

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

Skanska S.A.
Oddział w Poznaniu
Biuro ul. Grunwaldzka 186
60-166 Poznań, Polska
Tel. +48 61 891 71 00
Faks +48 22 560 83 62

Siedziba
Adres Al. Solidarności 173,
00 - 877 Warszawa, Polska
Web www.skanska.pl

Poznań, dnia 4 maja 2020 r.

Odwołujący: **SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**
Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa
KRS: 0000033102, NIP: 7780001070
Adres do korespondencji:
ul. Grunwaldzka 186, 60-166 Poznań,
tel. +48 61 891 71 00,
faks +48 22 560 83 62
e - mail:
budownictwo.poznan@skanska.pl
Patrycja.Zamojska@skanska.pl
Mariusz.Gornik@skanska.pl

Zamawiający: **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa
Społecznego spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,**
adres: ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań
tel. (61) 85-08-321
e-mail: sekretariat@ptbs.pl
osoba do kontaktu: Jerzy Czapliński, e-mail:
jerzy.czaplinski@ptbs.pl, Krzysztof Bogusiewicz,
e-mail: Krzysztof.bogusiewicz@ptbs.pl

Przedmiot zamówienia: **„Budowa zespołu budynków mieszkalnych
wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu
inwestycyjnym 7 MW zlokalizowanym w Poznaniu
pomiędzy ulicami: Literacka/Wiencka/Zawackiej wraz
z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na
użytkowanie”**

Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.04.2020 r. pod numerem Dz.U./S 81 24/04/2020 189921-2020-PL

Numer referencyjny: **ZP-4/PN/2020**

ODWOŁANIE

wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

I. Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (dalej: pzp lub ustawa Pzp) **wnoszę odwołanie w toku w/w postępowania na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** (dalej: SIWZ), w tym stanowiących jej integralną część:

1. Załącznik nr 5 „Wzór Umowy” (dalej: Umowa).
2. Załącznik nr 9 do SIWZ Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 7MW wymaganych do przedstawienia przez Wykonawcę do wyboru przez Zamawiającego.
3. Dokumentację Projektową w zakresie poszczególnych części Projektu Wykonawczego stanowiących jego załączniki:
 - 1) 1.1. Wykończenie elewacji,
 - 2) 1.2. Dźwigi, wchodzące w skład pliku Architektura - Opis_PW_budynek_7MW_2018_05_29, ,karta_techiczna_5300.pdf, plik dotyczący ogrodzenia o nazwie MA02_297x594, wchodzące w skład pliku Mała architektura – rysunek MA02, lokalizacja: (...)PW\wykonawczy\4. MALA ARCHITEKTURA\PLACE ZABAWKARTY TECHNICZNE,
 - 3) karta techniczna producentów śmietników, rys. MA04b_Miejsce_Skladowania_Odpadów_7MW_297x420 – część Projektu Wykonawczego, lokalizacja: (...)PW\wykonawczy\4. MALA ARCHITEKTURA\PLACE ZABAWPDF,
 - 4) krata naścienna – część Projektu Wykonawczego, lokalizacja (...)PW\wykonawczy\1. ARCHITEKTURA

II. Zarzuty

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego („kc”), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 PZP, 14 ust. 1 PZP, 22 ust. 1 a PZP, 29 ust. 1 – 3 PZP, 31 ust. 1 – 3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań SIWZ wskazanych odpowiednio w wymienionych poniżej jednostkach redakcyjnych, które pozostają w

sprzeczności z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie uprawniony do:

- a) przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za wady Dokumentacji Projektowej przygotowywanej przez Zamawiającego, a także innych niezidentyfikowanych ryzyk i zrzeczenia się roszczeń w tym zakresie przez Wykonawcę,
a także niejasne, nieprecyzyjne, wykluczające się postanowienia SIWZ, w tym Umowy, jak i Dokumentacji Projektowej, dotyczące przedmiotu zamówienia, podczas gdy takie sformułowania w SIWZ stanowią o naruszeniu zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej, naruszeniu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a także są przejawem opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prowadzący do dyskryminacji bezpośredniej co prowadzi do niemożności przygotowania rzetelnej oferty;
- b) wprowadzenia bezusterkowego odbioru, a w związku z tym nieuprawnione uzależnienie od bezusterkowego odbioru:
 - i) odmowy odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi;
 - ii) odmowy zapłaty z powodu braku bezusterkowego odbioru podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest odbiór prac i zapłata za wykonane roboty;
- c) naliczenia kar umownych za opóźnienie, a więc niezawinione przez Wykonawcę okoliczności, w dodatku bez górnego limitu, podczas gdy kara umowna jako instytucja prawa cywilnego (art. 484 § 2 kc) jest uzależniona od winy dłużnika (tu Wykonawcy), a także wysokości kar i możliwości naliczenia podwójnie za to samo zdarzenie;
- d) braku możliwości naliczenia przez Wykonawcę kary umownej za odstąpienie przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn obciążających Zamawiającego, przy jednoczesnym takim uprawnieniu dla Zamawiającego, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania, wypaczeniu postulatu równości

- stron umowy o roboty budowlanego i nieuprawnionym uprzywilejowaniu Zamawiającego wobec Wykonawcy;
- e) odstąpienia od całości umowy w przypadku wystąpienia wady nieusuwalnej i uniemożliwiającej użytkowanie, a nie tylko tej części umowy, bez żadnych ograniczeń; odstąpienia od całości umowy także w przypadku wady nieusuwalnej, ale nie uniemożliwiającej użytkowania Przedmiotu Umowy podczas gdy takie postanowienia powodują naruszenie zasady równego traktowania, wypaczenia postulatu równości stron umowy o roboty budowlanego i kreują nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego wobec Wykonawcy.

III. Wnioski

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

- 1. uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:**

1.1. ust. 8 Preambuły Umowy, który brzmi:

„Wykonawca potwierdza, że w dniu zawarcia Umowy otrzymał i sprawdził pozwolenie na budowę i pozwolenie je zmieniające i nie wnosi żadnych uwag i zastrzeżeń. Wykonawca oświadcza, że zrozumiałe są dla niego wszystkie wymagania techniczne i lokalizacyjne zleczonych robót budowlanych i uznaje to za podstawę wystarczającą do realizacji przedmiotu Umowy, oraz że te warunki i wymagania uwzględnił w wynagrodzeniu ryczałtowym i nie będzie w późniejszym terminie wysuwał żadnych roszczeń z tego tytułu”.

Wykonawca wskazuje na:

Zbyt daleko idąca odpowiedzialność Wykonawcy w zakresie zrzeczenia się przyszłych roszczeń, co jest połączone z kolejnymi zarzutami nin. odwołania.

Wykonawca wnosi o:

„Wykonawca potwierdza, że w dniu zawarcia Umowy otrzymał i sprawdził pozwolenie na budowę i pozwolenie je zmieniające i nie wnosi żadnych uwag i zastrzeżeń. Wykonawca oświadcza, że zrozumiałe są dla niego wszystkie wymagania techniczne i lokalizacyjne zleczonych robót budowlanych i uznaje to za podstawę wystarczającą do realizacji przedmiotu Umowy, oraz że te warunki i wymagania uwzględnił w wynagrodzeniu ryczałtowym i nie będzie w późniejszym terminie wysuwał żadnych roszczeń z tego tytułu, z zastrzeżeniem postanowień umownych i ustawowych”.

