



Pruszków, dnia 23.06.2021 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa

Tel: +48 (89) 521 71 13

E-mail: zamowienia.publiczne-poznan@wody.gov.pl

Adres platformy zakupowej: <https://www.przetargi.wody.gov.pl>

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Magdalenę Marciniak

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10

05-800 Pruszków

E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com

Tel.: 788-957-521

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego „Zbiornik Tulce gm. Kleszczewo, pow. poznański” Oznaczenie sprawy: PO.ROZ.2810.33.2021

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00087765/01 z dnia 2021-06-18.

Działając w imieniu Spółki Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie przepisu art. 513 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „PZP”), wnoszę na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego, tj.:

1) na wymogi dokumentacji 2 dołączonej do SWZ jako uzupełnienie treści SWZ i opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z modyfikacją z dnia 21 czerwca 2021r. w zakresie w jakim z treści dokumentu Porozumienie nr PW/19/04/2021 z dnia 19.04.2021 r., wynikają inne niż wskazane w SWZ warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki techniczne, powodujące podwójną weryfikację kompetencji i uprawnień wykonawcy, w tym na etapie realizacji umowy przez podmiot inny niż zamawiający w postępowaniu co powoduje poza ustawową weryfikację wykonawców w sposób sprzeczny z przepisami i zasadami ustawy Pzp oraz w sposób pozbawiony procedur ustawy Pzp, w tym przez podmiot do tego nieuprawniony.

2) na postanowienia § 14 ust 2 projektu umowy (załącznik nr 9 do SWZ) w jakim nie przewiduje on jasnych i precyzyjnych przesłanek zmiany umowy, w tym przesłanki zmiany umowy co do terminu realizacji, zakresu jak i wynagrodzenia w sytuacji nieprzekazania placu budowy jak i opóźnień spowodowanych działaniem lub zaniechaniem innych podmiotów w tym gestorów i dystrybutorów sieci tj. podmiotów trzecich od uzgodnień i warunków których zależy realizacja przedmiotowego zamówienia a przez to przerzucenia nadmiernego i niezgodnego z zasadami kontraktowania ryzyka na wykonawców.

3) na postanowienie § 14 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 9 do SWZ) w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje uprawnienie wykonawcy do zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny kluczowych materiałów mających istotny wpływ na cenę oferty, przy zachowaniu następujących warunków:

- (i) wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od kolejnego pełnego kwartału roku od złożenia kosztorysu, gdy wartość zmiany cen ww. materiałów przekroczy 25 % w stosunku do stawek określonych w cennikach Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert i utrzyma się przez okres 3 miesięcy, • waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik wzrostu średnich cen produkcji budowlano -montażowej, publikowany przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS przez zmianę ceny materiałów rozumie się wzrost odpowiednio średnich cen lub kosztów, względem średnich cen publikowanych przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS.
- (ii) wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że na dzień zaistnienia podstaw do waloryzacji, średnie ceny wskazane w Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert są niższe aniżeli średnie ceny produkcji budowlano - montażowej, publikowane przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS
- (iii)

Opisanym wyżej czynnościami Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 PZP i art. 99 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP poprzez zaniechanie określenia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób jasny, wyczerpujący oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przez to w sposób ograniczający konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
2. naruszenie art. 16 PZP w zw. z art. 134 Ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 5 i art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie istotnych postanowień Umowy w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami

Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;

3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz art. 99 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Ponadto przesłanka waloryzacyjna jest niejednoznaczna i niedostatecznie dokładna bowiem została przedstawiona przy użyciu nieprecyzyjnych i wieloznacznych pojęć jak „kluczowe materiały”, „istotne do wyceny” oraz poprzez odesłanie do 3 różnych „źródeł” jako podstaw waloryzacji tj. Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS – podczas gdy te podstawy potrafią się znacząco różnić a wskaźników GUS jest co najmniej kilkadziesiąt.
4. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności;

a w konsekwencji naruszenie:

5. art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i pkt. 3 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez przerzucenie na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany treści SWZ i ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób jasny i precyzyjny poprzez usunięcie pliku dokumentacja 2 jako integralnej części SWZ i opisu przedmiotu zamówienia, względnie – wyłączenie/wykreślenie dodatkowych wymagań wynikających z pliku dokumentacja 2 dotyczących kwalifikacji podmiotowych i przedmiotowych wykonawców, poza określonymi w dokumencie SWZ i ogłoszeniu.
- 2) zmiany treści projektu umowy tj. Załącznika nr 9 do SWZ w zakresie § 6 poprzez dodanie postanowienia np. jako kolejnych ust. 7 i 8 w brzmieniu:

ust 7 Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za działania i zaniechania Zamawiającego oraz osób trzecich w szczególności gestorów/dystrybutorów sieci,

niezwiązanych z wykonawcą tj. niebędących podmiotami przy pomocy których wykonawca realizuje zamówienie. W szczególności wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe przekazanie placu budowy, czasowe lub trwałe wstrzymanie wykonania robót oraz inne przeszkody spowodowane przez osoby i podmioty trzecie z tytułu roszczeń wynikających z zawartych umów, uzgodnień i porozumień z Zamawiającym.

