



**Jarosław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik zarządzający

**Stanisław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik (of counsel)

**Marcin Boczek**  
radca prawny  
wspólnik

**Maja Dec**  
radca prawny

**Agnieszka Garnyś**  
radca prawny

**Katarzyna Jurkowska**  
radca prawny

**Magdalena Kupraszewicz**  
radca prawny

**Anna Moczulska**  
radca prawny

**Aleksandra Pściuk**  
radca prawny

**Kamila Szymańska**  
radca prawny

**Martyna Wójcik**  
radca prawny

**Małgorzata Zasuwik**  
radca prawny

**Jerzykowski i Wspólnicy sp. k.**  
(dawniej: Jerzykowski i Wspólnicy  
Radcowie Prawni sp. p.)  
Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum  
w Szczecinie XIII Wydział  
Gospodarczy Krajowego Rejestru  
Sądowego KRS nr 0000963139

Szczecin, dnia 9 października 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**01-030 Warszawa**

**Odwołujący:**

Econstruction Sp. z o.o.  
ul. Dobrzeńska 72B,  
45-920 Opole  
KRS 0000749956

repr. przez r. pr. Jarosława Jerzykowskiego

adres do doręczeń:

Jerzykowski i Wspólnicy Sp. K..  
ul. Sławomira 4/13,  
71 – 606 Szczecin  
e-mail: [kancelaria@jerzykowski.pl](mailto:kancelaria@jerzykowski.pl)  
tel. +48 (91) 464 68 51

**Zamawiający:**

Miejski Zakład Energetyki Ciepłej  
„EKOTERM” Sp. z o.o.  
ul. Folwark 14  
34-300 Żywiec  
e-mail: [ekoterm@ekoterm.ig.pl](mailto:ekoterm@ekoterm.ig.pl)  
Tel.: +48 (33) 860 23 55

**Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE:**  
**Dz.U./S S188 29/09/2023 586809-2023-PL**



**ODWOŁANIE**  
**WOBEC NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO**  
**PODJĘTEJ W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Działając w imieniu odwołującego Econstruction Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu („Odwołujący”) w oparciu o pełnomocnictwo, które stanowi załącznik do odwołania, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1650 z późn. zm. - „PZP”), w zw. z art. 505 ust. 1 PZP oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP wnoszę odwołanie („Odwołanie”) wobec czynności Miejskiego Zakładu Energetyki Ciepłej „EKOTERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu („Zamawiający”) dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Przebudowa kotłowni Rejonowej „Pod Grapą” dla potrzeb wysokosprawnej kogeneracji i nowych jednostek wytwórczych zasilanych gazem”* - nr postępowania: 1/09/2023/PN („Postępowanie”) polegających na sformułowaniu w specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) lub w ogłoszeniu o zamówieniu:

- opisu przedmiotu zamówienia - w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- ustanowieniu wymogów dotyczących osobistej realizacji kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w sposób sprzeczny z prawem tj. określenia, iż część taką stanowią dostawy jednostki kogeneracyjnej, a dodatkowo połączenia ich z wymogiem, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych jest jednocześnie producentem wymienników i ekonomizera;
- warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia w sposób sprzeczny z nakazem określania w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
- kryterium oceny ofert pn. „Sprawność elektryczna [S]” w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności;
- kryterium oceny ofert pn. „Czasookres do remontu generalnego [R]” w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności;
- terminu składania ofert w sposób sprzeczny z prawem;

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie :

**(1) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w różnych dokumentach wchodzących w skład SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie tylko jednej jednostki kogeneracyjnej (oznaczonego typu urządzenia produkowanego przez jednego producenta);

**(2) art. 121 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w cz. XII pkt 4 SWZ wymogu osobistej realizacji dostawy jednostek kogeneracyjnych połączonego z



wymogiem, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był jednocześnie producentem wymiennika spalin i ekonomizera;

**(3) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w cz. XXV pkt 2 ppkt 4a) lit. aa) SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia w sposób sprzeczny z nakazem określania w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

**(4) art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w cz. XXXIV pkt 2 lit. B SWZ kryterium oceny ofert pn. „Sprawność elektryczna [S]” w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności;

**(5) art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w cz. XXXIV pkt 2 lit. C SWZ kryterium oceny ofert pn. „Czasookres do remontu generalnego [R]” w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności;

**(6) art. 131 ust. 1 PZP oraz art. 131 ust. 3 pkt 1 PZP**

poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na sformułowaniu w cz. XXXI pkt 8 SWZ zbyt krótkiego terminu składania ofert;

wnoszę o:

- (I) uwzględnienie Odwołania w całości,
- (II) nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie:
  - (1) usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymagania, aby wszystkie z 3 jednostek kogeneracyjnych posiadały taką samą moc elektryczną 2300 kWe,
  - (2) usunięcie wymogu osobistej realizacji przez wykonawcę, jako kluczowej części zamówienia dostawy jednostek kogeneracyjnych połączonej z wymogiem, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był jednocześnie producentem wymiennika spalin oraz ekonomizera;
  - (3) zmianę warunku udziału w postępowaniu określonego w cz. XXV 2 ppkt 4a) lit. aa) SWZ w ten sposób, aby obejmował on wymóg zrealizowania minimum na podstawie jednej umowy roboty budowlanej w jednej lub więcej lokalizacjach polegające na zaprojektowaniu i budowie źródła/źródeł wysokosprawnej kogeneracji opartych o zasilane gazem ziemnym silniki tłokowe o łącznej mocy nie mniejszej niż 6 MWe oraz o łącznej wartości umowy nie mniejszej niż 30.000.000 zł brutto;