1.2. § 2 ust. 5 Umowy, który brzmi:

„W przypadku, gdy Dokumentacja Projektowa z załącznikami przekazane przez Zamawiającego nie podaje w sposób szczegółowy technologii wykonywania Robót lub wykonania określonego elementu Przedmiotu Umowy, bądź też nie precyzuje dostatecznie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego uprzedniego uzyskania decyzji w formie pisemnej w tym zakresie od Zamawiającego”.

Wykonawca wskazuje:

Opisanie przedmiotu zamówienia nie nastąpiło w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Wykonawca wnosi o:

Nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie w sposób odpowiadający wymogom ustawy, a więc stwarzający jednoznaczne kryteria umożliwiające dokonanie rzetelnej oferty przez Wykonawcę wraz z oceną ryzyk i wyceną kosztów, a więc doprecyzowanie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, a także technologii wykonania Robót.. W związku z tym, zasadny jest także postulat nakazania Zamawiającemu zmian Umowy w ten sposób, aby wykluczyć na etapie wykonywania Umowy dowolności Zamawiającego w powyższym zakresie (rodzaj materiałów, technologia prac). Te elementy muszą być już na etapie przetargu jasno i precyzyjnie określone przez Zamawiającego.

1.3. § 2 ust. 6 Umowy, który brzmi:

„Tam, gdzie w Dokumentacji Projektowej oraz innych dostępnych Wykonawcy dokumentach, opisach lub specyfikacjach, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1, 3, 8 i 9 Ustawy, Zamawiający w pierwszej kolejności oczekuje od Wykonawcy wykonania Robót zgodnie z przyjętymi rozwiązaniami i standardami, jednak stosownie do wymogu art. 30 ust. 4 Ustawy dopuszcza zaoferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych, pod bezwzględnym warunkiem, że zagwarantują one realizację Robót w sposób zapewniający uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach, a nadto, iż uzyska uprzednio pisemną zgodę Zamawiającego na ich użycie. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały i Roboty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku naruszenia niniejszego postanowienia poprzez zastosowanie materiałów niespełniających opisanych wyżej kryteriów, Zamawiający może nałożyć na Wykonawcę karę umowną w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każde z naruszeń z osobna, oraz zobowiązany jest do przywrócenia Robót do stanu zgodnego z dokumentacją projektową na koszt Wykonawcy”.

Wraz z **Załącznikiem nr 9 do SIWZ** Zestawienie elementów wzorcowych dot. realizacji inwestycji na polu 7MW wymaganych do przedstawienia przez Wykonawcę do wyboru przez Zamawiającego,

A także elementami Dokumentacji Projektowej w zakresie poszczególnych części Projektu Wykonawczego stanowiących jego załączniki:

- załączniki 1.1. Wykończenie elewacji, 1.2. Dźwigi, wchodzące w skład pliku Architektura - Opis_PW_budynek_7MW_2018_05_29,
- karta_techniczna_5300.pdf, „plik dotyczący ogrodzenia”, wchodzące w skład pliku Mała architektura – rysunek MA02_297x594,
- karta_techniczna_producentów_śmietników, rys. MA04b_Miejsce_Składowania_Odpadów_7MW_297x420,
- krata naścienna.

Wykonawca wskazuje:

Opisanie przedmiotu zamówienia nie nastąpiło w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zarówno powołane postanowienie umowne, jak i w.w. dokumenty stanowiące załączniki do Dokumentacji Projektowej powodują brak precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia i powodują niemożność sporządzenia rzetelnej oferty.

W przypadku elewacji i małej architektury zostały podane nazwy Producentów bez parametrów.

Natomiast w zał. Nr 9 do SIWZ, co prawda podano parametry różnych elementów, ale należy wskazać minimalną liczbę dwóch wzorów/modeli od różnych producentów do wyboru Zamawiającego (kolumna o nazwie „minimalna liczba wzorów/modeli/producentów do wyboru Zamawiającego”), co powoduje niemożność wybrania do oferty jednego najkorzystniejszego produktu.

Wykonawca wnosi:

Jak w pkt 1.2. powyżej, a więc o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie w sposób odpowiadający wymogom ustawy, a więc stwarzający jednoznaczne kryteria umożliwiające dokonanie rzetelnej oferty przez Wykonawcę wraz z oceną ryzyk i wyceną kosztów, a więc doprecyzowanie rodzaju i standardu materiałów lub urządzeń, a także technologii wykonania Robót.. W związku z tym, zasadny jest także postulat nakazania Zamawiającemu zmian Umowy i doprecyzowania Dokumentacji Projektowej (konkretnych wskazanych w zarzucie załączników do Projektu Wykonawczego) w ten sposób, aby wykluczyć na etapie po wyborze Wykonawcy, zawarcia Umowy i jej wykonywania dowolności Zamawiającego w powyższym zakresie (rodzaj materiałów, technologia prac). Te elementy muszą być już na etapie przetargu jasno i precyzyjnie określone przez Zamawiającego, tak aby Wykonawca sporządzając ofertę przyjmował konkretne rozwiązanie.

1.4. § 2 ust. 7 i 8 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

„Ust. 7 Wykonawca oświadcza, iż znane są mu wszelkie uwarunkowania faktyczne i prawne związane z wykonaniem Przedmiotu Umowy, w szczególności zaś oświadcza, iż znany mu jest sposób i warunki dostępu do Terenu Budowy a także, że zbadał Teren Budowy oraz jego otoczenie, jak również, że zapoznał się z udostępnioną Dokumentacją Projektową z załącznikami i uzyskał wszelkie informacje tak, aby mieć pełną wiedzę o nich. Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy, dotyczące Terenu Budowy zgłoszone po dniu zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia roszczeń od Zamawiającego oraz do żądania przez Wykonawcę przesunięcia terminu zakończenia Przedmiotu Umowy.

Ust. 8 Pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na takie braki lub wady w Dokumentacji Projektowej i jego załącznikach w przyszłości, Wykonawca oświadcza, iż nie stwierdza żadnych wad lub braków we wszelkiej Dokumentacji Projektowej oraz zrzeka się prawa do powoływania się na wady, błędy dostrzeżone w Dokumentacji Projektowej po złożeniu oferty Wykonawcy”.

Wykonawca wskazuje:

Przewidziany przez zamawiającego przepis nakłada na Wykonawcę nieprzewidziane (niemożliwe do przewidzenia) ryzyka, które są niezgodne z formuła wykonawstwa umowy o roboty budowlane w formule Buduj.

Otrzyma nowe brzmienie:

„Ust. 7 Wykonawca oświadcza że zapoznał się z Terenem Budowy, dysponuje wiedzą na temat stanu faktycznego i prawnego Terenu Budowy, którą - przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od profesjonalisty - mógł uzyskać na podstawie informacji zawartych w Dokumentacji Projektowej, udostępnionej Wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem przed podpisaniem Umowy. Strony potwierdzają, że odpowiedzialność Wykonawcy za ww. warunki obejmuje tylko i wyłącznie odpowiedzialność właściwą i typową dla Wykonawcy robót, a nie dla Projektanta, a więc Wykonawca odpowiada za ww. warunki tylko w granicach na jakie pozwoliło mu zapoznanie się z udostępnioną Dokumentacją Projektową (a więc Wykonawca nie odpowiada za przyjęte rozwiązania techniczne i wybrane przez Inwestora materiały oraz urządzenia), a z Terenem Budowy w zakresie dokonanych oględzin (nie odpowiada zatem za nieprzewidziane warunki fizyczne terenu budowy, jak: warunki gruntowe, znaleziska, niezainwentaryzowane sieci, których występowanie obciąża Inwestora).