Ust 8 w przypadku opóźnień lub innych przeszkód o których mowa w ust. 7 Wykonawca uprawniony będzie do wystąpienia z wnioskiem o zmianę umowy w trybie art. 14 Umowy.

3) zmiany treści projektu umowy tj. Załącznika nr 9 do SWZ w zakresie § 14 poprzez:

- a) dodanie przesłanki zmiany umowy w brzmieniu: *Umowa ulegnie zmianie w zakresie terminu, sposobu lub zakresu realizacji, przedmiotu Umowy a także wynagrodzenia w sytuacji opóźnień lub innych przestojów spowodowanych działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego lub osób trzecich, za których odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca, w szczególności w sytuacji odmowy terminowego przekazania lub udostępnienia terenu budowy, uniemożliwienia terminowego dokonania odbioru robót lub uniemożliwienia Wykonawcy zachowania terminów wynikających z Harmonogramu.*
- b) Zmianę przesłanki z ust 3 dotyczącej waloryzacji wynagrodzenia na:
 - *wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od pełnego kwartału od złożenia kosztorysu ofertowego, gdy wartość zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej określany dla Budowy inżynierii lądowej i wodnej ogłaszany miesięcznie przez GUS przekroczy 2,5 % w stosunku do wartości wskaźnika na dzień otwarcia ofert,*

wykreślenie punktów o treści

- [3.3] waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik wzrostu średnich cen produkcji budowlano -montażowej, publikowany przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS przez zmianę ceny materiałów rozumie się wzrost odpowiednio średnich cen lub kosztów, względem średnich cen publikowanych przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS.
- [3.4] wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że na dzień zaistnienia podstaw do waloryzacji, średnie ceny wskazane w Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert są niższe aniżeli średnie ceny produkcji budowlano -montażowej, publikowane przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS,
- [3.5] wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 umowy. Postanowień dotyczących waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa powyżej.

I wprowadzenie w to miejsce zapisu:

Waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie dla robót pozostających do wykonania po zaistnieniu przesłanek do jej zastosowania określonych powyżej, z tym wskazaniem, iż wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do wartości 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust 1 umowy.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w zakresie inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, Odwołujący mimo posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty.

Odwołujący chciałby złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu a w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty, Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Treść umowy, jaką opracował Zamawiający narusza przepisy PZP i zasady określone w Kodeksie cywilnym.

W kontekście interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazuje za zachowującym w obecnym stanie prawnym aktualność stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia)**. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”¹

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia w postaci zawarcia umowy, jest jej realizacja ze skutkami wynikającymi na etapie,

¹ Wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., KIO 2036/10.

na którym nie już ma możliwości kwestionowania postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SWZ. Dla uznania interesu danego Wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu².

Termin:

W dniu 18.06.2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie w BZP pod numerem 2021/BZP 00087765/01, zatem wniesienie odwołania następuje z zachowaniem terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP. Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu i pozostałe wymogi formalne:

Odwołujący oświadcza, iż w dniu 23.06.2021 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania za pomocą platformy i na e-mail, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt 2 PZP. Do odwołania dołączono ponadto dowód uiszczenia opłaty od odwołania w wymaganej wysokości oraz pełnomocnictwo do reprezentacji odwołującego.