- (4) zmianę sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert pn. „Sprawność elektryczna [S]” poprzez zastąpienie:
    - (a) przedziałów wartości oferowanego parametru punktowanych w ramach podkryterium „Katalogowa sprawność elektryczna przy mocy 499 kW” przyznaniem tej samej ilości punktów oceną opartą na wzorze matematycznym wyrażającym proporcję zgodnie z którą wykonawcy uzyskują punkty proporcjonalnie do wartości zaoferowanego parametru;
    - (b) przedziałów wartości oferowanego parametru punktowanych w ramach podkryterium „Katalogowa sprawność elektryczna jednostki kogeneracyjnej o mocy 2.300 kW” przyznaniem tej samej ilości punktów oceną opartą na wzorze matematycznym wyrażającym proporcję zgodnie z którą wykonawcy uzyskują punkty proporcjonalnie do wartości zaoferowanego parametru;
  - (5) zmianę sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert pn. „Czasookres do remontu generalnego [R]” poprzez zastąpienie przedziałów wartości oferowanego parametru punktowanych przyznaniem tej samej ilości punktów oceną opartą na wzorze matematycznym wyrażającym proporcję zgodnie z którą wykonawcy uzyskują punkty proporcjonalnie do wartości zaoferowanego parametru;
  - (6) przedłużenie terminu składania ofert do dnia 30 listopada 2023 r.
- (III) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma procesowego na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,
- (IV) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed („KIO”).

#### **TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA**

W świetle art. 515 ust. 2 pkt 1) PZP, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W realiach Postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Unii Europejskiej w dniu 29 września 2023 r., co oznacza, że zastrzeżony przez ustawodawcę dziesięciodniowy termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej przypadł na 9 października 2023 r. i został przez Odwołującego zachowany.



#### **NARUSZENIE INTERESU ODWOŁUJĄCEGO W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamierza złożyć ofertą w Postępowaniu.

Wadliwość podjętych przez Zamawiającego czynności wskazanych w *petitum* Odwołania, uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem Odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.



## UZASADNIENIE

### W ZAKRESIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 99 UST. 4 PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1 PZP

1. Warunki zamówienia określone w SWZ, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia, wskazują ponad wszelką wątpliwość, iż w Postępowaniu jest możliwe zaferowanie tylko jednego typu jednostki kogeneracyjnej produkowanego przez jednego producenta.
2. Jak stanowi Załącznik nr 1j do SWZ (Parametry gwarantowane urządzeń) katalogowa nominalna moc elektryczna jednostek kogeneracyjnych ma wynosić min. 2300 kWe. Jednocześnie Załącznik nr 1i do SWZ, będący Programem Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”) w pkt 2.13 (strona 28) stanowi o 3 silnikach kogeneracyjnych o mocy maksymalnej min. 6900 kWe. W istocie zatem, moc elektryczna 2300 kWe jest jednocześnie mocą minimalną i mocą maksymalną układu (!), co *de facto* sprowadza się do konieczności zaferowania silnika dokładnie o tej mocy.
3. Powyższe potwierdza pkt 3.24.1.8. PFU, który stanowi, o zastosowaniu trzech jednostek kogeneracyjnych o parametrze nominalnej mocy elektrycznej 2300 kW. Moc ta została podana bez jakiegokolwiek tolerancji (dokładnie jako 2300 kWe). Powyższe wyklucza możliwość osiągnięcia mocy elektrycznej całego układu (6900 kWe) przy pomocy jednostek kogeneracyjnych o mocach odmiennych, których suma dawałaby jednak wymaganą moc elektryczną całego układu. Oznacza to, iż w warunkach zamówienia określonych dla Postępowania wyłączona została możliwość zaferowania jednostek z jednego typoszeregu produkowanych przez tego samego producenta, lecz o nieco odmiennych mocach.
4. Suma opisanych powyżej wymogów wywołuje ten skutek faktyczny, że w Postępowaniu możliwe jest zaferowanie tylko jednego produktu. Na rynku dostępna jest bowiem tylko jednostka kogeneracyjna jednego producenta, który spełnia jednocześnie wymagania opisane powyżej. Jednostką tą jest jednostka kogeneracyjna MWM Gas Engine TCG 3020, której dystrybutorem jest firma Tedom Poland Sp. z o.o.
5. Pozostali producenci oferują jednostki kogeneracyjne o mocach zbliżonych do 2300kWe tj. od mocy ok. 2000kWe do mocy ok. 2600kWe. Do tego oferowane przez nich jednostki w tych mocach są jednostkami z tego samego typoszeregu, co m.in. oznacza identyczność zastosowanych rozwiązań technicznych. Mowa tutaj m.in. o jednostkach kogeneracyjnych Jenbacher J612 i J616 oraz MTU 16V4000 i 20V4000, które różnią się tylko liczbą cylindrów. W urządzeniach tych stosuje się te same części zamienne i posiadają one taką samą konstrukcję. Pomimo zatem różnej mocy urządzeń z tego samego typoszeregu wszystkie one są obsługiwane i serwisowane w taki sam sposób.
6. Materiał dowodowy prezentujący karty katalogowe typoszeregów jednostek kogeneracyjnych produkowanych przez poszczególnych ich producentów zostanie zaprezentowany na rozprawie w KIO.
7. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, aby wykonawcy biorący udział w Postępowaniu byli zobowiązani zaferować 3 identyczne jednostki kogeneracyjne w celu osiągnięcia minimalnej i maksymalnej mocy elektrycznej całego układu (tj. 6900 kWe). Potwierdza to zresztą praktyka innych zamawiających, którzy w przypadku zamawiania kilku jednostek kogeneracyjnych w ramach wymaganej mocy elektrycznej układu