Ust. 8 Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową i innymi załącznikami do SIWZ. Strony potwierdzają, że odpowiedzialność Wykonawcy za ww. warunki obejmuje tylko i wyłącznie odpowiedzialność właściwą i typową dla Wykonawcy robót, a nie dla Projektanta, a więc Wykonawca odpowiada za ww. warunki tylko w granicach na jakie pozwoliło mu zapoznanie się z udostępnioną Dokumentacją Projektową (a więc Wykonawca nie odpowiada za przyjęte rozwiązania techniczne i wybrane przez Inwestora materiały oraz urządzenia), a z Terenem Budowy w

zakresie dokonanych oględzin (nie odpowiada zatem za nieprzewidziane warunki fizyczne terenu budowy, jak: warunki gruntowe, znaleziska, niezainwentaryzowane sieci, których występowanie obciąża Inwestora). Niedoścadowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy, nie może być podstawą do żądania zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu Umowy, chyba że wynika z Dokumentacji Projektowej sporządzonej przez Zamawiającego.”.

1.5. § 5 ust. 1 Umowy, który brzmi:

„Siła wyższa jest zdarzeniem zewnętrznym, niemożliwym do przewidzenia, oraz niemożliwym do zapobieżenia, obejmującym w szczególności takie zdarzenia jak: wojna, klęski żywiołowe (trzęsienia ziemi, huragan), strajki, okupacja budowy spowodowana przez osoby inne niż pracownicy Wykonawcy lub Podwykonawców”.

Otrzyma brzmienie:

„Siła wyższa jest zdarzeniem zewnętrznym, które skutki są niemożliwe do zapobieżenia, obejmującym w szczególności takie zdarzenia jak: wojna, klęski żywiołowe (trzęsienia ziemi, huragan), strajki, okupacja budowy spowodowana przez osoby inne niż pracownicy Wykonawcy lub Podwykonawców”.

1.6. § 7 ust. 2 pkt 10) Umowy, który brzmi:

„10) udostępnienia Terenu Budowy podmiotom upoważnionym przez Zamawiającego na każde jego żądanie,”

Wykonawca wskazuje:

Zapis nieprecyzyjny – zbyt szeroki umożliwiający wejście na Teren Budowy jakiegokolwiek osobie upoważnionej przez Zamawiającego.

Wykonawca wnosi:

o zmianę zapisu, aby wejście odbywało się na zasadach obowiązujących u Wykonawcy (Kierownik Budowy z ramienia Wykonawcy odpowiedzialny jest za bezpieczeństwo na budowie), ewentualnie inne doprecyzowanie zapisu, poprzez określenie dokładnego kręgu osób, które mogą wejść na Teren Budowy.

1.7. § 7 ust. 2 pkt 31 Umowy, który brzmi:

„31) organizacji i udziału w każdym przeglądzie gwarancyjnym,”

Wykonawca wskazuje:

Na etapie gwarancyjnym po przejęciu przez Zamawiającego, Wykonawca nie jest gospodarzem obiektu (Terenu budowy już nie ma, gdyż budowa się skończyła), Wykonawca nie może organizować przetargu.

Wykonawca wnosi:
wykreślenie obowiązku udziału.

1.8. § 8 ust. 13 i 14, który brzmi:

„Ust. 13 Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zobowiązany jest do zgłoszenia Zamawiającemu wszystkich dostawców i usługodawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją Umowy. Zgłoszenie powinno zawierać nazwę dostawcy lub usługodawcy, wskazywać zakres rzeczowy i wartość świadczeń, a ponadto do zgłoszenia powinna być dołączona kopia zawartej umowy o podwykonawstwo poświadczona za zgodność z oryginałem”.

Wykonawca wskazuje:

Umowa w tym zakresie nakazuje zgłoszenie wszystkich dostawców i usługodawców. Jest to zbyt daleko idący obowiązek obciążający Wykonawcę, jak i dalszych podwykonawców. Obowiązek daleko wykraczający poza regulacje ustawowe (bardziej restrykcyjny) oraz poza potrzebę ochrony Zamawiającego, a zatem i zasadę proporcjonalności zastosowanych w Umowie środków.

Wykonawca wnosi:
o jego wykreślenie

1.9. § 8 ust. 14 Umowy, który brzmi:

„Ust. 14 Powyżej określony obowiązek przedłożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę umowy o podwykonawstwo nie zachodzi, jeśli przedmiotem umowy o podwykonawstwo są usługi: ochrony Terenu Budowy, sprzątnia, wynajmu sprzętu i transportu, wykonywane na rzecz Wykonawcy przez osoby przez niego zakontraktowane do realizacji Umowy na podstawie umów cywilnoprawnych i innych kosztów ogólnych budowy, a których łączna wartość nie przekracza 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) netto,

Na każde żądanie Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek przedłożyć kserokopie umów/ zleceń/zamówień na powyższe usługi, w celu weryfikacji ich wartości.”

Wykonawca wskazuje:

Na przekroczenie zasady proporcjonalności wymagań Zamawiającego od Wykonawcy w stosunku do przedmiotu Umowy, a w szczególności charakteru tego postanowienia nakładającego obowiązek na Wykonawcę.

Wykonawca wnosi:

Podwyższenie łącznej wartości do 100.000 zł,
Ewentualnie do ograniczenia tylko do przedstawienia dokumentów na żądanie Zamawiającego.

1.10. § 12 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 5), 8) Umowy poprzez zastąpienie wyrazu „za opóźnienie” wyrazem „za zwłokę”.

1.11. § 12 ust. 1 pkt 4) Umowy, który brzmi:

„za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji lub w okresie rękojmi - w wysokości 1.000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie poszczególnej wady lub w uzgodnionym przez Strony terminie; kara umowna naliczana jest odrębnie za każdą wadę nie usuniętą w terminie wskazanym przez Zamawiającego lub w uzgodnionym przez Strony terminie.,

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu:

Aby nie naliczać kary za każdą wadę nieusuniętą w terminie. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wady występujące w „pakietach” powinny być „karane zbiorczo”.

1.12. § 12 Umowy poprzez ustanowienia nowej jednostki redakcyjnej w postaci ust. 6 o treści:

„W przypadku terminowego wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji, Zamawiający umarza lub uchyla naliczone kary umowne za nieterminowe wykonanie wcześniejszych obowiązków umownych wymienionych w § 12 ust. 1 pkt 1), 2), 4) [w zakresie usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze Etapu I lub Etapu II], 7), 9), a w przypadku nie naliczenia tych kar do momentu terminowego wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I Inwestycji lub Etapu II Inwestycji zobowiązuje się już ich nie naliczać”.

1.13. § 12 ust. 1 pkt 1), 2), 4), 5), 7), 8), 9) Umowy do obniżenia kary do 500 zł za dzień zwłoki.

1.14. § 12 ust. 1 pkt 3) Umowy do obniżenia kary do 5.000 zł za dzień.

1.15. § 12 Umowy poprzez ustanowienia nowej jednostki redakcyjnej w postaci ust. 7 o treści:

„Wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę nie może przekroczyć:

- a) 10 % wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy z tytułu I Etapu dla realizacji I Etapu,
- b) 10 % wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy z tytułu II Etapu dla realizacji II Etapu.”

1.16. § 12 ust. 1 pkt 14 Umowy, który brzmi:

„14) za nieskuteczne usunięcie wady, rozumiane w ten sposób, że jakkolwiek wada danego elementu Robót lub część Przedmiotu Umowy wystąpi dwukrotnie w tym samym miejscu w Budynku, pomimo, że Wykonawca uprzednio wskazał wadę, jako usuniętą w terminie wskazanym przez Zamawiającego - w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy taki przypadek, o ile Wykonawca nie zdoła wykazać, że wada wystąpiła ponownie pomimo zachowania przez Wykonawcę należytej staranności oraz za każde następne stwierdzenie powstania wady w danym elemencie Robót lub w Przedmiocie Umowy.”