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych - Budowa zbiornika retencyjnego - Zbiornik Tulce, gm. Kleszczewo, pow. poznański -RZGW Poznań

Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Ad. 1

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 PZP i art. 99 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP poprzez zaniechanie określenia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób jasny, wyczerpujący oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przez to w sposób ograniczający konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 18.06 2021 roku opublikował dokumentację postępowania w tym SWZ, projekt umowy i ogłoszenie, w których wskazał konkretne warunki udziału w postępowaniu za pomocą których będzie weryfikował wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. W dniu 21.06.2021 roku Zamawiający dokonał samoistnej modyfikacji SWZ poprzez dodanie dodatkowej dokumentacji (plik dokumentacja 2), w której znajdują się m.in. uzgodnienia z gestorami/dystrybutorami sieci. Dokumenty te wola Zamawiającego mają stanowić uzupełnienie treści SWZ i stanowić opis przedmiotu zamówienia. W dokumentach tych znajdują się zapisy mówiące o dodatkowych wymaganiach i warunkach, jakie mają być

² Wyrok KIO z dnia 30.08.2017r., KIO 1718/17.

wymagane od wykonawców na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i warunków realizacji zamówienia, które nie korelują z warunkami znajdującymi się we właściwej dokumentacji przetargowej. Dodatkowo zapisy dokumentacji 2 są niejasne i nieprecyzyjne, bowiem nie wiadomo kto i na jakim etapie dokona oceny spełnienia tych warunków oraz jakim skutkiem obarczone będzie ich niespełnienie. Przykładowo, w Porozumieniu z Gaz Systems znajdującym się w przekazanym w dniu 21.06.2021 roku pliku dokumentacja 2 istnieją następujące wymogi:

§ 3 pkt 2

GAZ-SYSTEM, uprawniony jest do niedopuszczenia do rozpoczęcia wykonania proc etapu I Wykonawcę prac, który nie spełnia wymagam określonych W Załączniku nr 2 do niniejszego Porozumienia oraz W Warunkach Technicznych Nr OP- DL.4I3I .28.2014.10 z dnia 06.I 2.2019 r. Podmiot zobowiązuje się W terminie min. 90 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia prac związanych z przebudowa sieci gazowej do przekazania do GAZ-SYSTEMU dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów przez Wykonawca proc. GAZ-SYSTEM zobowiązuje się w terminie do 21 dni od dnia otrzymania ww. dokumentów do wydania opinii czy dany Wykonawca prac spełnia wymagane wymogi czy też nie spełnia.

§ 3 pkt 5

Podmiot zobowiąże każdego Wykonawcę prac oraz wykonawcę Inwestycji a on swoich podwykonawców do złożenia pisemnego oświadczenia o zapoznaniu się z treścią niniejszego porozumienia i zobowiązaniu się do realizacji wszystkich jego postanowień.

§ 3 ust 9

Podmiot zobowiąże każdego Wykonawcę robót oraz wykonawcę Inwestycji a on swoich podwykonawców do złożenia pisemnego oświadczenia o zapoznaniu się z treścią niniejszego porozumienia i zobowiązaniu się do realizacji wszystkich jego postanowień.

Załącznika nr 2

Prace związane Z przebudowa gazociągu może realizować jedynie Wykonawca lub Wykonawcy proc którzy spełniający łącznie następujące wymagania:

1. posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

2. Posiadają niezbędną wiedza i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia niepublicznego. Zamawiający uzna spełnienie powyższego warunku, jeżeli Wykonawcy:

2.1. W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu skradania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - W tym okresie, zrealizowali (zakończyli) należycie co najmniej dwa przedsięwzięcia polegające na budowie, przebudowie, modernizacji lub remoncie gazociągu wysokiego cienienia, o wartości każdego zadania nie mniejszej niz. 500 000 zł brutto,

2.2. dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, W tym co najmniej:

- a) 1 osoba posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane w zakresie sieci gazowych wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa.
- b) 1 osoba posiadająca świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, remontów i montażu (...)
- c) 2 osoby posiadające świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, remontów i montażu (...)

Spełni wszystkie wymogi i obowiązki określone w Warunkach Technicznych nr OP- DL-4131 28.2014 Z dnia 06-12-2019r. w tym w szczególności określonych W pkt III ppkt I i II pp kl 13 ww. Warunków Technicznych.

Ponadto z SWZ i ogłoszenia wynika, że wykonawca będzie weryfikowany na etapie postępowania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o pkt 7.2 SWZ, w tym w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności ekonomiczno -finansowej oraz zdolności zawodowej która w SWZ brzmi w skrócie:

7.2 pkt d) 1)

Na potwierdzenie tego warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub odbudowie, zapór ziemnych zbiorników hydrotechnicznych lub wałów przeciwpowodziowych o wartości łącznej brutto robót dotyczących zapór ziemnych lub wałów przeciwpowodziowych minimum 3 mln zł

oraz

7.2. pkt d) 2)

na potwierdzenie tego warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje co najmniej jedną osobą, uprawnioną do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie – do kierowania robotami budowlanymi odpowiednio jako kierownik budowy lub kierownik robót w specjalności hydrotechnicznej, melioracji wodnych lub konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która obejmuje zakresem roboty hydrotechniczne dotyczące obiektów budowlanych gospodarki wodnej lub melioracji wodnych oraz posiadającą co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu tymi robotami.