- opartego na kilku jednostkach kogeneracyjnych dopuszczają zróżnicowaną moc poszczególnych jednostek. W ten sposób, bez żadnego uszczerbku dla walorów użytkowych i eksploatacyjnych układu i poszczególnych jednostek, zamawiający tacy zapewniają realną możliwość konkurowania różnym wykonawcom oferującym realizację zamówień w oparciu o jednostki kogeneracyjne różnych producentów.
8. Obszerny materiał dowodowy obrazujący praktyki innych zamawiających zostanie zaprezentowany na rozprawie w KIO.
  9. W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
  10. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu wprost narusza powyższą zasadę, gdyż suma wymagań opisanych powyżej wprost wskazuje jeden produkt, który jako jedyny może je spełnić.
  11. Jak zasadnie przyjęła KIO w uchwale z dnia 12 września 2019 r. (sygn. akt KIO/KD 58/19) *Naruszenie art. 29 ust. 2 p.z.p. może nastąpić zarówno poprzez bezpośrednie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt dostępny na rynku, w szczególności poprzez odwołanie się do parametrów technicznych zamieszczonych w katalogu lub karcie technicznej danego urzędnika, bądź w sposób pośredni - poprzez zamieszczenie pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urzędów na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku.*
  12. W celu zapewnienia uczciwej konkurencji zapewnienie maksymalnej mocy elektrycznej 6900 kWe może bez przeszkód zostać spełnione przez zaoferowanie różnych jednostek kogeneracyjnych tego samego producenta i typoszeregu, tak jak dzieje się to w postępowaniach innych zamawiających. Niezrozumiałym jest zatem wprowadzenie dolnej granicy mocy każdej z jednostek kogeneracyjnych na poziomie 2300 kWe, przy jednoczesnym wymogu mocy maksymalnej całego układu 6900 kWe co w konsekwencji sprowadza się do wymagania zaoferowania 3 identycznych jednostek kogeneracyjnych.

#### **W ZAKRESIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 121 PKT 1) PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1 PZP**

13. Jawnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest ustanowiony w SWZ wymóg osobistej realizacji dostawy jednostek kogeneracyjnych połączony z wymogiem, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był jednocześnie producentem wymiennika spalin oraz ekonomizera.
14. Wymóg taki został sformułowany w cz. XII pkt 4 SWZ, który stanowi, że *Zamawiający zastrzega obowiązek wykonania przez Wykonawcę lub członka Konsorcjum kluczowych części zamówienia: dostawa jednostek kogeneracyjnych.* Z kolei w dalszej części tego pkt Zamawiający wskazał: *Dla wymogów technicznych kluczowym elementem układu odzysku ciepła z jednostek kogeneracyjnych jest moduł spalinowy, który powinien być wyposażony w wymiennik spalin (schładzanie spalin nie niższe niż 120°C) oraz ekonomizer (schładzanie spalin do około 85°C). Ponieważ moduł spalinowy jest jednym z kluczowych elementów*



*układu odzysku ciepła wymaga się, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był także producentem wymiennika spalin, a także ekonomizera zastosowanego w tej jednostce.*

15. Tak określone zastrzeżenie zakresu rzeczowego objętego obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawców jest sprzeczne z art. 121 pkt 1 PZP.
16. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zasadnicze wątpliwości budzi zastrzeżenie konieczności osobistego wykonania dostawy w ramach zamówienia na roboty budowlane. Jak stanowi sama nazwa Postępowania, jego przedmiotem jest przebudowa kotłowni Rejonowej „Pod Grapą” dla potrzeb wysokosprawnej kogeneracji i nowych jednostek wytwórczych zasilanych gazem. Zamówienie to ponad wszelką wątpliwość jest zamówieniem na roboty budowlane w rozumieniu art. 7 pkt 21 PZP, o czym świadczą m.in. fakt posiadania przez Zamawiającego pozwoleń na budowę dla robót wchodzących w zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia (vide: cz. III pkt 1 ppkt 1 SWZ), nazywanie zamówienia „Inwestycją”, ustanowienie szeregu wymagań właściwych dla realizacji robót budowlanych, takich jak opracowanie projektów zamiennych oraz STWiORB, wydanie placu budowy, realizacja robót wielobranżowych czy też uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.
17. Zgodnie z postanowieniami cz. III pkt 1 ppkt 2 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowo:
  - a) opracowanie projektów zamiennych w wymaganym zakresie,
  - b) uzyskanie stosownych zgód i pozwoleń,
  - c) opracowanie wielobranżowych projektów wykonawczych obejmujących: zagospodarowanie terenu, branżę konstrukcyjną, budowlaną, technologię, branżę sanitarną, elektryczną, układ AKPiA dla instalacji produkcji ciepła i współpracy z układami nadrzędnymi,
  - d) opracowanie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
  - e) opracowanie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego realizacji zadania z uwzględnieniem współpracy z istniejącym źródłem,
  - f) wykonanie niezbędnych demontaży i rozbiórek,
  - g) wykonanie prac w obrębie układu nawęglania i odzūżlania w istniejącym źródle ciepła,
  - h) dostawę i montaż urządzeń i elementów wchodzących w skład poszczególnych źródeł wraz z wykonaniem kompletnych, współpracujących instalacji, kompletem robót budowlanych i instalacyjnych w oparciu o opracowaną dokumentację wraz z uruchomieniem,
  - i) opracowanie projektów powykonawczych,
  - j) inwentaryzację geodezyjną, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,
  - k) oddanie gotowego do użytkowania obiektu wraz z dokumentacją ruchową.