Wykonawca wskazuje:

Fakt, za który Wykonawca ma być karany jest niezależny od niego i wykracza poza zwyczajny rozkład ryzyka kontraktowego. Skoro wada zostaje usunięta, co Zamawiający potwierdza, to trudno, w przypadku ponownego wystąpienia wady obciążać Wykonawcę dodatkowym zobowiązaniem, poza tym, że jest zobowiązany do naprawy.

Wykonawca wnosi:

O usunięcie postanowienia.

1.17. § 12 Umowy poprzez ustanowienia nowych jednostek redakcyjnych w postaci:

A. ust. 8 o treści:

„Wykonawca może obciążyć Zamawiającego kara umowną:

- a) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 5.000.000,00 (słownie: pięć milionów złotych),
- b) za odstąpienie przez Wykonawcę od Umowy, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 7.000.000,00 (słownie: siedem milionów złotych),”

B. ust. 9 o treści:

„9. Zapłata którejkolwiek z kar umownych wskazanych w Umowie, a zastrzeżonych na rzecz Wykonawcy nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Wykonawcę odszkodowania przewyższającego karę lub kary umowne, w przypadku, gdy szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązku wynikającego z Umowy przekracza wysokość pobranej kary umownej. Wykonawca może, niezależnie od kar umownych, dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym”.

C. Ust. 10 o treści:

„Ust. 10 Odstąpienie od Umowy nie wyklucza obowiązku zapłaty przez Zamawiającego kary lub kar umownych w szczególności przewidzianych na okoliczność odstąpienia od Umowy”.

D. Ust. 11 o treści:

„Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w terminie 14 (słownie: czternaście) dni od daty wystąpienia przez Wykonawcę z żądaniem zapłacenia kary”.

1.18. § 14 i § 16 Umowy

Wykonawca wskazuje na sprzeczne postanowienia w zakresie odbioru:

- a) Z § 14 ust. 7 wynika, że potwierdzenie gotowości Wykonawcy do Końcowego Odbioru Robót następuje po usunięciu wad istotnych przez Inspektorów nadzoru inwestorskiego lub Zamawiającego w wykonanych Robotach budowlanych związanych z realizacją Przedmiotu Umowy.
- b) Z tego wynika, że tylko wady istotne stoją na przeszkodzie do odbioru (potwierdza to również § 14 ust. 13. Jednak z § 14 ust. 7, jak i wcześniejszych postanowień nie wynika, kiedy wady istotne mają zostać stwierdzone.
- c) Z kolei § 14 ust. 14 będący kontynuacją ust. 13 odnosi się już do wad (bez określenia jakich), a nie wad istotnych, co wprowadza niepewność co do zrozumienia intencji Zamawiającego, planowanego przebiegu odbioru, a co za tym idzie zaplanowania ryzyk związanych z występowaniem wad i zaplanowania czasu na ukończenie.
- d) § 16 ust. 3 przewiduje, że jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie m. in. stwierdzone że nastąpiło wadliwe wykonanie Zamawiający może odmówić odbioru z winy Wykonawcy; „wadliwe wykonanie wskazuje na każdą wadę, a więc nie tylko istotną.
- e) § 16 ust. 4 pkt 1) wskazuje na nadające się do usunięcia wady, których występowanie umożliwi Zamawiającemu żądanie od Wykonawcy ich usunięcia i wyznaczenie odpowiedniego terminu w tym celu

Wykonawca wnosi o:

A. o doprecyzowanie - zdefiniowanie terminów, jak wada / usterka istotna, nieistotna.

o ukształtowanie przez Zamawiającego procedury odbiorowej jasno i precyzyjnie, w szczególności w ten sposób, iż Zamawiający może odmówić odbioru w sytuacji, gdy w toku czynności odbiorowych stwierdzi istotne wady/usterki przedmiotu Umowy zakresie braku odbioru bezusterkowego, np. poprzez poniższy przykład „ Jeżeli Przedmiot odbioru (częściowego) posiada wady, wówczas Zamawiający:

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

- „Jeżeli Przedmiot odbioru końcowego posiada wady, wówczas Zamawiający:
- a. w przypadku wystąpienia wad istotnych Przedmiotu odbioru ma prawo do odmowy dokonania odbioru,
 - b. w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Przedmiotu odbioru końcowego dokona odbioru części przedmiotu umowy z jednoczesnym wyznaczeniem Wykonawcy terminu usunięcia wad nieistotnych, nie dłuższym jednak niż 14 dni (z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli czynniki niezależne od woli Wykonawcy lub względy technologiczne nie pozwalają na wykonanie prac w tym terminie wówczas okres ten może być wydłużony za zgodą Zamawiającego).
 - c. w przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych Przedmiotu odbioru końcowego dokonania odbioru z jednoczesnym potrąceniem części wynagrodzenia z tytułu wystąpienia tych wad."
- C. o zmianę postanowienia § 16 ust. 4 pkt 2) b) w ten sposób, że zamiast pierwotnego brzmienia:
- jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu Umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu Umowy po raz drugi, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy, zachowując prawo do naliczenia Wykonawcy zastrzeżonych w Umowie kar umownych i odszkodowań na zasadach określonych w Umowie oraz żądania naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania Umowy na zasadach ogólnych.

będzie on brzmiał:

jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od odbioru i zażądać wykonania wskazanego zakresu Przedmiotu Umowy po raz drugi wyznaczając ostateczny termin ich realizacji. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie Przedmiotu Umowy po raz drugi, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy w części obejmującej wady, zachowując prawo do naprawienia szkody wynikłej z nienależytego wykonania Umowy na zasadach ogólnych.

- D. o zmianę postanowienia § 16 ust. 7 w ten sposób, że zamiast pierwotnego brzmienia:
7. Jeśli wad istotnych nie da się usunąć lub jeżeli Wykonawca nie zdołał usunąć ich w wyznaczonym terminie Zamawiający może według własnego wyboru od Umowy odstąpić lub obniżyć Wynagrodzenie Wykonawcy w odpowiednim stosunku przez co Strony rozumieją, iż obniżenie Wynagrodzenia powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość Robót bez wad pozostaje do wartości Robót z wadami lub o wartość wydatków koniecznych do usunięcia tychże wad z Robót.
- będzie on brzmiał:**

7. Jeśli wad istotnych nie da się usunąć lub jeżeli Wykonawca nie zdołał usunąć ich w wyznaczonym terminie Zamawiający może obniżyć Wynagrodzenie Wykonawcy w odpowiednim stosunku przez co Strony rozumieją, iż obniżenie Wynagrodzenia powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość Robót bez wad pozostaje do wartości Robót z wadami lub o wartość wydatków koniecznych do usunięcia tychże wad z Robót.

1.19. § 18 ust. 2 *ab initio* Umowy, który brzmi:

Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, Zamawiający jest uprawniony do natychmiastowego odstąpienia od Umowy - bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu - w następujących przypadkach:

Otrzyma nowe brzmienie:

Niezależnie od uprawnień do odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy – za uprzednim wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 7 (siedmio) dniowego terminu na usunięcie zaniechań, niezgodności z Umową i doprowadzenia do stanu zgodnego z Umową - w następujących przypadkach **w odniesieniu do pkt 1), 2), 3), 6), 7) zawartych w § 18 ust. 2.**

1.20. § 18 ust. 2 pkt 1) Umowy, który brzmi:

Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w § 13 ust. 1 Umowy i opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub w toku Robót opóźnia się z wykonaniem poszczególnych etapów wskazanych w § 13 ust.4 Umowy o co najmniej 7 (słownie: siedem) dni,

Wykonawca wskazuje:

Termin 7 dni jest bardzo krótkim terminem i jego niewielkie przekroczenie jest obarczone najpoważniejszą sankcją kontraktową – odstąpieniem.