Powyższe prowadzi do jednoznacznych wniosków że na etapie postępowania Zamawiający zbada wykonawców w oparciu o przesłanki opisane w pkt 7.2 SWZ zaś na etapie realizacji umowy będzie dodatkowo weryfikowany przez podmiot trzeci- Gaz Systems z pominięciem procedury Pzp z zupełnie innych wymagań, które sprecyzowane zostały ww. zapisach Porozumienia z dnia 19.04.2021 roku. Wykonawcom nie jest przy tym znany skutek takiej weryfikacji - czy doprowadzi on zasadniczo do opóźnień i np. nie przekazaniu placu budowy w terminie, wstrzymania prac, wystąpienia o odszkodowania czy też spowoduje odstąpienia od

umowy. Po drugie nie wiadomo w jakiej procedurze ma się odbywać weryfikacja uprawnień i dlaczego ma jej dokonywać podmiot nie będący stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wiadomo czy dokumenty będą uzupełnialne i w jakim trybie będą składane, weryfikowane oraz jak będzie się odbywać ocena takich dokumentów. To wszystko może rodzić ryzyko arbitralnych decyzji co do dalszej kontynuacji zamówienia przez wybranego wykonawcę skutkujących nawet dobrowolnym odstąpieniem od umowy i wybraniem innego wykonawcy.

Przewidzenie podwójnych procedur weryfikacji wykonawców jest sprzeczne z ustawą Pzp. Zamawiający jako podmiot publiczny nie może zobowiązywać się w drodze porozumień do ograniczenia stosowania ustaw powszechnie obowiązujących, w tym ustawy Pzp. Wykonawca na chwilę obecną nie wie jakie warunki udziału w postępowaniu i kiedy ma spełnić oraz w jakim trybie, co powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, niewystarczający i nielogiczny a warunki udziału są opisane w sposób nie rozumiały i nieproporcjonalny.

Aby wyeliminować wewnętrzną sprzeczność specyfikacji Zamawiający winien wyeliminować pliki dokumentacji 2 dołączonej do SWZ w dniu 21/06/2021 roku względnie wyłączyć zastosowanie innych wymogów niż z SWZ i ogłoszenia dotyczących weryfikacji podmiotowej i przedmiotowej wykonawców i podwykonawców w przedmiotowym Postępowaniu.

Dodatkowo powyższe wiąże się ze znacznie większym, niż na moment wszczęcia postępowania ryzykiem kontraktowym. Otóż spełnienie restrykcyjnych wymogów gestorów i dystrybutorów sieci, w tym Gaz Systems wiąże się z uzależnieniem realizacji przedmiotu Umowy od czynności i zaniechań takich podmiotów. Umowa nie przewiduje żadnej przesłanki pozwalającej przedłużyć termin realizacji Umowy, zmienić sposób czy zakres przedmiotu umowy a także wynagrodzenia w sytuacjach uniemożliwiających prawidłową realizację zamówienia z przyczyn leżących po stronie takich podmiotów. Wykonawca nie powinien brać na siebie odpowiedzialności za zaniechania i działania osób trzecich, za których nie odpowiada zgodnie z art. 474 kc. Powyższe wiąże się z naruszeniem zasad kontraktowania i niewspółmiernie nierównym rozkładem ryzyka, o czym mowa szerzej w dalszych zarzutach Odwołania.

Ad. 2

art. 16 pkt 1 i 3 PZP, art. 99 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

1. Uwagi ogólne.

Przepis art. 353¹ k.c. rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań. Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „**ułożyć stosunek prawny**”. Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając **granice**, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykroczyć. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami

współżycia społecznego³.

Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe. Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich naruszeń. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. **słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej**, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. W tym kontekście chodzi o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia **wzajemności** lub **odpowiedniości uprawnień** (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz **proporcjonalności uprawnień** (tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego)⁴.