18. Na fakt zamawiania robót budowlanych wskazuje też użyty przez Zamawiającego kod Wspólnego Słownika Zamówień.
19. W tych okolicznościach ustanowienie wymogu realizacji dostawy jednostek kogeneracyjnych połączony z wymogiem, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był jednocześnie producentem wymienników oraz ekonomizera jest całkowicie nieuzasadniony i zmierza do ograniczenia konkurencji,
20. Jak stanowi art. 647 KC, definiujący umowę o roboty budowlane, 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. Jak zatem widać, w świetle ustawowego ujęcia robót budowlanych, kwestia zrealizowania przez wykonawcę dostaw potrzebnych do realizacji robót w najmniejszym nawet stopniu nie jest konstytutywna dla uznania danego świadczenia za roboty budowlane.
21. Doskonale widać to na podstawie art. 651 KC, który stanowi, że jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Przepisy KC jednoznacznie przewidują bowiem, że w przypadku umowy o roboty budowlane wykonawca w ogóle nie musi wykonywać żadnych dostaw, gdyż może oprzeć się na dostawach inwestorskich.
22. Także wychodząc z definicji legalnej robót budowlanych wyrażonej w art. 7 pkt 21 PZP nie sposób dojść do wniosku, iż wykonanie dostaw materiałów i urządzeń przesądza o uznaniu danego zamówienia za roboty budowlane. Zarówno elementy składowe samej definicji (tj. (1) wykonanie robót lub obiektu budowlanego, (2) zaprojektowanie i wykonanie robót lub obiektu budowlanego oraz (3) realizacja obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego), jak i rodzaje robót budowlanych wymienione w załączniku II do Dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku I do Dyrektywy 2014/25/UE, opisują takie świadczenia, w których wykonanie dostaw wszystkich materiałów i urządzeń przez wykonawcę nie warunkuje uznania jego świadczenia za roboty budowlane w rozumieniu art. 7 pkt 21 PZP.
23. Okoliczność, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uznają wykonania dostaw wszystkich materiałów i urządzeń za warunek konieczny kwalifikacji danego świadczenia za roboty budowlane jest oczywista zwłaszcza wobec treści postanowień art. 30 ust. 3 PZP. Przepis ten stanowi, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych. PZP (zresztą analogicznie jak ma to miejsce w przypadku art. 651 KC) w pełni dopuszcza więc wykonywanie robót w oparciu o dostawy dostarczone przez zamawiającego, co jednoznacznie podważa kwestionowane postanowienia SWZ uznające jedną z dostaw za kluczową część zamówienia zastrzeżoną do osobistego wykonawstwa.
24. Podkreślić należy w tym miejscu, że dostawa jednostki kogeneracyjnej nie jest w ogóle robotą budowlaną, jakkolwiek ma miejsce w trakcie przebudowy kotłowni. Nie jest bowiem to ani obiekt budowlany, ani jego część składowa, lecz urządzenie techniczne (maszyna) montowana na fundamencie. W tym miejscu zwrócić należy uwagę na definicję legalną budowli zawartą w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane



- (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 682 z późn. zm. – „Pr. Bud.”). Zgodnie z nią budowlą jest każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak np. sieci techniczne, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową (art. 3 pkt 3 Pr. Bud. w zw. z art. 3 pkt 1 Pr. Bud.).
25. Z przywołanej definicji budowli (jako jednego z rodzajów obiektów budowlanych) wynika, iż budowlą są wyłącznie części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny. Zatem dostawa i montaż jednostki kogeneracyjnej (która jest maszyną) nie jest robotą budowlaną. Charakter robót budowlanych ma wykonanie fundamentu pod taką jednostkę kogeneracyjną czy też wzniesienie budynku, w którym będzie ona posadowiona (zamontowana).
  26. Podkreślić przy tym należy również, iż jednostka kogeneracyjna w świetle przepisów prawa regulujących wprowadzenie produktów do obrotu nie jest wyrobem budowlanym, lecz maszyną w rozumieniu Dyrektywy 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE (przekształcenie) (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 157, str. 24 z późn. zm. – tzw. „Dyrektywa Maszynowa”). Urządzenia te nie są natomiast objęte przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. U. UE. L. z 2011 r. Nr 88, str. 5 z późn. zm.).
  27. W trakcie rozprawy przed KIO odwołujący przedstawił certyfikaty dopuszczające te urządzenia do obrotu na podstawie przepisów Dyrektywy Maszynowej, a nie na podstawie przepisów o wyrobach budowlanych.
  28. Co oczywiste dostawa taka jest realizowana w związku wykonywaniem budowy lub przebudowy jednostek wytwórczych ciepła i energii elektrycznej, co przecież nie oznacza, iż osobista realizacja takiej dostawy musi być udziałem wykonawcy generalnego, który wznosi taką jednostkę. W ramach każdej inwestycji (realizacji jakiegokolwiek obiektu budowlanego) konieczne jest dostarczenie na teren budowy szeregu urządzeń, które są następnie zabudowane, wbudowywane czy też montowane w obiekcie budowlanym. Nie oznacza to jednak, iż te dostawy muszą być wykonane przez wykonawcę robót (generalnego wykonawcę), co zresztą potwierdza normatywne ujęcie robót budowlanych przyjęta tak na gruncie KC, jak i na gruncie PZP.
  29. Brak takiej konieczności potwierdziła zresztą KIO m.in. w wyroku z dnia 2 czerwca 2023 r. (sygn. akt 1397/23) oraz w wyroku z dnia 28 lipca 2023 r. (sygn. akt 1955/23).
  30. Ustanowienie wymogu osobistego wykonania dostawy jednostki kogeneracyjnej przez wykonawcę robót jest działaniem całkowicie sprzecznym z uczciwą konkurencją. Spełnić go może bowiem jedynie producent jednostki kogeneracyjnej lub wyłączny przedstawiciel producenta takiej jednostki. Tymczasem normalną praktyką w budownictwie (w tym także w budownictwie przemysłowym i energetycznym) jest realizacja robót w systemie generalnego wykonawstwa, gdzie generalny wykonawca robót korzysta z dostaw producentów produkujących urządzenia montowane czy też zabudowane w trakcie realizacji robót, ale przecież nie musi być ich producentem. Co więcej normalną praktyką jest wykorzystywanie w tym zakresie podwykonawstwa