Otrzyma nowe brzmienie:

Wykonawca nie rozpoczyna Robót w terminie określonym w § 13 ust. 1 Umowy i opóźnia się z rozpoczęciem Robót lub w toku Robót opóźnia się z wykonaniem poszczególnych etapów wskazanych w § 13 ust.4 Umowy o co najmniej 14 (słownie: czternaście) dni,

1.21. § 18 ust. 9 i 10 Umowy, który brzmi:

Ust. 9. W przypadku, gdy od Umowy odstąpił Zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie,

Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za wykonane etapy i elementy Robót według stanu na dzień odstąpienia od Umowy w zakresie ustalonym w protokole inwentaryzacji, o którym mowa w ust. 7 pkt. 3 powyżej.

Ust. 10. W przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy przysługuje Wykonawcy wynagrodzenie wyłącznie za te etapy i

elementy Robót, które zostały odebrane przed dniem odstąpienia na podstawie protokołów z odbiorów częściowych, i to tylko w takim zakresie, w jakim Zamawiający te prace zatrzymuje. Kwota wynagrodzenia Wykonawcy ulega odpowiedniemu pomniejszeniu o należne Zamawiającemu kary umowne i odszkodowania.

Otrzyma brzmienie:

W przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze stron i jakiegokolwiek przyczyny (tzn. bez względu na to po czyjej stronie będą leżały przyczyny odstąpienia) Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane faktycznie Roboty według stanu na dzień odstąpienia, co zostanie stwierdzone inwentaryzacją. Wykonawcy należy się też zapłata za materiały nabyte w celu realizacji przedmiotu umowy materiały przed odstąpieniem od Umowy, choćby nie zostały jeszcze dostarczone.

1.22. § 19 w zakresie przewidzenia przestanki zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia w przypadku:

- a) przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy w zakresie wynagrodzenia obejmującego również koszty ogólne Wykonawcy,
- b) robót dodatkowych wynikających z konieczności wykonania robót pozostających poza przedmiotem umowy, nie objętych zakresem i odpowiedzialnością Wykonawcy, obejmujących także koszty ogólne Wykonawcy.

2. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

IV. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez Zamawiającego SIWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności normami prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem

umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na bezpodstawne wstrzymywanie odbiorów robót, wynikające z tego opóźnienia w finansowaniu ich realizacji, a także na bycie bezpodstawnie obciążonym przez Zamawiającego karami umownymi z tytułu nieterminowego wykonania robót w sytuacji, w której Zamawiający odmawiałby dokonania odbioru robót mimo braku w nich wad istotnych. Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasady uczciwej konkurencji.

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

V. Termin na złożenie odwołania

Zamawiający w dniu 24.04.2020 roku opublikował SIWZ co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

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

- I. **Przypisanie Wykonawcy niezidentyfikowanych ryzyk, brak równowagi stron, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, niespójność postanowień umownych, brak zasady racjonalności.**

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru Umowy – Premabuły (pkt 8), § 2 ust.5-8, § 7 ust. 2 pkt 10 i 31, § 18 i 19 a także pozostałe elementy SIWZ naruszają przepisy ustawy kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia, pozostałe kwestie (wnioski 1.1., 1.4., 1.6. – 1.9. odwołania)

Pomimo obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu SIWZ. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące Umowie, jak i innych dokumentach (załącznikach - Projekt Wykonawczy stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz 31 ust. 1 pzp. Niedokładności te i braki te nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne¹. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego².

Przenosząc na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień SIWZ, w tym Projektu umowy przetrucił na Wykonawcę ryzyka, które w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występują, w szczególności ryzyko niedokładności wynikającej z Dokumentacji Projektowej sporządzanej przez Zamawiającego, ale także **postanowienia dotyczące nadmiernie wygórowanych zobowiązań** Wykonawcy nie uzasadnionych celem i przedmiotem przetargu związanych z udostępnieniem Terenu Budowy (§ 7 ust. 2 pkt 10, wniosek f), organizacji przeglądu gwarancyjnego (§ 7 ust. 2 pkt 31, wniosek g), zgłaszaniem dostawców i usługodawców (§8 ust. 13 i 14, wniosek h, j). Takie ryzyka zostały

¹ Wyrok KIO z 24.42017, KIO 664/17.

² D. Ziemiński, Zasada proporcjonalności, „ZAMAWIAJĄCY. Zamówienia publiczne w praktyce” 2017, nr 22, s. 20.

narzucone Wykonawcy bez dodatkowego wynagrodzenia czy czasu na ich wykonanie lub poprawę błędów. W tym stanie rzeczy Wykonawca zaskarża następujące postanowienia SIWZ.

Ww. postanowienia przerzucają na Wykonawcę bliżej niesprecyzowane ryzyko rozbieżności, błędów, braków, itp. wynikających z Dokumentacji Projektowej przygotowanej przez Zamawiającego, a także dotyczącej Terenu Budowy (ewentualnego nieznanego jego stanu). Dotyczy to także ewentualnych uzgodnień, warunków i opinii, które są niezbędnym elementem dokumentacji projektowej oraz konieczności ich aktualizacji, prolongaty, „optymalizacji”, a także wykonania prac, robót nie objętych opisem przedmiotu zamówienia, które mogą wynikać z związku z przedmiotowymi opracowaniami czy aktualizacjami. Tym samym każdy z wykonawców będzie elementy te identyfikował, a w konsekwencji szacował zupełnie odmiennie.

Jest tak dlatego, że do czasu wykonania opracowań projektowych oraz uzyskania (aktualizacji) uzgodnień, warunków, opinii od podmiotów trzecich nie można stwierdzić i precyzyjnie określić, a tym samym wycenić prac, które mogą okazać się konieczne do wykonania. Taka sytuacja będzie miała miejsce, np. w przypadku braku dozbrojenia filigranów - brak zdefiniowanego zbrojenia zszywającego oraz dozbrojenia nadbetonu w Dokumentacji Projektowej.

Takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego (a więc zarówno niedopuszczalne ryzyka, jak i nieprecyzyjny OPZ, a także sprzeczne postanowienia SIWZ) **przekracza dopuszczalną swobodę kontraktowania (art. 5 oraz art. 353(1) k.c.), gdyż wypacza istotę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej z ekwiwalentnymi świadczeniami jej stron (art. 647 k.c.)**. W ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprawdzie rozszerzyć zakres odpowiedzialności jednej z nich o ryzyka standardowo nie objęte tą odpowiedzialnością, ale jedynie w granicach określonych w art. 353(1) k.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku prawnego nie może być sprzeczny właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Natomiast zaskarżone postanowienia SIWZ oraz Projektu umowy modyfikują zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 pzp, gdyż zwalnia Zamawiającego z **ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert**. **Naruszają przez to również art. 140 ust. 1 pzp.**

Należy zauważyć, że SIWZ ponadto nie przewiduje dopuszczalnych zmian umowy, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1) pzp w zakresie wynagrodzenia w przypadku wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych opracowań projektowych bądź uzyskania, aktualizacji lub optymalizacji dokumentacji formalnoprawnej (w tym opinii, uzgodnień i warunków) oraz wystąpienia robót dodatkowych lub zamiennych

mogących wynikać z tych dokumentów. Dlatego też analiza Projektu umowy, który w szczególności w § 2 ust. 7 i 8 przenosi dodatkowe ryzyka na Wykonawcę, nasuwa wniosek, że być może Zamawiający wbrew treści art. 140 ust. 1 pzp zamierza egzekwować od Wykonawcy bez dodatkowego wynagrodzenia wykonanie świadczeń nieobjętych ofertą z tej przyczyny, że niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty, co w konsekwencji doprowadzi do sytuacji, w której zakres zobowiązania umownego nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Tego typu praktykę, polegającą na opisywaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, które nie są określone nawet co do kategorii należy uznać za niedopuszczalną (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.).

Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn. 18.05.2015 r.).

Tym samym, należy zaznaczyć, że istnieje duże ryzyko, iż treść ww. postanowień SIWZ i Wzoru Umowy będzie wykorzystana na etapie realizacji zamówienia jako podstawa do żądania przez Zamawiającego znaczącego rozszerzenia zakresu świadczeń Wykonawcy, wykraczających poza przedmiot jego oferty i to bez zmiany wynagrodzenia.

Takie działanie Zamawiającego nie leży wbrew pozorom w interesie publicznym, jako że może skłaniać wykonawców do bardzo ostrożnego wyceniania ofert i w konsekwencji ich zawyżania ze względu na szeroki i niedookreślony zakres ryzyk oraz nieprzewidzianych okoliczności, przekładających się na zakres świadczeń, których Zamawiający może żądać od Wykonawcy na etapie realizacji, a które niekoniecznie ostatecznie się zaktualizują.

Opis przedmiotu zamówienia – zagrożenia równoważności (§ 2 ust. 5 i 6 Umowy, wnioski 1.2. i 1.3. odwołania)

Natomiast rozważając zarzuty odwołania w kontekście opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego i dopuszczającego rozwiązania (materiały) równoważne, to podtrzymując treść zarzutów i wniosków (b i c), należy zaznaczyć jak poniżej.

Gospodarzem całego procesu udzielania zamówienia publicznego jest zamawiający i to on kreuje jego ramy oraz między innymi dokonuje opisu przedmiotu zamówienia. Z tego powodu szczególnie ważny jest fakt, że zamawiający zobowiązany jest działać w granicach i zgodnie z przepisami prawa, w tym prawa zamówień publicznych, zaś w innym wypadku podlegać będzie odpowiednim sankcjom.

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia³. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia⁴.

Zgodnie z normą prawną, przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 3 ustawy pzp). W związku z tym, opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych jest możliwe tylko w sytuacji, gdy kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki: ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz wskazaniu takiemu towarzyszy sformułowanie „lub równoważny”. **Niemożliwość opisanie przedmiotu zamówienia musi być obiektywna, a specyfika przedmiotu zamówienia uzasadniona, wynikająca z jego cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych⁵.**

Norma ta ma charakter przepisu *lex specialis*, co oznacza, iż w każdym przypadku, gdy zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności

³ Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15.

⁴ Wyrok KIO z 6.7.2015, KIO 1332/15.

⁵ J.E. Nowicki, A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 434.

posłużenia się nazwami własnymi, to powinien tak postąpić⁶. **Dopuszczenie przez zamawiającego rozwiązań równoważnych nie może być jedynie pozorne, lecz musi dawać wszystkim wykonawcom realną możliwość zaoferowania produktu równoważnego⁷.** Zamawiający powinien samodzielnie opisać przedmiot zamówienia, a dopiero w sytuacji, gdy nie jest w stanie w sposób dostatecznie precyzyjny i zrozumiały przedstawić charakterystyki przedmiotu zamówienia, ani w trybie samodzielnego opisu, ani też poprzez odwołanie się do norm lub wspólnych specyfikacji, może odnieść się do konkretnej marki, patentu, produkcji itp., zawsze jednak uzupełniając opis słowami: „lub równoważny”⁸. Powołany przepis wyraźnie wskazuje na wyjątkowość takiego sposobu sporządzania specyfikacji technicznej – **zamawiający w sposób obiektywny nie może być zdolny do sporządzenia właściwego opisu przedmiotu zamówienia bez odniesienia do przykładu w postaci marki, patentu czy znaku handlowego⁹**

Jeśli nie zaistnieje taka wyjątkowa sytuacja, a zamawiający dokona takiego odniesienia w specyfikacji, nawet przy użyciu słów „lub równoważny”, może się narazić na zarzut naruszenia prawa unijnego i zasady uczciwej konkurencji. Samo dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie jest bowiem usprawiedliwieniem dla odwołania się do konkretnego znaku w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia jest możliwy za pomocą podania cech technicznych i jakościowych lub wymagań funkcjonalnych¹⁰. Ustawodawca zakazuje zamawiającemu używania w opisie przedmiotu zamówienia określeń wskazujących na konkretne produkty wiadomych producentów, nazwy materiałów i urządzeń czy sposób produkcji identyfikujący konkretnego wykonawcę.

Przy opisywaniu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych czy patentów, gdy zaistnieje taka konieczność, pamiętać należy, iż nie wystarczy samo posłużenie się sformułowaniem „lub równoważny”. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności oferty. Zamawiający powinien opisać rozwiązanie równoważne przez podanie zakresu lub zakresów równoważności dostawy,

⁶ Przykłady naruszeń ustawy Pzp wykrywanych w toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2011, nr 2, s. 9-10.

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 22 marca 2017 r., III SA/Łd 831/16, http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/iii-sa-ld-831-16/srodki_unijne/1c1a20d.html [dostęp: 30.08.2018 r.].

⁸ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, [w:] K. Kumala, M. Piekłak, Czy można rozpisac przetarg na program lekowy, którego jeszcze nie ma, https://portal.dzp.pl/files/shares/Art/Czy_mozna_rozpisac_przetarg_na_program_lekowy.pdf [dostęp: 30.08.2018 r.].

⁹ Postanowienie KIO z dnia 12 października 2012 r., KIO 2145/12.

¹⁰ Zięba Beata, Opis przedmiotu zamówienia publicznego poprzez odniesienie się do znaków towarowych, patentów, norm, specyfikacji, Opublikowano: St.Prawn.KUL 2017/4/243-260.

usługi lub roboty budowlanej, wyrażonych wielkością, w szczególności parametrów technicznych, jakościowych i funkcjonalnych¹¹. Opis kryteriów równoważności musi mieć charakter katalogu zamkniętego¹². Należy pamiętać, że przedmiot równoważny to produkt, który nie jest tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry nie gorszej jakości, które **powinny zostać określone w SIWZ**.

Ograniczeniem uczciwej konkurencji będzie także opis przedmiotu zamówienia **na podstawie katalogu producenta**¹³, podział na pakiety lub części, tak, że wszystkie produkty w danym pakiecie lub częściach może dostarczyć tylko jeden wykonawca lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie.

