawienia faktury stanowi podpisany przez przedstawicieli Stron **bezusterkowy** protokół odbioru częściowego wraz z załącznikami:

- a. protokołem częściowym odbioru robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- b. kosztorysem powykonawczym, podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- c. obmiarem robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy.”

### **Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„4. Podstawę do wystawienia faktury stanowi podpisany przez przedstawicieli Stron protokół odbioru częściowego wraz z załącznikami:

- a. protokołem częściowym odbioru robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- b. kosztorysem powykonawczym, podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- c. obmiarem robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy."

c) **§ 8b ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„2. Podstawę do wystawienia faktury stanowi podpisany przez przedstawicieli Stron **bezusterkowy** protokół odbioru częściowego wraz z załącznikami:

- d. protokołem końcowym odbioru robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- e. kosztorysem powykonawczym, podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- f. obmiarem robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy”

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„2. Podstawę do wystawienia faktury stanowi podpisany przez przedstawicieli Stron protokół odbioru częściowego wraz z załącznikami:

- a. protokołem końcowym odbioru robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- b. kosztorysem powykonawczym, podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy,
- c. obmiarem robót podpisanym przez Inspektora Nadzoru i przedstawiciela Wykonawcy”

d) **Pkt 4.2.3 lit. a) SIWZ w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

*a) Wykonawca wykonał nie wcześniej niż **w okresie ostatnich pięciu lat** przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagane minimum: jedna robota budowlana, **wykonana w ramach jednego kontraktu**, w zakresie:*

- udroźnienia rzeki lub zbiornika wodnego (odmulenie) poprzez wydobywanie urobku pogłębiarkami ssąco-refulującymi w ilości co najmniej 100 000,00 m<sup>3</sup>,
- wykonania umocnień materacami faszynowo - kamiennymi w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup>.

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*a) Wykonawca wykonał nie wcześniej niż **w okresie ostatnich siedmiu lat** przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagane minimum: jedna robota budowlana, **wykonana w ramach jednego lub osobnych kontraktów**, w zakresie:*

- udrożnienia rzeki lub zbiornika wodnego (odmulenie) poprzez wydobycie urobku pogłębiarkami ssąco-refulującymi w ilości co najmniej 100 000,00 m<sup>3</sup>,
- **wykonanie umocnień materacami faszynowo – kamiennymi w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup> lub wykonanie umocnień materacami (matami) wierzbowo – kamiennymi w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup> lub wykonanie umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup>.**

e) **Pkt 4.2.3 lit. c) SIWZ w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

*c) Wykonawca musi dysponować lub udowodnić, że będzie dysponował, osobą do kierowania robotami budowlanymi, których dotyczy oferta. Osoba ta musi posiadać uprawnienia w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń do kierowania robotami, lub odpowiadające wyżej wymienionym, ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa w zakresie pełnionej funkcji. W ramach kryterium doświadczenie kierownika robót, będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco-refulującymi oraz wykonaniem umocnień materacami faszynowo-kamiennymi.*

**Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*c) Wykonawca musi dysponować lub udowodnić, że będzie dysponował **osobami** do kierowania robotami budowlanymi, których dotyczy oferta – **kierownik budowy oraz kierownik robót. Osoby te** muszą posiadać uprawnienia w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń do kierowania robotami, lub odpowiadające wyżej wymienionym, ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa w zakresie pełnionej funkcji. W ramach kryterium **odpowiednio** doświadczenie kierownika **budowy i robót**, będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco-refulującymi oraz **wykonanie umocnień materacami faszynowo – kamiennymi lub wykonanie umocnień materacami (matami) wierzbowo – kamiennymi lub wykonanie umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym, z tym że nie jest konieczne aby każda z tych osób posiadała doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi jednocześnie z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco-refulującymi oraz wykonaniem umocnień materacami faszynowo – kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) wierzbowo – kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym.***

f) **Pkt 10.1.2 SIWZ w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

*„10.1.2. Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót [ D ]: 40 pkt. - obliczone wg następujących zasad:*