- samego dostawcy urządzenia lub specjalistycznej firmy podwykonawczej wykonującej montaż.
31. Kwestionowany wymóg dotyczący osobistego wykonania przez wykonawców dostaw jednostek kogeneracyjnych ma skutek taki, jakby wymagać, aby w ramach budowy elektrowni opartej na kotle gazowym czy fluidalnym roboty wykonywał osobiście producent kotła czy w ramach budowy mostu realizowanego w konstrukcji stalowej roboty wykonywał osobiście wytwórca ustroju nośnego obiektu mostowego.
  32. Bezprawność działania Zamawiającego potęguje fakt wprowadzenia dodatkowego ograniczenia dot. osobistego wykonania części zamówienia ustanawiającego wymóg, aby dostawca jednostek kogeneracyjnych był jednocześnie producentem wymienników i ekonomizera (sic!). Wymóg ten oznacza w praktyce, iż ofertę w Postępowaniu będzie mógł złożyć jedynie taki wykonawca, który nie tylko jest dostawcą jednostki kogeneracyjnej, ale do tego jest jeszcze jednocześnie producentem wymiennika i ekonomizera.
  33. Odwołujący zwraca uwagę, że producentami wymienników są m.in. firmy: APROVIS Energy Systems GmbH, HEXONIC Sp. z o.o., Hering AG oraz Tedom Poland Sp. z o.o. Z kolei dostawcami jednostek kogeneracyjnych są m.in. Ferox Energy Systems Sp. z o.o., Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., Centrum Elektroniki Stosowanej „CES” Sp. z o.o., Horus-Energia Sp. z o.o., KWE – AB ENERGY POLSKA Sp. z o.o. oraz Tedom Poland Sp. z o.o.
  34. Na rynku jest zatem tylko jeden dostawca jednostek kogeneracyjnych, który produkuje również wymienniki spalin i ekonomizery tj. firma Tedom Poland Sp. z o.o. Jednocześnie należy podkreślić, że Tedom Poland Sp. z o.o. jest również dystrybutorem jednostek kogeneracyjnych MWM spełniających wymagania techniczne stawiane przez Zamawiającego opisane powyżej. W związku z powyższym tylko i wyłącznie Tedom Poland Sp. z o.o. spełnia oba te wymagania Zamawiającego, co nie tylko preferuje go w sposób niedopuszczalny w świetle przepisów PZP ale sprawia, że żaden inny uznany na rynku kogeneracji wykonawca dający rękojmię należytego wykonania zamówienia nie może wziąć udziału w Postępowaniu i złożyć oferty.
  35. W ocenie Odwołującego opisane postanowienia SWZ są sprzeczne z art. 121 pkt 1 PZP. Wykładnia tego przepisu wypracowana w dorobku orzecznictwa KIO wskazuje na wyjątkowość zastrzeżenia obowiązku osobistej realizacji zamówienia oraz zasadniczą dopuszczalność korzystania przez wykonawców z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 2 października 2020 r. (sygn. akt KIO 2052/20) *Zasadą jest swoboda wykonawcy w powierzaniu wykonania części zamówienia podwykonawcy, a wyjątkiem od tej zasady - uprawnienie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia. W konsekwencji Zamawiający, korzystając z możliwości przewidzianej przepisem art. 36a ust. 2 p.z.p., zobowiązany jest jednoznacznie sprecyzować w SIWZ zakaz powierzenia części zamówienia podwykonawcy, wskazując w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości, jakie elementy przedmiotu zamówienia muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę. Zakaz wyrażony w tym zakresie w SIWZ, jako wyjątek ograniczający możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia od zasady, a w konsekwencji konkurencyjność postępowania, podlega ścisłej wykładni.*
  36. KIO niejednokrotnie zwracała w swojej judykaturze uwagę, że kluczowa część zamówienia nie oznacza elementu głównego lub zasadniczej części przedmiotu zamówienia, lecz element który z uwagi na szczególne cechy osoby dłużnika winien być świadczony przez niego osobiście. W wyroku z dnia 27 maja 2019 r. (sygn. akt KIO 867/19) KIO zasadnie stwierdziła, iż *Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt*



*1 p.z.p. uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p. - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.*