Z tych względów wnioski sformułowane w pkt 1.2. i 1.3. odwołania i odnoszące się do § 2 ust. 5 Umowy oraz do wskazanych we wniosku 1.3. częściach Dokumentacji Projektowej oraz w zał. Nr 9 do SIWZ nie pozwalają na stwierdzenie, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób wyczerpujący, precyzyjny i jednoznaczny. Po pierwsze odniesienia do producentów powodują dyskryminację bezpośrednią i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Ale co ważniejsze omówione postanowienia uniemożliwiają Wykonawcy sporządzenie jednoznacznej oferty, gdyż Wykonawca jest zobowiązany do podania kilku produktów w różnych cenach, a decyzje co do wyboru dokonuje Zamawiający. To powoduje, że Wykonawcę obciąża ryzyko wyboru droższego produktu przez Zamawiającego albo sporządzenia oferty droższej uwzględniającej droższy produkt, podczas gdy, inni Wykonawcy (konkurenci) mogą uwzględnić produkt tańszy. O niedopuszczalności obciążenia Wykonawcy na etapie realizacji nowymi ryzykami wielokrotnie wypowiedała się KIO i sądy powszechne .

Siła wyższa (§ 5 Umowy, wniosek 1.5. odwołania)

W orzecznictwie polskich sądów powszechnych dominuje obiektywna koncepcja siły wyższej. Oznacza to, że do zdarzeń objętych kategorią siły wyższej zalicza się zdarzenia zewnętrzne w stosunku do przedsiębiorstwa, którego działalność jest rozpatrywana jako przyczyna szkody . Zazwyczaj dodaje się, że działanie siły wyższej musi być nieuchronne, nadzwyczajne, niemożliwe do przewidzenia (przede wszystkim uchwała SN z 13.12.2007 r., III CZP 100/07, a także inne orzeczenia) . Sąd Najwyższy w cytowanej uchwale, powołując się również na poglądy doktryny, wskazuje, że większość wymienionych cech siły wyższej pozostaje względem siebie

¹¹ Zob. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., KIO 254/08; wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2012 r., KIO 1615/12; wyrok KIO z dnia 19 marca 2013 r., KIO 516/13, a także wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., KIO 2844/13.

¹² .E. Nowicki, A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 436.

¹³ A tak właśnie jest w nin. przetargu - w przypadku małej architektury.

w relacji przyczynowo - skutkowej. Oznacza to, że nieuchronność jest konsekwencją nadzwyczajności zjawiska. Powołana nieuchronność może też wynikać z niemożności przewidzenia zjawiska. A zatem nadzwyczajność określonego zjawiska, jego nieuchronność i niemożność przewidzenia w danym układzie stosunków oznaczają więc w istocie to samo.

Wyżej wymienione cechy musi wykazywać zatem samo to zjawisko, które jest oceniane jako działanie siły wyższej. Samo w sobie musi być więc ono nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli innymi słowy „przemienne”. Należy je uznać za takie, jeżeli ze względu na tkwiącą w nim moc oddziaływania nie było przed nim, a ściślej - przed jego skutkami, żadnej obrony.

Dlatego uzasadniona jest zmianę § 5 ust. 1 według wniosku Wykonawcy.

Kary Umowne, (§12 Umowy, wnioski 1.10.-1.17 odwołania), zagadnienie dotyczące równowagi stron (§ 18, 19 Umowy, wnioski 1.19 – 1.22. odwołania).

Również postanowienia o karach umownych, a więc brak jakichkolwiek kar umownych należnych Wykonawcy narusza powyższe zasady kontraktowe i zamówień publicznych, w tym zasadę racjonalności (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ale także racjonalne i obustronne rozłożenie ryzyk kontraktowych muszą odpowiadać, być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia) Nawet bowiem w analogicznej teoretycznie sytuacji (odstąpienie – choćby ustawowe z winy Wykonawcy a odstąpienie z winy Zamawiającego) jest wyraźna, a w zasadzie fundamentalna różnica. Wykonawcy nie przysługuje żadna kara umowna. Nadmienić trzeba, że nie chodzi tu o katalog zdarzeń uprawniających Wykonawcę do odstąpienia (a więc przestanki umowne), a o czyste uprawnienie Wykonawcy do nałożenia kar umownych za odstąpienie. Taka regulacja narusza zasadę swobody umów i jest sprzeczna z art. 5 kc. Dlatego taki wniosek został umieszczony w odwołaniu. Z tych samych względów Wykonawca skarży zapisy dotyczące braku limitu, wysokości kary, a także ustanowienia kar za niedotrzymanie terminów pośrednich, a następnie końcowego, co w istocie prowadzi do **„podwójnego karania”** Wykonawcy za to samo zdarzenie, w tym przypadku przynajmniej w zakresach pokrywania się niedotrzymania terminów. To z kolei stanowi o tym, że **kara umowna nie pełni roli stymulującej, ale tylko li wyłączenie rolę represyjną¹⁴ i służy wzbogaceniu Zamawiającego, co jest sprzeczne z naturą kary umownej.** Takie ukształtowanie kar umownych **będzie prowadzić wówczas do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego – co jest niedozwolone** (wyr. SN

¹⁴ "Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia". (wyroki KIO 113/13 i KIO 117/13).

25.5.2007 r., I CSK 484/06, wyr. SA Katowice z 17.12.2008 r., V ACa 438/08, wyrok KIO 1380/18¹⁵, wyr. SN z 18.04.2013 r., III CSK 247/12) **oraz pozbawienia zysku wykonawcy** (wyrok SA w Katowicach z 22.06.2018, V Aga 167/18).

Jeżeli chodzi o postanowienia wprowadzające karę umowną za opóźnienie, a nie winę, to zgodnie z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., dłużnik – w niniejszym przypadku Wykonawca – ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Odwołujący nie neguje, że co do zasady istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności także w szerszym zakresie, jednakże stosownie do treści art. 473 § 1 k.c. wymaga to sprecyzowania okoliczności, których taka rozszerzona odpowiedzialność miałaby dotyczyć. A Wzór umowy takich okoliczności nie precyzuje, naruszając w tym zakresie także art. 29 ust. 1 i 2 pzp. O ile więc Zamawiającemu co do zasady przysługuje uprawnienie do wprowadzenia do wzoru – projektu umowy o wykonania zamówienia publicznego sankcji za nienależyte wykonanie zobowiązania lub środków mających zapobiec temu stanowi rzeczy, o tyle powinny być one jednakże uzależnione od tego, czy stan naruszenia lub zagrożenia są wynikiem okoliczności zawinionych przez Wykonawcę.

Sprzeczne z naturą stosunku umowy o roboty budowlane, z zasadą proporcjonalności, powodując tym samym nierównowagę stron jest ustalenie kary umownej z brakiem określenia maksymalnej wartości do jakiej może być nałożona kara, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz do złożenia nieporównywalnych ofert. Dlatego zasadny jest postulat nałożenia limitu kar umownych.

Podsumowujące powyższe wywody i słuszność zarzutów oraz wniosków odwołania w kwestii kar umownych w kontekście nadużycia przez Zamawiającego przysługującego mu prawa do kształtowania postanowień umowy jest stanowisko KIO zawarte w orzeczeniach zapadłych w dniu 6 czerwca 2018 roku, KIO 980/18 i KIO 983/18.

Jeżeli chodzi o uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w całości w przypadku wystąpienia wad to takie postanowienia naruszają równowagę stron, czynią Zamawiającego stroną uprzywilejowaną i to bez uzasadnienia oraz z wypaczeniem idei umowy o roboty budowlane, a także zamówienia publicznego. Umowa o roboty budowlane w zamówieniu publicznym oprócz celu polegającym na wzniesieniu obiektu (art. 647 kc) ma za zadanie zaspokoić jakieś wybrane cele

¹⁵ Kara umowna powinna służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania należnego na zasadach ogólnych w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu (art. 471 k.c.), a nie prowadzić do sytuacji, w której wierzyciel uzyskuje korzyść (zarabia) na niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika.

publiczne. W związku z tym nie jest wskazane, aby Zamawiający kosztem Wykonawcy realizował zamówienie publiczne – bez uzasadnienia dla interesu publicznego wprowadzał do Wzoru Umowy pewne postanowienia. Uprawnienie do odstąpienia **od całej umowy** w przypadku wystąpienia wady (nawet istotne nieusuwalnej) narusza słuszny interes wykonawcy. Brak takiego zapisu, zgodnie z wnioskami Wykonawcy w żaden sposób nie narusza interesu publicznego, a przywraca równowagę stron.