*W ramach kryterium doświadczenie kierownika robót będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi oraz wykonaniem umocnień materacem **faszynowo-kamiennym**.*

*Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w sposób następujący:*

*a) dla robót związanych z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi:*

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 1 000 000,00 zł - 10 pkt.;*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 2 000 000,00 zł - 20 pkt.;*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 3 000 000,00 zł - 30 pkt.;*

*b) dla robót związanych z wykonaniem umocnień materacem **faszynowo-kamiennym**:*

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy **faszynowo-kamiennych** o powierzchni do 250 m<sup>2</sup> - do 500 m<sup>2</sup> - 2 pkt.*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy **faszynowo-kamiennych** o powierzchni do 500 m<sup>2</sup> - do 850 m<sup>2</sup> - 5 pkt.*
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu materacy **faszynowo-kamiennych** o powierzchni powyżej 850 m<sup>2</sup> - 10 pkt.*

*Punktacja w kryterium „doświadczenie kierownika robót” będzie obliczona w sposób następujący*

*D = punkty uzyskane w ppkt. a) + punkty uzyskane w ppkt. b)*

*Z tytułu kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika Robót” wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt.*

*W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający dopuszcza zmianę osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Robót pod warunkiem, że nowo wprowadzone osoby będą posiadać kwalifikacje i doświadczenie nie mniejsze niż wymagane w SIWZ.*

*W przypadku gdy Wykonawca otrzymał w kryterium oceny ofert punkty za doświadczenie zawodowe Kierownika Robót, Zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji umowy zmianę tej osoby pod warunkiem, że dla nowo wprowadzonej osoby oferta uzyskałaby liczbę punktów nie mniejszą niż dla wskazanej w tabeli załączonej do formularza ofertowego.”*

## **Otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*„10.1.2. Doświadczenie zawodowe **Kierowników Budowy lub** Robót [ D ]: 40 pkt. - obliczone wg następujących zasad:*

*W ramach kryterium doświadczenie kierownika **budowy lub** robót będzie brane pod uwagę doświadczenie przy kierowaniu robotami związanymi z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi oraz **wykonaniem umocnień materacami faszynowo - kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) wierzbowo - kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym.***

*Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w sposób następujący:*

*a) dla robót związanych z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco - refulującymi:*

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 1 000 000,00 zł*

- 10 pkt.;
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 2 000 000,00 zł
- 20 pkt.;
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną o wartości do 3 000 000,00 zł
- 30 pkt.;

b) dla robót związanych z **wykonaniem umocnień materacami faszynowo – kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) wierzbowo – kamiennymi lub wykonaniem umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym:**

- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu **w/w** materacy o powierzchni do 250 m<sup>2</sup> - do 500 m<sup>2</sup> - 2 pkt.
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu **w/w** materacy o powierzchni do 500 m<sup>2</sup> - do 850 m<sup>2</sup> - 5 pkt.
- doświadczenie przy kierowaniu 1 robotą budowlaną polegająca na wykonaniu **w/w** materacy o powierzchni powyżej 850 m<sup>2</sup> - 10 pkt.

Punktacja w kryterium „doświadczenie kierownika **budowy lub** robót ” będzie obliczona w sposób następujący:

$D = \text{punkty uzyskane w ppkt. a)} + \text{punkty uzyskane w ppkt. b)}$

Z tytułu kryterium „doświadczenie zawodowe Kierownika Robót” wykonawca może uzyskać maksymalnie 40 pkt.

W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający dopuszcza **odpowiednio** zmianę osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika **Budowy lub** Robót pod warunkiem, że nowo wprowadzone osoby będą posiadać kwalifikacje i doświadczenie nie mniejsze niż wymagane w SIWZ.