**W ZAKRESIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 112 UST. 1 PZP W ZW. Z ART. 16 PKT 1 I PKT 3 PZP**

37. W cz. XXV 2 ppkt 4a) lit. aa) SWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób nieadekwatny do wielkości zamówienia.
38. Zamówienie dotyczy budowy źródła wysokosprawnej kogeneracji o mocy 6.900 kWe (tj. 6,9 MWe) w jednej lokalizacji oraz ok. 1000 kWe (tj. 1 MWe) w drugiej lokalizacji, czyli razem około 7.900 kWe (7,9 MWe). Standardem na rynku jest określanie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w taki sposób, że Wykonawca powinien mieć doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji których moc była określana jako 50% mocy która ma być wybudowana w ramach danej inwestycji której dotyczył warunek udziału w postępowaniu.
39. Obszerny materiał dowodowy w tej sprawie zostanie przedstawiony na rozprawie przed KIO.
40. Tymczasem w Postępowaniu Zamawiający (w treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu) wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował minimum na podstawie jednej umowy roboty budowlane w jednej lub więcej lokalizacjach polegające na zaprojektowaniu i budowie źródła/źródeł wysokosprawnej kogeneracji opartych o zasilane gazem ziemnym silniki tłokowe o łącznej mocy nie mniejszej niż 6,0 MWe oraz o łącznej wartości nie mniejszej niż 40.000.000 zł (słownie: czterdzieści milionów złotych) brutto.
41. Analizując przedsięwzięcia związane z budową źródeł wysokosprawnej kogeneracji o mocy powyżej 6MWe jakie w ciągu ostatnich 5 lat zostały zakończone można zauważyć, że wartości tych inwestycji kształtowały się poniżej 40 mln zł brutto. Należy zwrócić uwagę, że poniżej przedstawione inwestycje dotyczyły układów wysokosprawnej kogeneracji o mocy elektrycznej 8 MWe i mimo tego ich wartości były zdecydowanie poniżej 40 mln zł brutto. I tak:
- (1) „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Dąbskiej w Szczecinie”
- Moc – 8 MWe
  - Cena oferty najkorzystniejszej (wartości umowy): 34 439 139 PLN



brutto

- (2) „Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych”
- Moc – 8 MWe
  - Cena oferty najkorzystniejszej (wartości umowy): 35 124 384,77 PLN brutto
- (3) „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Jeleniej Górze”
- Moc – 8 MWe
  - Cena oferty najkorzystniejszej (wartości umowy): 36 887 700 PLN brutto
- (4) „Budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Opolu GUK I”
- Moc – 8 MWe
  - Cena oferty najkorzystniejszej (wartości umowy): 34 299 039,00 PLN brutto
42. W okresie ostatnich 5 lat tylko jedna inwestycja spełnia wymogi opisane w ww. warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo przedmiotowa inwestycja dotyczyła budowy układów wysokosprawnej kogeneracji łącznie w 5 lokalizacjach gdzie zostały dostarczone kontenerowe jednostki kogeneracyjne o mocach 1,2MWe oraz 2MWe. Wykonawcą tego zadania była firma Tedom Poland Sp. z o.o., która jako jedyna spełnia jednocześnie oba wymagania opisane w treści warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego tj. wymóg wartości inwestycji i mocy źródła. Dodatkowo jest to podmiot, który oferuje jednostki o mocy równej 2.300kW oraz jest producentem wymiennika spalin oraz ekonomizera.
43. Tymczasem inwestycja stanowiąca przedmiot zamówienia w Postępowaniu obejmuje swoim zakresem budowę źródła wysokosprawnej kogeneracji o mocy łącznej 7,9MWe w budynkach w dwóch różnych lokalizacjach. Jeżeli Zamawiający, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu, chciał aby w postępowaniu brał udział szeroki krąg wykonawców dysponujących adekwatnym doświadczeniem powinien rozważyć doświadczenie w budowie źródeł wysokosprawnej kogeneracji w budynkach, ale przede wszystkim winien zrewidować wartość referencyjnego zamówieni, gdyż wartość 40 mln zł brutto kompletnie nie odpowiada realiom rynkowym dla inwestycji o porównywalnym zakresie rzeczowym zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat.
44. Tylko w ten sposób możliwe będzie dopełnienie wymagań wynikających z art. 112 ust. 1 PZP, który stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.