Nadto, z tych samych względów poruszonych i omówionych szeroko powyżej, uzasadnione zostały wnioski o urzeczywistnienie równowagi stron umowy o zamówienie publiczne poprzez: 1) zmiany w § 18 (wniosek 1.19., 1.20., 1.21.) dotyczące wprowadzenia dodatkowego terminu uprzedniego do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z konkretnych przyczyn, wynagrodzenia dla Wykonawcy w przypadku odstąpienia od Umowy niezależnie od przyczyny odstąpienia (tak jakby znaczenie dla nakładu pracy i wartości wykonanych Robót oraz zakupionego materiału miało to z jakich i po czyjej stronie leżących przyczyn doszło do odstąpienia od Umowy; co więcej zaproponowane przez Zamawiającego zapisy wprowadzają *de facto* podwójne karanie Wykonawcy, bowiem w przypadku odstąpienia z jego przyczyny, Zamawiającemu oprócz restrykcyjnych metod rozliczenia jego Robót, i tak przysługuje kara umowna), 2) dodanie przesłanki zmiany Umowy (§ 19, wniosek 1.22.).

Klamrą spinającą powyższe rozważania niech będzie teza wyroku KIO z dnia 18.05.2015 r. KIO 897/15, który stanowi że:

1. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że **wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.**

2. Nie jest obowiązkiem zamawiającego przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale **przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.** Oczywiście jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia to winien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu.

(...)

6. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

7. **Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.**

8. (...) Interes publiczny wymaga od zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowym działaniami zamawiającego.

9. Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że (...)

10. Nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej przyczyny. Celem postępowania jest zrealizowanie z góry określanego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 p.z.p., tylko w przypadku gdy dalsza realizacja owego celu publicznego nie leży w interesie publicznym zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy."

II. Bezusterkowy odbiór, wady.

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru umowy § 14 i 16, w pierwszej kolejności naruszają art. 29 ust. 1 i nast. ustawy pzp w kontekście postulatu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia (te argumenty zostały przedstawione powyżej). Jeśli po uznaniu ich precyzyjności i jednoznaczności zostanie uznane, że regulują one procedurę odbioru Robót jako bezusterkową, to w drugiej kolejności naruszają inne przepisy ustawy kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych. I w tym zakresie poniżej zostaje przedstawiona argumentacja przeciwko takim postanowieniom.

Już z literalnej wykładni art. 647 kc¹⁶ wynika, że **ustawowym obowiązkiem inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z**

¹⁶ Art. 647 Kc: Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. „Solidarności” 173, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy pod numerem 0000033102. NIP 778-00-01-070. Kapitał zakładowy: 203.937.500 - opłacony w całości.

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

Zakwestionowane przez Odwołującego brzmienia w/w postanowień Wzoru Umowy, Załącznika nr 3 do SIWZ - Wzoru umowy dotyczy wszystkich rodzajów odbiorów robót budowlanych, co świadczy o jego istotnej wadze dla całego tego zagadnienia, a jednocześnie o równie poważnym zagrożeniu dla słusznych interesów wykonawcy, gdyby cyt. postanowienie zostało zachowane w obecnym brzmieniu i nie zostało zmienione. Należy bowiem mieć na uwadze, że ocena terminowości realizacji robót przez wykonawcę następuje przez wzgląd na terminy, według których - zgodnie z Wzorem umowy - uznaje się roboty za wykonane i możliwe do odbioru, co ma bezpośredni wpływ na możliwość fakturowania wynagrodzenia należnego Wykonawcy i na odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych.

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

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót - por. Pkt 1 tezy Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. V ACA 88/09 2. Analogiczne stanowisko zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w Pkt 2 Wyroku z dnia 09.10.2012 r. I ACA 892/12, przyjmując, iż „*wady są istotne, jeżeli skutek ich wystąpienia przedmiot umowy jest niezdatny do określonego w umowie*

czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (...)
17".

W pierwszej kolejności wypadałoby poddać w wątpliwość wynikające z zapisów Wzoru umowy oczekiwanie, by tak złożony i skomplikowany pod względem inżynierskim obiekt budowlany jak stanowiący przedmiot zamówienia, został wykonany całkowicie bezusterkowo. Wniosek ten płynie wprost z zaskarżonego niniejszym Odwołaniem postanowienia Wzoru umowy, skoro Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy odbioru również w razie wystąpienia wad nieistotnych, nadających się do usunięcia (np. jakiegokolwiek wady). Takie uprawnienie Zamawiającego jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 3531 Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.04.2009 r. V ACa 88/09:

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

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

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

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

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

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

Powyższa wykładnia - mająca przez wzgląd na treść art. 139 ust. 1 PZP zastosowanie także w umowach w sprawie zamówień publicznych - nie budzi wątpliwości i jest poparta ugruntowaną już na przestrzeni ostatnich lat linią orzecznictwem. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że **Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad wraz z ustaleniem terminu ich usunięcia.** W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353(1) Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem powoływanej przez Odwołującego linii orzecznictwem w tej sprawie jest Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07. Zgodnie z jego tezą: „1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. 2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.”

W analogiczny sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w innych Wyrokach: z dnia 14.02.2007 r. II CNP 70/06 oraz z dnia 05.03.1997 r. II CKN 28/97. Z kolei w uzasadnieniu Wyroku z 24.07.2009 r. II CSK 61/09 Sąd Najwyższy stwierdził, że inwestor może odmówić dokonania odbioru robót, jeśli stwierdzi w nich wady istotne, co *a contrario* oznacza, że nie może tego uczynić w przypadku wad nieistotnych, nadających się do usunięcia.

Kolejnym przykładem tej linii orzecznictwem stanowi Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 „Należy przy tym zauważyć, że zasadniczo w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r, II CSK 476/12 nie pub.).”

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

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

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy."

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

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

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

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

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

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

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

3. Choć poprzez odesłanie zawarte w art. 656 KC ustawodawca dopuścił odpowiednie stosowanie części zapisów dotyczących umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane, to jednak w katalogu zawartym w tym przepisie, brak jest odesłania do art. 632 KC Nawet w sytuacji uznania stanowiska, co do możliwości zastosowania ostrożnej analogii przepisów dotyczących umowy o dzieło do umów o roboty budowlane również w tej kwestii zważyć należy, że dotyczy on wyłącznie uprawnienia do domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przez przyjmującego zamówienie."

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

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

Reasumując ten fragment, należy przytoczyć także najnowsze orzecznictwo KIO, które potwierdza, że *„ (...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odmowę*

dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)”¹⁸.

III. Podsumowanie

Wszystkie podniesione zarzuty, zarówno dotyczące treści samego SIWZu, jak i załączników do niego wychodzą i skupiają się wokół art. 7 pzp i zasad niego wytywających.

Bowiem zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. **Zakres robót i świadczeń – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.**

KIO w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO 1711/13 dostrzega, iż:

Zamawiający nie może wymagać aby oferta wykonawcy polegała na „ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych w art. 7 ust. 1 Ustawy.”

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 pzp – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerwaniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji,

¹⁸ Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19.

gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

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