W przypadku gdy Wykonawca otrzymał w kryterium oceny ofert punkty za doświadczenie zawodowe **odpowiednio** Kierownika **Budowy lub** Robót, Zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji umowy zmianę tej osoby pod warunkiem, że dla nowo wprowadzonej osoby oferta uzyskaby liczbę punktów nie mniejszą niż dla wskazanej w tabeli załączonej do formularza ofertowego.”

- 2) o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

### III.

Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego Odwołania, gdyż jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym z zakresu którego przedmiotem są prace do wykonania w ramach niniejszego zamówienia, jest zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, jej wyborem przez Zamawiającego oraz wykonaniem zamówionych robót w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i opartej na nich umowie.

W konsekwencji, w przypadku wyboru jego oferty Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na bezpodstawne wstrzymywanie odbiorów robót, wynikające z tego opóźnienia w finansowaniu ich realizacji, na bycie bezpodstawnie obciążonym przez Zamawiającego karami umownymi z tytułu nieterminowego wykonania robót w sytuacji, w której Zamawiający odmawiałby dokonania odbioru robót mimo braku w nich wad istotnych, a także sprzecznie z naturą stosunku prawnego umowy o



roboty budowlane pozbawiony możliwości zapłaty wynagrodzenia za roboty, w stosunku do których stwierdzono jedynie wady nieistotne.

Zdaniem Odwołującego doszłoby w ten sposób do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy PZP i Kc, ze skutkiem jej częściowej nieważności z mocy prawa.

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, a także kryteriów oceny ofert, w odniesieniu do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tym samym wybór jego oferty i uzyskanie zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu oraz nadmiernych w stosunku do postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji i doświadczenia personelu i kryteriów oceny ofert, skutkujących ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, a tym samym naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego uwzględnienie umożliwi mu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia. Może również doznać szkody poprzez brak możliwości uzyskania i w konsekwencji realizacji zamówienia, a więc uzyskania wynagrodzenia z zyskiem.

#### IV.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane w dniu 08 maja 2020 roku wobec czego należy stwierdzić, że niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

### Uzasadnienie

#### Ad. I lit. A.

W zakresie regulacji dokonywania odbiorów robót budowlanych, w odpowiednio wyżej szczegółowo wymienionych postanowieniach **§ 10 ust. 4, §8a ust. 4 oraz §8b ust. 2 - Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy**, jaka ma zostać zawarta z wybranym Wykonawcą, Zamawiający wprowadził odpowiednio postanowienia, które naruszają art. 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 PZP, art. 2 pkt 13) i art. 14 P ust. 1 PZP.

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem – wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 – 658 Kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 Kc <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 647 Kc: *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.*

Już z literalnej wykładni art. 647 Kc wynika, że ustawowym obowiązkiem inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Poza dokonaniem wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w tym przekazaniem terenu budowy, dostarczeniem projektu oraz zapłatą umówionego wynagrodzenia, odbiór wykonanych robót budowlanych jest podstawowym obowiązkiem inwestora. Nie budzi również wątpliwości zarówno w doktrynie prawa jak i w orzecznictwie sądowym, że roboty budowlane stanowią zaawansowane technicznie i złożone świadczenie niepieniężne, składające się z poszczególnych elementów, które tak w całości, jak i z osobna cechuje wysoki poziom skomplikowania inżynierskiego, długotrwały okres realizacji, etapowanie oraz zinstytucjonalizowany nadzór budowlany. Odbiory robót unormowane są także w art. 654 Kc, a nadto – w zakresie w jakim związane jest to z wykonywaniem robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową – dotyczy ich przepis art. 656 § 1 Kc.

Należy bowiem mieć na uwadze, że ocena terminowości realizacji robót przez wykonawcę następuje przez wzgląd na terminy, według których – zgodnie z Wzorem umowy – uznaje się roboty za wykonane i możliwe do odbioru, co ma bezpośredni wpływ na możliwość fakturowania wynagrodzenia należnego Wykonawcy i na odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych – a zatem wad nie mających istotnego charakteru, skoro dają się usunąć – Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w protokole odbioru Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie. Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót.