**W ZAKRESIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 16 PKT 1 I PKT 3 PZP**

45. Pozacenowe kryteria oceny ofert przyjęte w Postępowaniu są sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą proporcjonalności. Preferują one w sposób nieuprawniony produkt jednego producenta, zaś rozwiązaniom innych producentów przyznają ilości punktów nieproporcjonalnie mniejsze niż wskazywałaby to wartość zaoferowanych parametrów technicznych ocenianych w ramach tego kryterium.
46. W tym aspekcie zwrócić należy uwagę w pierwszej kolejności na kryterium - Sprawność elektryczna. Jednym z elementów podlegających ocenie w ramach tego kryterium jest podkryterium Katalogowa sprawność elektryczna przy mocy 499 kW. To jest istotny współczynnik techniczny wpływający na ekonomikę i efektywność działania instalacji. Im wyższa sprawność elektryczna, tym więcej wytwórca ciepła i energii elektrycznej zarabia na pracy swoich jednostek.
47. Zamawiający zgodnie z SWZ premiuje maksymalną liczbą punktów produkt o najniższej dostępnej na rynku sprawności elektrycznej. Jednostki kogeneracyjne o mocy ok. 499 kW na dzień dzisiejszy posiadają sprawność >41% (np. MWM, Jenbacher). Zamawiający zdecydował się na przyznanie maksymalnej liczby punktów dla jednostek kogeneracyjnych o dostępnych najniższych sprawnościach elektrycznych tj. 39%.
48. Przyjęty w SWZ sposób oceny ofert w ramach omawianego kryterium daje maksymalną liczbę punktów najtańszym dostępnym urządzeniom (które też są najtańsze), stąd oferowanie lepszych jakościowo rozwiązań, dzięki którym Zamawiający mógłby czerpać korzyści ekonomiczne w związku z większą ilością wyprodukowanej energii (cenowo jedynie nieznacznie droższych) traci sens. Najbardziej obiektywna i popularna metoda, która nie budzi żadnych kontrowersji, powinna pozbyć się punktowanych „przedziałów sprawnościowych” i być dokonywaną w oparciu przeliczenie zgodnie ze wzorem opartym na proporcji:
- $$\frac{\text{sprawność oferty badanej} - \text{sprawność minimalna określona w SWZ}}{\text{sprawność oferty z najwyższą sprawnością} - \text{sprawność minimalna określona w SWZ}} \times \text{waga kryterium}$$
49. Analogiczne zarzuty postawić można ocenie w ramach podkryterium „Katalogowa sprawność elektryczna jednostki kogeneracyjnej o mocy 2.300 kW.” Także w tym przypadku Zamawiający po raz kolejny wprowadza przedziały tego parametru, dla których przyznaje punkty w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców. Jednostki tej wielkości mają sprawności w okolicach 44%. Zaproponowane zakresy punktacyjne są iluzoryczne, gdyż realnie oferty głównych dostawców jednostek kogeneracyjnych będą kształtowały się w okolicach 44%. Należy zauważyć, że Zamawiający zaproponował przeliczenie 3 pkt x 3 (łącznie 9 punktów procentowych) dla urządzenia o sprawności 44%, a jak zaoferowana jednostka będzie miała sprawność 43,99% to uzyska już jedynie 1,5 pkt\*3 = 4,5 pkt% - czyli połowę mniej (sic!) niż urządzenie o sprawności jedynie 0,01% wyższej).
50. Należy zauważyć, że każda jednostka kogeneracyjna jest projektowana na konkretny punkt mocy elektrycznej przy którym posiada najwyższą sprawność. Jednostki kogeneracyjne projektowane na moc równą 2.300 kWe będą posiadały najwyższą sprawność w tym punkcie mocy. Jedyną taką jednostką kogeneracyjną dostępną na rynku jest produkt oferowany w oparciu o silnik MWM. Istotą do przygotowania kryterium



oceny ofert powinno być zachęcenie wszystkich producentów, którzy posiadają jednostki kogeneracyjne o przybliżonych mocach, których sprawność elektryczna jest bliska 44% np. 43,9% do startu w postępowaniu przetargowym i umożliwieniu uczciwej konkurencji, a nie jak to ma miejsce aktualnie poprzez faworyzowanie konkretnego produktu możliwością zdobycia zdecydowanie większej liczby punktów.

51. Aktualne brzmienie kryterium oceny ofert premiuje jednostki kogeneracyjne o mocy równej dokładnie 2.300 kW, gdyż te jednostki posiadają sprawność równą 44%. Na marginesie zauważyć należy, że oferowana przez Tedom Poland Sp. z o.o. jednostka kogeneracyjna to jednostka o mocy równej 2.300 kW, która posiada sprawność równą 44%.

52. Jedyną metodę przyznania punktów, niefaworyzującą żadnych dostawców jednostek kogeneracyjnych, natomiast obiektywnie oceniającą złożone oferty opartą na proporcji, tj:

$$\frac{\text{sprawność oferty badanej - sprawność minimalna określona w SWZ}}{\text{sprawność oferty z najwyższą sprawnością - sprawność minimalna określona w SWZ}} \times \text{waga kryterium}$$

53. Niekonkurencyjny charakter ma także kryterium oceny ofert – Czas do remontu generalnego [R]. W ramach oceny Czasookresu do remontu generalnego jednostki kogeneracyjnej przy ul. Grunwaldzkiej tj. ok 499 kW najwyższa ocena punktowa jest przyznawana dla jednostek kogeneracyjnych o czasookresie do remontu generalnego wynoszącym 50.000 mtg.

54. Zamawiający premiuje zatem maksymalną liczbą punktów produkt o najniższej dostępnej liczbie mtg do remontu generalnego. Na rynku są dostępne jednostki kogeneracyjne o mocy ok 499 kW, których czasookres do remontu generalnego wynosi 60.000 mtg i takie jednostki powinny być premiiowane maksymalną liczbą punktów.

55. Sprawiedliwą metodą oceny ofert, niefaworyzującą żadnych konkretnych dostawców jednostek kogeneracyjnych tylko obiektywnie oceniającą złożone oferty powinna być oparta na proporcji tj.:

$$\frac{\text{Oferowany czasookres do remontu generalnego}}{\text{Najdłuższy oferowany czasookres do remontu generalnego}} \times \text{Waga kryterium}$$

56. Analogicznie rzecz się ma z oceną czasookresu do remontu generalnego jednostki kogeneracyjnej przy ul. Folwark 14 tj. 2.300 kW. Najwyższa ocena punktowa jest przyznawana dla jednostek kogeneracyjnych o czasookresie do remontu generalnego wynoszącym 75.000 mtg. Tylko jednostki kogeneracyjne MWM (oferowane przez Tedom Poland Sp. z o.o.) posiadają czasookres do remontu generalnego wynoszący 80.000 mtg. Inne dostępne jednostki na rynku są w posiadają niższy zakres godzinowy do remontu generalnego.