Zwrócić ponadto należy uwagę, że zasada swobody umów doznaje ograniczenia wynikającego z natury (właściwości) zobowiązania. Natura stosunku prawnego wyraża się poprzez **nakaz respektowania podstawowych cech obligacyjnego stosunku prawnego**, a więc tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważenia sensu (istoty) nawiązywanej więzi prawnej. Wywieść się on daje bądź wprost z samego charakteru stosunków obligacyjnych jako takich, bądź też z charakteru przypisywanego określonej kategorii tych stosunków. Przykładem tego sposobu rozumienia pojęcia natury stosunku prawnego jest uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 22.5.1991 r., sygn. akt III CZP 15/91, w której Sąd Najwyższy stwierdza, że za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany, w dowolnym czasie, takich warunków narusza zasady słuszności kontraktowej⁵.

W przytoczonym wyroku Sąd Najwyższy, uznał, że „art. 353 k.c. wyrażający zasadę wolności umów, zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: natura stosunku, ustawa i zasady współżycia społecznego. Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385 § 3 KC) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie zwłaszcza przy umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o regulamin

³ Komentarz do art. 353¹ k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis.

⁴ Komentarz do art. 353¹ k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis.

⁵ Komentarz do art. 353¹ k.c. tom I, red. Pietrzykowski 2018, wyd. 9/Safjan, Legalis.

wydany przez profesjonalistę, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalającą na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.”

Odwołujący zwraca uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 10.05.2019 r., w którym Izba stwierdziła, że „ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c.. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznaną odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń.”

W tym miejscu należy podzielić również pogląd zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym, gdzie Izba stwierdziła, że „nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że ponieważ każde ryzyko jest mierzalne, wykonawcy mogą wycenić i uwzględnić wszystkie, nawet niemożliwe do zidentyfikowania ryzyka w cenie oferty. Wyłączenie mechanizmów korekcyjnych spowoduje, że pomimo obiektywnej niemożliwości adekwatnej wyceny ryzyka zajścia takich nadzwyczajnych okoliczności, wykonawcy będą starali się mechanizmami ekonomicznymi zniwelować potencjalne ryzyko ich wystąpienia, bądź wprost ujmując w cenie wysokość hipotetycznej szkody, bądź konieczność poniesienia kosztów z tytułu składki ubezpieczeniowej (pozwalającej zniwelować ewentualne ryzyko w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków lub istotnej zmiany nabywczej pieniądza). W konsekwencji złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż każdy podmiot próbujący zidentyfikować „nadzwyczajną zmianę stosunków niemożliwą wcześniej do przewidzenia” dokona tego w sposób odmienny. W skrajnych wypadkach wykonawcy odstąpią od udziału w postępowaniu, w ramach którego koszt ryzyka przekracza rozsądny zysk. Stąd zmuszanie wykonawców do wyceny tego typu zdarzeń stoi w sprzeczności z regulacjami art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”. Aczkolwiek przywołane orzeczenie odnosi się do kwestii wykreślenia z treści umowy przepisu art. 357 k.c., to jednak wyrażona w jego treści idea może w pełni odnosić się do stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu, zwłaszcza do ryzyk, które są niedookreślone w projekcie umowy i rozłożone nierównomiernie.

Odwołującemu znane jest aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu. Odwołujący rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że Zamawiający nie możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że

wykonawca nie ma wpływu na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem **„wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty”**. (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jediną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż **Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać⁶**.

2. nadużycie podmiotowe i nadmierne ryzyko kontraktowe w Postępowaniu

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Powyższe materializuje się w odniesieniu do ryzyka jakie przerzuca Zamawiający na wykonawców w postaci uczynienia z pliku dokumentacja 2 części przedmiotu zamówienia i wymogów SWZ. Oznacza to, że wszelkie wymagania gestorów/dystrybutorów w sieci i innych podmiotów które zostały nałożone na Zamawiającego w drodze indywidualnych uzgodnień i porozumień zostały przerzucone w całości i wprost na wykonawcę w sposób, w którym w żaden sposób nie zabezpiecza jego interesu. Wykonawca nie mógł negocjować ani ustalać treści tych

⁶ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.

uzgodnień ani porozumień bowiem nie był ich stroną. Odmienne jest natomiast w przypadku przyszłej umowy będącej częścią specyfikacji niniejszego Postępowania, co do której wykonawca pozostaje w terminie do zgłoszenia roszczeń, które będą kształtować przyszły stosunek umowny. W momencie zawarcia umowy wykonawca będzie zobowiązany sprostać wszelkim wymaganiom wynikających z dodatkowych dokumentów przedstawionych w dniu 21 czerwca 2021 roku a ponieważ część z nim jest nie jasna i nie wiadomo jakie będzie mieć przełożenie na Postępowanie i realizację umowy to kwestie te winny być już teraz wyjaśnione i uregulowane w treści dokumentacji przetargowej tj. SWZ, ogłoszeniu i wzorze Umowy.

Odwołujący podkreśla, iż żadne z zapisów specyfikacji nie wyłącza nadmiernego i niemożliwego do wyceny ryzyka przerzucenia odpowiedzialności na Wykonawcę za działania i zaniechania innych podmiotów w tym gestorów sieci. Zamawiający nie przewidział w umowie żadnych mechanizmów, w tym przesłanek zmiany umowy, które pozwalałyby wykonawcy nie ponosić odpowiedzialności za czynności i zaniechania innych podmiotów, w tym nieterminowe przekazanie placu budowy, czasowe wstrzymywanie przez podmioty trzecie (w tym gestorów/dystrybutorów sieci) robót. Co więcej, poprzez uczynienie z pliku dokumentacji 2 części SWZ i OPZ, można wnioskować, że wymogi z nich płynące wiązać będą bezpośrednio wykonawcę i to on będzie ponosił odpowiedzialność za ich niezrealizowanie, a nie strony zawartych uzgodnień i porozumień. Wymogi zawartych porozumień w ocenie Odwołującego, w zakresie w jakim stawiają wobec niego dalsze warunki udziału i pozwalają na wstrzymywanie robót oraz niedopuszczenia do rozpoczęcia wykonania prac etapu I (tym bardziej, że weryfikującym jest podmiot trzeci) są niezgodne z ustawą Pzp. Wykonawca poza wykreśleniem tych wymogów lub ich wyłączeniem w Postępowaniu i po zawarciu umowy żąda wprowadzenia do projektu umowy mechanizmów, które pozwolą wyłączyć jego odpowiedzialność w sytuacji działań i zaniechań podmiotów trzecich, z którymi Zamawiający zawarł odpowiednie porozumienie.

Tym samym Odwołujący wnosi o dodanie do treści umowy zapisów jak w wskazane w petitum odwołania.

Ad. 3

Zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz art. 99 ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

We wzorze umowy wskazano w § 14 ust 3 punkty w oznaczeniu „•”. Dla potrzeb redakcji odwołania wprowadzono dodatkowe oznaczenia dla akapitów z ustępu 3 § 14 to jest podpunkty od 3.1 do 3.5.

Zgodnie z zapisami waloryzacja dokonywana w oparciu o § 14 ustęp 3 ma dotyczyć wyłącznie materiałów (podpunkt 3.1) , a więc jednego z składników ceny jednostkowej określanych w kosztorysie ofertowym (pozostałe to R-robocizna, S- Sprzęt, KP- Koszty pośrednie, Z-zysk). Przy czym jak czytamy w podpunkcie 3.3. *„waloryzacja będzie odbywać się w [1] oparciu o wskaźnik wzrostu średnich cen produkcji budowlano -montażowej, publikowany przez [2] Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS przez zmianę ceny materiałów rozumie się*

wzrost odpowiednio średnich cen lub kosztów, względem średnich cen publikowanych przez Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS. „

Pojęcie „wskaźnika wzrostu średnich cen produkcji budowlano-montażowej” nie występuje, w żadnym z wskazanych źródeł, najbardziej zbliżonym wydaje się publikowany kwartalnie „Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie zmian cen produkcji budowlano-montażowej”

<https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-i-obwieszczen/komunikat-w-sprawie-zmian-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-pierwszym-kwartale-2021-roku,266,30.html>

lub też publikowany na stronach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w odstępach miesięcznych **Wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej**.

Przy czym ten drugi określany jest jako wskaźnik „Ogółem” oraz osobno dla „Budowy budynków”, „Budowy inżynierii lądowej i wodnej „ i „Robót budowlanych specjalistycznych”, gdzie jak wskazano na przykładowej tabeli poniżej, **wskaźniki te mogą się pomiędzy sobą znacząco różnić.**

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w październiku 2020 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	IX 2020		X 2020		I-X 2020	
	VIII 2020=100	analogiczny okres 2019=100	IX 2020=100	XII 2019=100	I-X 2019	
OGÓŁEM	100,3	102,5	102,5	100,3	102,4	102,7
Budowa budynków ^a	100,3	102,8	102,7	100,3	102,4	103,1
Budowa inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,2	102,5	102,6	100,3	102,3	102,6
Roboty budowlane specjalistyczne	100,2	102,3	102,1	100,2	101,8	102,4

Źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-pazdzierniku-2020-roku,15,23.html>

Obecne zapisy umowy uniemożliwiają jednoznaczną identyfikację podstawy do dokonywania waloryzacji i odwołują się do pojęć nie funkcjonujących w publikacjach wskazywanych jako źródło dla ich określania.

Niezależnie od powyższego wskazać należy na błąd metodologiczny przyjęty do dokonywania waloryzacji a zarazem niezgodne z ustawą PZP ograniczenie jej sposobu i zakresu. **Ta zgodnie z zapisami umowy dotyczyć ma wyłącznie zmiany cen materiałów, a więc jednego ze składowych cen jednostkowych określonych w Kosztorysie ofertowym.** Pozostałe składniki ceny jednostkowej to R- robocizna, S -sprzęt, Kp- koszty pośrednie oraz Z- zysk. Publikowane przez GUS wskaźniki dotyczą wskaźnika zmiany cen całej PRODUKCJI budowlano montażowej

a nie tylko materiałów, i jako uśrednione określane są na podstawie zmian cen we wszystkich składowych tejże produkcji.

Efektem tego pozostaje, iż przyjęte jako podstawa do dokonywania waloryzacji *wskaźniki wzrostu średnich cen produkcji budowlano -montażowej* nigdy nie będą oddawać realnego wzrostu cen dla jej wybranych składników - tutaj materiałów, dlatego w oparciu o nie, powinna odbywać się waloryzacja całych cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym.

Niezależnie od powyższego wskazany podpunkt zawiera nieprecyzyjne i ocenne sformułowania jak „kluczowe materiały, mające istotny wpływ na cenę oferty” gdzie brak jednoznacznych kryteriów dla określania, które z zastosowanych materiałów zostaną zakwalifikowane jako „kluczowe” i „istotne” uniemożliwia oferentom jednoznaczne i precyzyjne określenie ryzyka związanego z tym zagadnieniem. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o wykreślenie podpunktu o treści: *wysokość wynagrodzenia wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmiany następujących cen materiałów: kluczowych materiałów, mających istotny wpływ na cenę oferty.*

W kolejnym podpunkcie [3.2] czytamy:

wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od kolejnego pełnego kwartału roku od złożenia kosztorysu, gdy wartość zmiany cen ww. materiałów przekroczy 25 % w stosunku do stawek określonych w cennikach Wacetob, Sekocenbud lub wskaźników GUS na dzień otwarcia ofert i utrzyma się przez okres 3 miesięcy.

Z badania historycznej zmienności wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx) w ujęciu rok do roku zmiany nie przekroczyły 5% w całym okresie dostępnych danych (lata 2010-2021). Zmienność wartości wskaźnika rok do roku pokazano na poniższym wykresie:

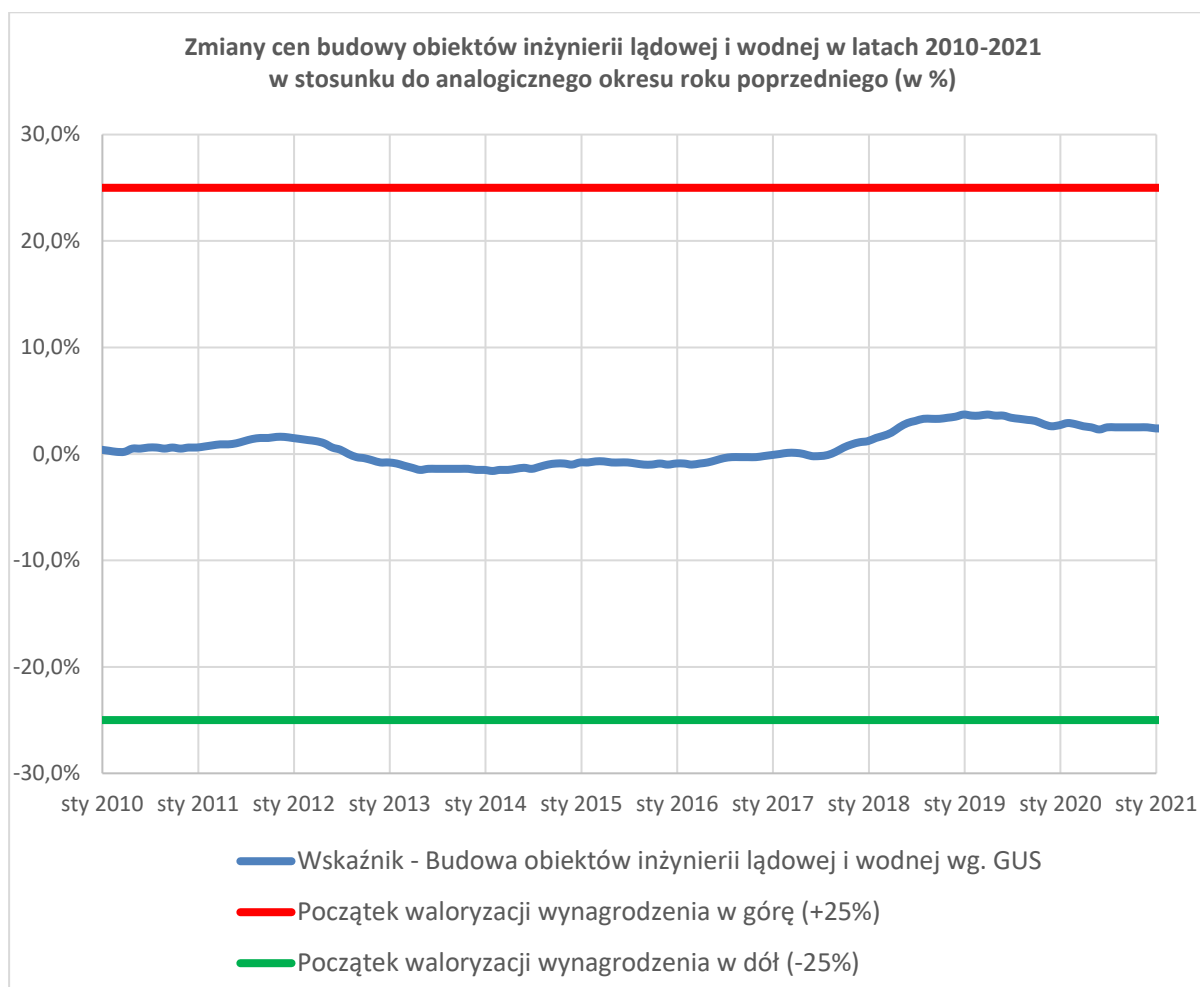


Tabela 1 Opracowanie własne na podstawie danych GUS

Na wykresie wskazano również dwie linie. Czerwoną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zwiększenie wynagrodzenia oraz zieloną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zmniejszenie wynagrodzenia. Pomimo wykorzystania maksymalnego okresu danych historycznych za ponad 10 lat, w żadnym momencie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej nie zmienił się o więcej niż 3,7% rok do roku.

Powyższe dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z Umowy ma charakter pozorny. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Nieprecyzyjnym i mogącym budzić poważne wątpliwości interpretacyjne pozostają dodatkowy wymóg nałożony zapisami umowy, iż określony poziom zmiany cen 25% ma utrzymać się przez okres 3 miesięcy, gdzie zgodnie z SJP utrzymywać się to "zachować w stanie niezmiennym", stąd literalne brzmienie zapisu może stanowić podstawę do twierdzenia, iż rejestrowane zmiany cen na poziomie 25% mają być stałe, co jest w realiach rynkowych niemożliwe do spełnienia. Nieprecyzyjny jest też zapis co do sposobu liczenia i momentu, od którego następuje waloryzacja. Zamawiający nie określa też precyzyjnie czy chodzi o złożenie „kosztorysu

ofertowego uproszczonego” pozostającego do opracowania wraz z ofertą zgodnie z pkt. 10.1.2. SWZ czy „kosztorysu szczegółowego” do wykonania zgodnie z punktem 6.16 SWZ.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów dotyczących waloryzacji w sposób zaproponowany na wstępie.

Ad 4 i 5

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i pkt. 3 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością

W związku z przedstawionymi wyżej zarzutami w Postępowaniu już na etapie opisu specyfikacji a więc warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia jak i przyszłych postanowień umowy doszło do naruszenia podstawowych zasad i przepisów ustawy Pzp. Wykonawca nie wie jak skalkulować ryzyko w ofercie, skoro nie wie jak i przez kogo będzie weryfikowany w zakresie zdolności i kwalifikacji, za kogo będzie ponosić odpowiedzialność i czy w sytuacji jakichkolwiek problemów ze strony osób trzecich będzie mógł rościć o odpowiednią zmianę w umowie. Tym samym sposób wszczęcia postępowania przez Zamawiającego umożliwia zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez przerzucenie na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności.

Podsumowanie:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji. Zapewni to nie tylko Odwołującemu, ale i pozostałym Wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie warunki do kalkulacji ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, dający szansę na złożenie konkurencyjnych i porównywalnych ofert.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie, a niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. Dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo wraz z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego oraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w kwocie 17 zł.