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót – por. Pkt 1 tezy Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09**<sup>2</sup>. Analogiczne stanowisko zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w Pkt 2 Wyroku z dnia 09.10.2012 r. **I ACa 892/12**, przyjmując, iż „wady są istotne, jeżeli wskutek ich wystąpienia przedmiot umowy jest niezdatny do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (...)”.

W pierwszej kolejności wypadałoby poddać w wątpliwość wynikające z zapisów **§ 10 ust. 4, §8a ust. 4 oraz §8b ust. 2 - Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy** wzoru umowy oczekiwanie, by

<sup>2</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.04.2009 r. V ACa 88/09:

1. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.

2. Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.

3. Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie do powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC.

obiekt budowlany stanowiący przedmiot zamówienia, został wykonany całkowicie bezusterkowo. Wniosek ten płynie wprost z zaskarżonego niniejszym Odwołaniem postanowienia Wzoru umowy, skoro Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy odbioru również w razie wystąpienia wad nieistotnych, nadających się do usunięcia. Takie uprawnienie Zamawiającego jest **sprzeczne z naturą stosunku prawnego** umowy o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru umowy.

Odwołujący nie twierdzi rzecz jasna, iż nie ma obowiązku usunięcia wad swoich robót, lecz podnosi, że na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez wstrzymywanie odbiorów, co jest praktyką niedopuszczalną.

Powyższa wykładnia – mająca przez wzgląd na treść art. 139 ust. 1 PZP zastosowanie także w umowach w sprawie zamówień publicznych – nie budzi wątpliwości i jest poparta ugruntowaną już na przestrzeni ostatnich lat linią orzecniczą. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych.

W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad i ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem powoływanej przez Odwołującego linii orzecniczej w tej sprawie jest **Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07**. Zgodnie z jego tezą: „1. *Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*

2. *Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.*” W analogiczny sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w innych Wyrokach: z dnia 14.02.2007 r. **II CNP 70/06**<sup>3</sup> oraz z dnia 05.03.1997 r. **II CKN 28/97**<sup>4</sup>. Z kolei w uzasadnieniu Wyroku z 24.07.2009 r. **II CSK 61/09** Sąd Najwyższy stwierdził, że *inwestor może odmówić dokonania odbioru robót, jeśli stwierdzi w nich wady istotne, co a contrario oznacza, że nie może tego uczynić w przypadku wad nieistotnych, nadających się do usunięcia.*

Kolejnym przykładem tej linii orzecniczej stanowi Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 „*Należy przy tym zauważyć, że zasadniczo w orzecnictwie utrwalony jest pogląd, że zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliuguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub*

<sup>3</sup> Wyrok SN z 14.02.2007 r. II CNP 70/06: *Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.*

<sup>4</sup> Wyrok SN z 05.03.1997 r. II CKN 28/97: *Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.*

**wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania** (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 nie publ. )."

Powyższy kierunek orzekania znalazł pełną kontynuację również w najnowszym orzecznictwie sądów apelacyjnych, z którego Odwołujący przytacza w szczególności:

- 1) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r. **I ACa 860/13**:

*„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że 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. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”*

- 2) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r. **I ACa 1302/13**:

*„1. Przyczyn rażącego wygórowania kary umownej upatrywać należy w jej stosunku do poniesionej przez stronę szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym wysokość szkody może stanowić istotne kryterium redukcji kary umownej. 2. Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”*

- 3) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 20.12.2012 r. **I ACa 405/12**:

*„Czym innym jest zgłoszenie odbioru robót, czym innym stwierdzenie wad w wykonaniu robót. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 654 KC). W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad.”*

- 4) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r. **I ACa 1046/12**:

*„1. Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne.*

*2. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.*

*3. Choć poprzez odesłanie zawarte w art. 656 KC ustawodawca dopuścił odpowiednie stosowanie części zapisów dotyczących umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane, to w jednak w katalogu zawartym w tym przepisie, brak jest odesłania do art. 632 KC. Nawet w*

*sytuacji uznania stanowiska, co do możliwości zastosowania ostrożnej analogi przepisów dotyczących umowy o dzieło do umów o roboty budowlane również w tej kwestii zważyć należy, że dotyczy on wyłącznie uprawnienia do domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przez przyjmującego zamówienie."*

5) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09**:

*„1. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.*

*2. Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.*

*3. Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC."*

Wszystkie wyżej przytoczone judykaty świadczą o prawidłowości takiej wykładni powołanych przez Odwołującego przepisów, zgodnie z którą po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru robót, Zamawiający ma obowiązek odbioru dokonać, zaś w razie ujawnienia w toku odbioru wad nadających się do usunięcia, strony umowy winny wady wyspecyfikować i poczynić ustalenia dotyczące sposobu i terminu ich usunięcia, jednak dopóki w robotach nie występują wady istotne, Zamawiający nie może odmówić dokonania odbioru.

Prawo Zamawiającego do domagania się usunięcia wad robót (zwłaszcza nieistotnych) realizowane jest na gruncie przepisów o odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Podkreślić należy, że dokonanie odbioru częściowego i końcowego nie pozbawia inwestora uprawnień do żądania usunięcia wad odbiorowych, tak m. in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CSK 120/15 „*Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Dlatego też odbiór części robót i zapłata części wynagrodzenia nie jest równoznaczne z rozliczeniem stron w tym zakresie ze skutkiem wygaśnięcia wzajemnych roszczeń i pretensji. Końcowe rozliczenie robót może obejmować bowiem także już odebrane prace i rozliczone finansowo, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko co do dokonanych już wcześniej rozliczeń częściowych. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli do końcowego rozliczenia robót nie dojdzie, nie oznacza to, że wykonawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak w przypadku, gdyby nie przedstawiały one żadnej*

*wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn."*

Przyznanie zatem Zamawiającemu w **§ 10 ust. 4, §8a ust. 4 oraz §8b ust. 2 - Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzoru umowy** wzoru umowy, uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robót w przypadku stwierdzenia w nich wad usuwalnych (a konsekwencji także odmowy i/lub nadmiernego wydłużenia terminu zapłaty wynagrodzenia za ich wykonanie), jest sprzeczne z ustawą oraz naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane.

Wypada też zaznaczyć, że treść tych postanowień Wzoru umowy w brzmieniu proponowanym przez Odwołującego, nie pozbawia Zamawiającego żadnych uprawnień jakie mu przysługują z mocy powszechnie obowiązującego prawa.

## **Ad. I lit. B pkt 2)**

Zamawiający regulując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w sposób opisany jak wyżej w znaczny sposób ograniczył krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia.

Ustanowienie warunków udziału w ten właśnie sposób nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach oraz narusza wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

Tymczasem Zamawiający jest zobowiązany do opisanie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, a także aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO w tym zakresie nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji (tak: wyrok KIO 1081/17 z 19.06.2017 r., wyrok KIO 1030/17 z 8.06.2017 r.).

Postawienie określonego rodzaju warunków udziału w postępowaniu nie może zatem prowadzić, czy też mieć na celu uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do należytego wykonania danego zamówienia. Jednocześnie przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu należy mieć na względzie przede wszystkim to, iż postawienie określonych warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ma na celu przede wszystkim umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny, czy wykonawca składający ofertę jest w stanie wykonać dane zamówienie.

Zasada proporcjonalności nakazuje, aby zamawiający w postępowaniu podejmował tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tj. sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia). Cel ten nie może być jednak interpretowany w ten sposób, aby od potencjalnego wykonawcy wymagać wykazania się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia.

Już samo określenie wymogu zdolności technicznej poprzez konieczność wykazania doświadczenia w zakresie:

- 1) wykonania dwóch zadań,
- 2) w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert,
- 3) zakres każdego z nich to jednocześnie robota budowlana, zrealizowana **w ramach jednego kontraktu w postaci świadczeń polegających na:**

- a. **udrożnieniu rzeki lub zbiornika wodnego (odmulenie) poprzez wydobycie urobku pogłębiarkami ssąco-refulującymi i to w ilości co najmniej 100 000,00 m<sup>3</sup>,**
- b. wykonania umocnień (tylko) **materacami faszynowo – kamiennymi i to w ilości co najmniej 800 m<sup>2</sup>**

- jest wymogiem w znaczący sposób ograniczającym liczbę wykonawców zdolnych zdaniem Odwołującego do wykonania zamówienia.

Nie ma w ocenie Odwołującego różnicy pomiędzy legitymowaniem się doświadczeniem w ramach jednego zadania wykonaniem jednocześnie obu w/w świadczeń polegających na odmuleniu i wykonaniu umocnień. Są to bowiem roboty, które i tak muszą nastąpić po sobie. Nie da się ich praktycznie wykonywać „równolegle”. Wykonawcy więc w ocenie Odwołującego powinni móc wykazać się w ramach warunku udziału w niniejszym postępowaniu doświadczeniem, które nie łączy w ramach jednego zadania obu tych robót.

**Mnogość i wysoki stopień szczegółowości warunków zawężających**, definiujących oczekiwania Zamawiającego prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji. Trzeba podnieść w tym miejscu, że roboty hydrotechniczne nie cechują się taką dużą powtarzalnością jakiej oczekuje w ramach tego zamówienia Zamawiający.

W szczególności w ocenie Wykonawcy nie ma istotnej różnicy przy wykonywaniu umocnień:

- 1) materacami faszynowo – kamiennymi lub
- 2) wykonaniem umocnień materacami (matami) wierzbowo – kamiennymi lub
- 3) wykonaniem umocnień materacami (matami) naturalnymi z narzutem kamiennym.

- a tym same zawężania w ramach niniejszego zamówienia doświadczenia wykonawcy w zakresie jedynie tych pierwszych.

W ocenie Odwołującego w/w wymogi Zamawiającego zespolone w jedno oczekiwania drastycznie ograniczają konkurencję w ramach niniejszego zamówienia, pomimo tego że wykonawcy są w stanie wykazać się doświadczeniem w zakresie każdego z tych szczegółowych warunków.

W związku z powyższym tak sformułowane warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ograniczają możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy byliby w stanie należycie i rzetelnie wykonać przedmiot zamówienia.

W konsekwencji takiego działania Zamawiającego zostają ewidentnie naruszone obowiązujące normy prawne. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt. KIO 371/17 stwierdziła, iż, swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz

przeciwnie. Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter "minimalny", co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personel, zasoby techniczne, finansowe itd.

Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za „minimalny”.

Jednocześnie w dotychczasowym orzecznictwie podkreślane jest, iż naruszeniem wymogów, jakie ustawodawca stawia Zamawiającemu, będzie ograniczenie - w zakresie możliwego do powołania doświadczenia o takie do prac tożsamyh z pracami, jakie mają być zrealizowane.

Wskazała to m.in. KIO w wyroku sygn. akt KIO 1030/17, gdzie podniosła, że trudno doszukiwać się proporcjonalnych warunków w sytuacji domagania się tego, by wykonawca przedstawił doświadczenie w realizacji tożsamego zadania w stosunku do tego, które jest objęte przedmiotem zamówienia. Izba wskazała, że: „Odwołując się do ugruntowanego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego rozumienia pojęcia "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", użytego w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które zachowuje swą aktualność, Izba wskazuje, że zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. W orzecznictwie wypracowano pogląd, iż pod pojęciem "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania, (np. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2014r. Sygn. akt KIO 2358/15, wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014r. Sygn. akt KIO 938/14, uchwała KIO z dnia 8 października 2014r.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Cdmune di Milano (C-376/OfI), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, wymagania. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15).



Dodatkowo konieczność wykazania się robotami spełniającymi wymogi jak wyżej w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawia, że niezwykle trudnym jest znalezienie w Polsce czy nawet na terenie Unii Europejskiej obiektu spełniającego wszystkie wymagane cechy i parametry.

Oczywistym jest, iż wykonanie zadania, gdzie łącznie wykonane będą prace dotyczące odmulania i wykonywania umocnień nie różni się od przypadku, gdy wykonawca wykona te prace w ramach dwóch różnych zadań. W konsekwencji wprowadzenie wymogów, które nie są wymogami minimalnymi stanowi naruszenie przepisów ustawy. Nie można bowiem dokonać żadnego logicznego rozumowania, które wskazywałoby, że jedynie wykonawcy, którzy wykonali tego rodzaju prace w ramach jednego zadania, mają wystarczające doświadczenie, by być dopuszczonym do realizacji niniejszego.

### **Ad. I lit. B pkt 3)**

Odwołujący jest świadomy, że Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08). W opinii Odwołującego warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny muszą być obiektywne i nie mogą nie tylko utrudniać udziału w postępowaniu, ale nie mogą też nikogo faworyzować.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż cena jest obligatoryjnym, lecz nie jednym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Obok ceny zamawiający powinien co do zasady zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy PZP ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. W konsekwencji oznacza to, iż zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy PZP. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do zamawiającego. To sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy PZP). W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

W świetle w/w argumentów Odwołujący pragnie jednakże podnieść, że kryteria mają wpływ na wartość samej oferty. Położenie nadmiernego akcentu (w ramach niniejszego postępowania waga tego

kryterium wynosi aż 40%) na niektóre aspekty zamówienia, które nie wpływają w znaczący sposób na jakość, terminowość ani inne aspekty należytego wykonania zamówienia spowoduje, że tylko wykonawca dysponujący takim zasobem jak określony w SIWZ kierownik budowy lub robót ma de facto szansę na złożenie konkurencyjnej oferty w ramach niniejszego zamówienia.

Do aspektów takich, w świetle także postawionych przez Zamawiającego także warunków udziału w niniejszym postępowaniu, na pewno nie można w ocenie Odwołującego zaliczyć w zakresie:

- 1) **tylko jednej osoby - kierownika robót – z doświadczeniem w zakresie robót związanych z odmuleniem rzek i zbiorników wodnych pogłębiarkami ssąco-refulującymi**
- 2) **i jednocześnie w zakresie robót związanych z wykonaniem umocnień materacem**
- 3) **i to tego tylko z jednym jego typem tj. faszynowo-kamiennym.**

Odwołujący pragnie podkreślić, że zmiany zaproponowane w pkt II niniejszego odwołania uzasadnia zwiększeniem aspektu konkurencyjności do rynkowego poziomu, przy jednoczesnym zachowaniu promowanej przez Zamawiającego wysokiej jakości nadzoru nad planowanymi do wykonania robotami.

**Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego powołanych w pkt I. niniejszego odwołania, wnosi jak na wstępie, zastrzegając jednocześnie możliwość bardziej szczegółowego rozwinięcia w/w uzasadnienia na rozprawie.**

Zdaniem Odwołującego zaproponowana zmiana treści warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert doprowadzi do umożliwienia złożenia oferty i udziału w postępowaniu Odwołującemu, a także innym podmiotom dającym gwarancję realizacji zamówienia w zakresie robót budowlanych na najwyższym poziomie.

#### **Załączniki:**

1. odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis Odwołującego z KRS,
3. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.