57. Jest oczywistym, że kryterium to powinno najwyżej oceniać ofertę z najwyższą wartością



tego parametru. Nie oznacza to jednak, iż oferty o niższej wartości tego parametru powinny podlegać deprecjacji innej niż proporcjonalna. Tymczasem sposób oceny przyjęty w Postępowaniu pozwala na przyznanie nieproporcjonalnie zawyżonej wartości punktów ofercie oferującej najwyższą wartość parametru. Sprawiedliwa ocena złożonych ofert opierała by się o kryterium liczenia ofert oparte na proporcji. Wówczas Zamawiający nie premiowałby parametrów konkretnego producenta (80.000 mtg), lecz obiektywnie oceniałby parametry techniczne wszystkich złożonych ofert, stosownie do proporcjonalnej wartości tego parametru.

58. Z tego też względu wnosi się o zastosowanie w ramach oceny ofert w tym kryterium proporcji:

$$\frac{\text{Oferowany czasookres do remontu generalnego}}{\text{Najdłuższy oferowany czasookres do remontu generalnego}} \times \text{waga kryterium}$$

#### **W ZAKRESIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 131 UST. 1 PZP ORAZ ART. 131 UST. 3 PKT 1 PZP**

59. Odwołujący zwraca uwagę, iż wyznaczony termin składania wynosi 33 dni od przekazania ogłoszenia do Dz. Urz. UE. Literalnie jest on zatem zgodny z art. 138 ust. 4 PZP. Tym nie mniej należy zwrócić uwagę, że przedsięwzięcia takie jak stanowiące przedmiot zamówienia w Postępowaniu wymagają szerokiego zakresu prac inżynierskich oraz zebrania konkurencyjnych cen od podwykonawców z rynku, aby finalnie Zamawiający otrzymał najniższą możliwą cenę. Standardem dla takich zadań są terminy składania ofert wynoszące 2 miesiące. Tymczasem w Postępowaniu Zamawiający wyznaczył w praktyce termin 1 miesiąca, a licząc od drugiego terminu wizji lokalnej wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu pozostaje jedynie 2,5 tygodnia na przygotowanie oferty.
60. Powyższe okoliczności mają znacznie z kontekście postanowień art. 131 ust. 1 PZP, który stanowi, że Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia. Termin składania ofert nie jest zatem terminem określonym przez ustawodawcę normatywnie wyznaczoną ilością dni pomimo wskazania w przepisach PZP minimalnej ich liczby. Zgodnie z intencją ustawodawcy prawidłowe określenie przez zamawiających terminu składania ofert winno brać pod uwagę wymóg funkcjonalny związany z obiektywnymi okolicznościami determinującymi czas potrzebny na przygotowanie oferty.
61. W tym przypadku czas wyznaczony na złożenie oferty nie jest czasem wystarczającym z uwagi na wysoki stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia.
62. Ponadto zgodnie z cz. X pkt 1 SWZ Zamawiający, jakkolwiek nie uczynił jej obowiązkową w SWZ, to dopuścił możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej. Dodatkowo zwrócić należy uwagę na postanowienia § 11 ust 2 Załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia Umowy), który stanowi „Wykonawca oświadcza niniejszym, iż przed przystąpieniem do zawarcia niniejszej Umowy zapoznał się z wszelkimi warunkami prowadzenia Robót budowlanych, zarówno formalnymi, jak i faktycznymi (w tym z terenem prowadzenia Robót)”. Jakkolwiek zatem wizja lokalna formalnie nie jest obowiązkowa zgodnie z cz. X pkt 1 SWZ, to *de facto* Zamawiający przymusza wykonawców do jej odbycia nakładając na





nich ewentualne negatywne skutki prawne braku uczestnictwa w wizji lokalnej.

63. W takim przypadku znajdzie zastosowanie przepis art. 131 ust. 2 pkt 1 PZP, który stanowi, że w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej to wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone. Termin z art. 138 ust. 4 PZP jest zatem zbyt krótki, gdyż zasadniczy termin okresu składania ofert wyznacza art. 138 ust. 1 PZP.
64. W tych okolicznościach faktycznych wyznaczony termin składania ofert jest zbyt krótki i winien został wydłużony zgodnie z żądaniem odwołania, tak aby uzyskać zgodność z wymaganiami wynikającymi tak z postanowień art. 138 ust. 1 PZP, jak i przede wszystkim z art. 131 ust. 1 *in initio* PZP

#### **PRZEKAZANIE ODWOŁANIA ZAMAWIAJĄCEMU**

65. Stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 PZP, odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu w formie elektronicznej.
66. Przekazanie odwołania nastąpiło przy pomocy środków komunikacji elektronicznej tj. (i) na adres poczty e-mail wskazany w SWZ oraz (ii) za pośrednictwem platformy elektronicznej na której jest prowadzone Postępowanie.
67. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

#### **PODSUMOWANIE I WNIOSEK KOŃCOWY**

68. Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji o zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego.
69. W takim stanie rzecz Odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

---

Jarosław Jerzykowski  
radca prawny



Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo udzielone przez Odwołującego;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, dotycząca Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu od Odwołania;
- 5) dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu.