

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

Skanska S.A.
Budownictwo Ogólne
Obszar Warszawa – Mieszkaniowy i Łódź
Adres Al. Solidarności 173,
00 – 877 Warszawa, Polska
tel. + 48 22 561 23 00
faks + 48 22 560 83 14
Web www.skanska.pl

Warszawa, dnia 31 października 2023 r.

Zamawiający:	Gmina Stryków, ul. Tadeusza Kościuszki 27, 95-010 Stryków Tel.: 42 719 80 02 NIP 733-13-07-575 REGON 472057833 Adres e-mail: strykow@strykow.pl inwestycje@strykow.pl adres strony internetowej: www.strykow.pl
Odwołujący:	SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa KRS: 0000033102, NIP: 7780001070 Adres do korespondencji: Al. Solidarności 173, 00 – 877 Warszawa, Polska Numer telefonu: 48 22 561 23 00 e – mail: Patrycja.Zamojska@skanska.pl Marta.Dzoga@skanska.pl Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl
Przedmiot zamówienia:	Wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji „Budowa Centrum Rozwoju Strykowa (CRS)”
Ogłoszenie o zamówieniu:	nr 2023/S 204-641776 Dz.U./S S204 23/10/2023 641776-2023-PL
Numer referencyjny (sprawy)	IZP.271.29.2023.IZ.PZP

Dotyczy: *Wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji „Budowa Centrum Rozwoju Strykowa (CRS)”*

ODWOŁANIE

od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

Spis treści:

I. ODWOŁANIE.....	2
II. TERMIN NA ZŁOŻENIE ODWOŁANIA.	2
III. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA.	3
IV. ZARZUTY (WSKAZANIE PRZEPISÓW, KTÓRE NARUSZYŁ ZAMAWIAJĄCY).	3
V. UZASADNIENIE WRAZ Z WNIOSKAMI (WSKAZANIE ŻĄDAŃ ODWOŁUJĄCEGO).	5
A. UWAGI OGÓLNE – NARUSZENIE ZASAD POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	5
B. NARUSZENIE ZASAD ZAPEWNIENIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, PRZEJRZYSTOŚCI, PROPORCJONALNOŚCI, ZAPEWNIENIA PRECYZYJNEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.	6
C. WNIOSKI I UZASADNIENIE DO KONKRETNÝCH POSTANOWIEŃ UMOWNÝCH.....	11
VI. PODSUMOWANIE.....	24

I. Odwołanie.

Działając w imieniu SKANSKA S.A., zwaną dalej Odwołującym lub Wykonawcą, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.), dalej jako „ustawa Pzp” albo „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy – Załącznika nr 9 do SWZ wzór Umowy (dalej jako „umowa” lub „Umowa”), które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

II. Termin na złożenie odwołania.

Zamawiający w dniu 23.10.2023 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (witryna TED) co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

III. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Odwołujący bowiem posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec takich nieuzasadnionych i nadmiernych postanowień Zamawiającego, Wykonawca może zostać pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną.

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 brak wynagrodzenia za roboty wykonane z drobnymi, nieistotnymi usterkami.

IV. Zarzuty (wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający).

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym **w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** – zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do

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.

zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

- 1) Wprowadzenie postanowień, które w rzeczywistości prowadzą do **bezusterkowego odbioru robót**, a także powodują uznaniowość Zamawiającego przy odbiorach, brak przejrzystości i jasnych reguł odbioru oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za nieznane ryzyka lub ryzyka, które nie powinny obciążać Wykonawcę, m. in. sformułowanie w taki sposób definicji „Odbioru Końcowego Inwestycji”, „Protokołu Usunięcia Usterek i Wad”, „Wady”, uzależnienie przystąpienia do odbioru końcowego od usunięcia wszystkich usterek i wad w trakcie odbioru (przeglądu) technicznego, a nie tylko wad o istotnym charakterze (§ 17 ust. 1 pkt 3, ust. 2 lit. m Umowy), uzależnienie odbioru końcowego od nieistnienia „innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem choćby w części”, wreszcie uzależnienie Odbioru Końcowego Inwestycji od usunięcia wszystkich wad i usterek [§ 17 ust. 1 pkt 3), ust. 2 lit. n), 6 lit. a), ust. 7 i 8];
- 2) Nieprecyzyjne określenie przedmiotu umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę uzyskania wszelkich niezbędnych zezwoleń, decyzji, uzgodnień oraz opinii (§ 2 ust. 2 lit. j) i k) Umowy), bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej);
- 3) Wprowadzenie zasady, że w przypadku nieścisłości lub niedokładności w Umowie decydujący głos i wykładnia należy do Zamawiającego (§ 2 ust. 5 Umowy);
- 4) Zobowiązanie Wykonawcy do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zabezpieczenia i utrzymania jakichkolwiek istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp. a także do usunięcia wszelkich szkód i pokrycia kosztów ich usunięcia lub opłat związane z odnośnymi instalacjami bez zagwarantowania Wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez Wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego (§ 5 ust. 1 Umowy);
- 5) Udzielenie bezwzględnego uprawnienia Zamawiającemu do zaspokojenia się z zabezpieczenia Wykonawcy w przypadku zasądzenia należności na rzecz podwykonawcy bez względu na udział i postawę Zamawiającego w tym postępowaniu, a także bez względu na poinformowanie o tym postępowaniu Wykonawcy (§ 11 ust. 16 Umowy);

- 6) Brak przesłanki przeszkód technologicznych w możliwości niedotrzymania terminów naprawy Wad (§ 22 ust. 8 Umowy);
- 7) Przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości aż 1500 zł za 1 dzień zwłoki (lit. a) lub za każdą godzinę zwłoki (lit. b) lub 2.500,00 zł (lit. c) w zakresie uchybienia obowiązków w zakresie gwarancji jakości (§ 22 ust. 9 Umowy);
- 8) Zobowiązanie Wykonawcy do zapewnienia części zamiennych obejmujących części eksploatacyjne i szybko zużywające się (§ 22 ust. 12 Umowy);
- 9) Przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w wysokości aż 1000 zł za 1 dzień zwłoki lub za każdą godzinę roboczą zwłoki;
- 10) Pominięcie, że wynagrodzenie umowne obejmuje tylko te koszty, które Wykonawca działając ze starannością profesjonalisty mógł przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych (§ 30 ust. 2 Umowy);
- 11) Przewidzenie zbyt wygórowanej kary umownej za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a więc w wysokości 20 % wynagrodzenia (§33 ust. 1 lit. d), kary umownej za naruszenie przepisów BHP w wysokości 4000 zł za każdy przypadek oraz za nieusunięcie nieupoważnionej osoby z terenu budowy (§ 33 ust. 1 lit. m i n), przyjęcie limitu kar umownych na wygórowanym poziomie 30 % wynagrodzenia przy kumulacji tej lary z karą za odstąpienia (30 % + 20 %) (§ 33 ust. 2 Umowy),
- 12) Obowiązek bezwzględnego usunięcia z Placu Budowy urządzenia zaplecza w terminie 14 dni, bez względu na inne okoliczności (§ 36 ust. 6 pkt 1) lit. d) Umowy);
- 13) Pozbawienie możliwości przedłużenia terminu wykonania Umowy o okres faktycznego wpływu jaki dana okoliczność przewidziana przez umowę ma wpływ na ten termin (par. 40 ust. 8 Umowy) – umowa przewiduje tylko odpowiednie przedłużenie o czas niezbędny do zakończenia wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności.

V. Uzasadnienie wraz z wnioskami (wskazanie żądań Odwołującego).

A. Uwagi Ogólne – naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 8 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy

Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

Zamawiający w dniu 23.10.2023 roku ogłosił SWZ wraz z projektem umowy. Wobec treści zawartych tam postanowień konieczne i usprawiedliwione stało się poszukiwanie przez Wykonawcę ochrony prawnej poprzez wniesienie odwołania do KIO.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 pkt 1-3 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru Umowy naruszają przepisy ustaw kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych w następującym zakresie.

B. Naruszenie zasad zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Pomimo obowiązku opisanie 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 Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 1)-3) PZP, ale i art. 99 ust. 1 PZP. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Elementem **zasady przejrzystości** jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg”¹.

Nadto, 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, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne². **Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności** będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez **wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego**³. Istotą generalnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia⁴. **Zasada proporcjonalności** przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do

¹ Wyrok TS z 29.04.2004 r., C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236; wyrok TS z 10.05.2012 r., C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284.

² Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17.

³ D. Ziemiński, Zasada proporcjonalności, „ZAMAWIAJĄCY. Zamówienia publiczne w praktyce” 2017, nr 22, s. 20.

⁴ A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 16.
<https://sip.lex.pl/#/commentary/587870908/668348/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-09 17:09)

osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców⁵

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień Umowy **przerzucił na Wykonawcę ryzyka**, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16⁶ i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Za Ewą Wiktorowską⁷ cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że **współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać**”.

⁵ „Kontrola UZP z 29.11.2017 r., KND/10/17/DKD, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/36122/inf-o-wyniku-KND-10-17-002.pdf (dostęp: 20.12.2020 r.).”

⁶ Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

⁷ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 431. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587871317/668757/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:01);

Zdaniem J. Jerzykowskiego⁸ przepis ten (art. 431 PZP) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę)."

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego⁹, że art. 431 PZP ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób wskazany w tym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 PZP, jak i art. 431 PZP.

Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na Wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 PZP w zw. z art. 431 PZP). To z kolei jest związane z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP, który zawiera postulat precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerzucania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk.

Dlatego w tym względzie w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy i poglądy doktryny w kwestii postulatu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. **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

⁸ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431.
<https://sip.lex.pl/#/commentary/587860010/657450/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:06);

⁹ Tamże;

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.

odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn.18.05.2015 r.).

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 zamówienia¹⁰. 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 zamówienia¹¹.

Wreszcie Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań powódki w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następnie przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

Nawet gdyby przyjąć, że zapisy w SWZ – projektu umowy nie tyle nie przewidują wymogów i nie wiążą się z konsekwencjami na etapie realizacji, które odwołujący zarzuca konkretnie przy każdym zaskarżonym postanowieniu, to z całą pewnością niektóre z nich są niejednoznaczne. W tym kontekście należy odnieść się do słusznego spostrzeżenia, jakie poczynił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016r., I CSK 306/15:

„Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (*in dubio contra proferentem*). Ryzyko nie dających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała.”

Dlatego warto już w tym momencie dokonać odpowiednich zmian w projekcie umowy, tak aby w przyszłości nie generowały wątpliwości interpretacyjnych i ewentualnych sporów.

¹⁰ Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15.

¹¹ Wyrok KIO z 6.7.2015, KIO 1332/15.

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.

Mając to na uwadze, a także w związku z przywołanymi w tym odwołaniu zarzutami i wnioskami za sprzeczne z przywołanymi wyżej przepisami i dyrektywami prowadzenia zamówień publicznych należy uznać poniższe postanowienia.

Z uwagi na obszerność odwołania przepisy i poglądy doktryny w kwestiach prawnych nie będą przytaczane przy każdym zarzucie, a zostały przytoczone powyżej, w części wspólnej dedykowanej dla tego rodzaju zarzutów.

C. Wnioski i uzasadnienie do konkretnych postanowień umownych.

W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

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

(fragmenty przekreślone – do usunięcia; fragmenty wytłuszczone i podkreślone – do dodania, przy skomplikowanych wnioskach, podana treść aktualna i postulowana).

1.1. Umowy w § 1 (Definicje) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„Odbiór Końcowy Inwestycji” - czynność, mocą, której Strony potwierdzają wykonanie całości Inwestycji bez wad istotnych oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych ostatecznych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie ~~oraz usunięcie wad i usterek stwierdzonych podczas Odbioru Końcowego Robót~~, z tym zastrzeżeniem, że powyższe istnienie wad nieistotnych nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.

„Wada” – wadą jest każda niezawiniona (umyślnie bądź nieumyślnie) przez Wykonawcę, niezgodna z Umową, niekorzystna i niezamierzona właściwość przedmiotu zamówienia, istotnie utrudniająca zgodne z przeznaczeniem korzystanie z niego bądź jego konserwację lub istotnie obniżająca jego estetykę albo komfort użytkowników. Wadą jest nie tylko zawiniona przez Wykonawcę (umyślnie bądź nieumyślnie) właściwość, lecz także stwierdzony zawiniony przez Wykonawcę (umyślnie bądź nieumyślnie) brak właściwości przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do instalacji i urządzeń wadą jest także zawiniona przez Wykonawcę (umyślnie bądź nieumyślnie) niemożność uzyskania wymaganych zgodnie z Umową, w tym jej załącznikami parametrów (ilości bądź jakości) produktu, zawodność działania, nadmierna energo- materiał- czy pracochłonność, nadmierna ilość lub szkodliwość odpadów, szkodliwy wpływ na środowisko. Brak lub wadliwość dokumentacji, którą na mocy umowy wykonawca winien przekazać

zamawiającemu, a w tej liczbie rysunków powykonawczych, instrukcji konserwacji i obsługi, a także nieprzekazanie oprogramowania bądź kodów sterujących potrzebnych do samodzielnego użytkowania zainstalowanych urządzeń bez odpłatnego udziału dostawcy stanowi samoistną wadę niezależnie od tego, czy przedmiot, do którego odnosi się ten brak, jest materialnie wykonany poprawnie czy nie.

1.2. Umowy w § 17 ust. 1 pkt 3) poprzez jego wykreślenie.

~~potwierdzeniu usunięcia wad wykazanych podczas przeglądu technicznego.~~

Ewentualnie dodanie zamiast dotychczasowego zapisu:

Potwierdzeniu usunięcia wad o istotnym charakterze.

1.3. Umowy w § 17 ust. 2 lit. m) poprzez jego wykreślenie.

~~Protokół z usunięcia wad.~~

Ewentualnie dodanie zamiast dotychczasowego zapisu:

Protokół z usunięcia wad o istotnym charakterze.

1.4. Umowy w § 17 ust. 6 lit. a) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Zamawiający wraz z Inwestorem Zastępczym stwierdzą, że przedmiot odbioru nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Robót z powodu nie zakończenia wszystkich Robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób, istnienia Wad o charakterze istotnym ~~czy też z powodu innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem~~ ~~choćby w części~~, czy też Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej umożliwiającej prawidłowe i bezpieczne użytkowanie i eksploatację przedmiotu odbioru, Zamawiający, może odmówić takiego odbioru. W takiej sytuacji, Zamawiający sporządza Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót ze wskazaniem Wad o charakterze istotnym, których występowanie uniemożliwia dokonanie Odbioru Końcowego Robót oraz ustala datę ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę zawartych w tym protokole stwierdzonych Wad o charakterze istotnym, Wykonawca ponownie zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót a Zamawiający ponownie przystąpi do przeprowadzenia Odbioru Końcowego Robót.

1.5. Umowy w § 17 ust. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji będzie możliwe po zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy w całości nie dotyczy to jednak istnienia wad nieistotnych, które Wykonawca jest zobowiązany usunąć w wyznaczonym terminie, oraz po uzyskaniu ostatecznych i niezbędnych decyzji, pozwoleń i zezwoleń, w szczególności ostatecznego pozwolenia na użytkowanie. Czas trwania czynności Odbioru Końcowego Inwestycji wliczany jest do Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji. W przypadku nie udzielenia zamówienia objętego prawem opcji, przedmiotem Odbioru

Końcowego Inwestycji będzie jedynie przedmiot zamówienia podstawowego.

Uzasadnienie – wspólne dla pkt 1.1 do 1.5

Uzasadnienie.

Powyższe postanowienia w proponowanym przez Zamawiającego kształcie i brzmieniu powodują, że w istocie mamy do czynienia z odbiorem bezusterkowym, który jest naruszeniem przepisów umowy o roboty budowlane.

Jeżeli chodzi o samą definicję Wady, to ma ona przełożenie nie tylko na proces odbiorowy, ale i na okres usuwania wad, a więc gwarancji jakości i rękojmi za wady.

Otóż, pomimo zaproponowanych przez Zamawiającego postanowień dotyczących odbiorów (w szczególności końcowego), to te postanowienia tylko pozornie nie są bezusterkowe (a więc w rzeczywistości są bezusterkowe).

Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że zaskarżone postanowienia Umowy stwarzają Zamawiającemu uprawnienie do odmowy przystąpienia do odbioru robót w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, co w rzeczywistości statuuje odbiór bezusterkowy. Jest to ominięcie bezwzględnie obowiązującej zasady, mającej oparcie przepisach (art. 647 kc), że odbiór robót nie może być bezusterkowy.

Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego Zamawiający ma uprawnienie do braku odbioru robót, ale tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym Wykonawca wniósł w tym zakresie o zmianę tego postanowienia. Zamawiający teoretycznie wprowadza postanowienia zezwalające na odbiór z usterkami i wadami nieistotnymi, ale i tak na 21 dni przed planowanym zgłoszeniem gotowości do Odbioru Końcowego Robót (§ 17 ust. 1 lit. b) pkt 2) i pkt 3), wymaga przeglądu technicznego, w którym wymaga usunięcia wszelkich wad (nawet nieistotnych) i taki protokół, który miałby stwierdzać usunięcie wszelkich wad (nawet nieistotnych) jest warunkiem *sine qua non* do przystąpienia do odbioru. **Tak więc Zamawiający przesuwa w czasie odbiór bezusterkowy, uprzedzając odbiór końcowy z usterkami nieistotnymi odbiorem z przeglądu technicznego, który jest bezusterkowy.** I to właśnie do przystąpienia do odbioru końcowego robót niezbędny jest odbiór z przeglądu technicznego, który musi być bezusterkowy.

Idąc dalej, co prawda przy odbiorze końcowym (§ 17 ust. 6 lit a) Zamawiający dopuszcza istnienie wad nieistotnych, jednakże już z powodu „innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju” Zamawiający odmawia odbioru końcowego.

Co jednak istotniejsze, to nie odbiór końcowy, stanowi o przekazaniu inwestycji Zamawiającemu i dochowaniu terminu realizacji inwestycji (obarczonego karą umowną).

Otóż, Zamawiający przewidział kolejny odbiór – Odbiór Końcowy Inwestycji (§17 ust. 7 i 8), który jest przeprowadzany po zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy w całości i usunięciu wszelkich usterek i wad, także tych nieistotnych stwierdzonych przy odbiorze końcowym. **Dopiero ten odbiór (Protokół Odbioru Końcowego Inwestycji) zgodnie z aktualną definicją wynikającą z umowy - podpisany przez Strony dokument potwierdza dokonanie Odbioru Końcowego Inwestycji.** I właśnie ten odbiór jest według Zamawiającego bezusterkowy, gdyż do tego momentu wszystkie wady i usterki muszą być usunięte. W dodatku, Zamawiający przewiduje karę umowną za niedotrzymanie Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji określonego w wysokości 0,025 % całkowitego wynagrodzenia brutto (§ 33 ust. 1 lit. d). To pokazuje, co dla Zamawiającego jest najważniejsze i który odbiór dla Zamawiającego ma największe znaczenie.

Reasumując, zgodnie z przepisami i zasadami (naturą umowy o roboty budowlane) obowiązującymi w prawie cywilnym (umowa o roboty budowlane) Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy do przystąpienia, a w tym do 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), powodującą ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem linii orzeczniczej 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.”.

A także 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."

Reasumując, należy przytoczyć także orzecznictwo KIO (Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19), które potwierdza, że „(...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, postanowienia w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)”.

W związku z tym, również przewidziane w zaskarżonym punkcie postanowienie, że inna niezgodność Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwia użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem **choćby w części, jako przesłanka do odmowy odbioru jest nadużyciem prawa przez Zamawiającego.**

Konkludując, żeby doszło do przekazania inwestycji Zamawiającemu i otrzymania przez Wykonawcę wynagrodzenia musi dojść do gotowości przekazania przez Wykonawcę obiektu (dzieła), które to dzieło nie może mieć wad istotnych. W zamian za to Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Warto w tym miejscu przywołać wyrok SN z dnia 5 marca 1997 r. II KKN 28/97 „Protokół odbioru końcowego robót nie jest czynnością wchodzącą w skład robót budowlanych. Jest on **jedynie potwierdzeniem faktu spełnienia świadczenia w określonym terminie i o określonej jakości.** Natomiast samo świadczenie (roboty budowlane) zostało spełnione (wykonane) z dniem zgłoszenia przez Podwykonawcę robót do odbioru (wykonania ostatniej faktycznej czynności pozostającej w związku z realizacją robót budowlanych czy budowlano-montażowych).

Tymczasem Zamawiający proponuje następujące rozwiązanie. Zatem, aby doszło do odbioru (jakkolwiek on będzie nazwany w umowie – chodzi o to, że odbiór ten jest podstawą odbioru i przejęcia przedmiotu umowy obiektu i zarazem podstawą żądania przez Wykonawcę wynagrodzenia), to:

- 1) najpierw jest przewidziany odbiór techniczny i sporządzony protokół z tego odbioru bez żadnych wad,
- 2) ten protokół – bez żadnych wad – dopiero daje możliwość przystąpienia do odbioru końcowego, który przewiduje istnienie wad nieistotnych,
- 3) dopiero po usunięciu wszelkich wad, w tym nieistotnych przeprowadzany jest kolejny odbiór, tym razem Odbiór Końcowy Inwestycji – ponownie **bezusterkowy, a więc wymagający, że aby Zamawiający przejął obiekt nie może być w nim żadnych wad i usterek.**

Powyższe jasno pokazuje, że w istocie mamy do czynienia z bezusterkowym odbiorem przedmiotu umowy.

Po drugie, zaskarżona bardzo szeroka definicja Wady ma nie tylko znaczenie na kwestię odbiorową, o czym powyżej, ale ma równie ważne znaczenie na etapie usuwania wad. Otóż, według tej definicji Wykonawca miałby być odpowiedzialny za każdą niekorzystną, niezamierzoną właściwość przedmiotu zamówienia, utrudniającą zgodne z przeznaczeniem korzystanie z niego bądź jego konserwację lub obniżającą jego estetykę albo komfort użytkowników, a także niemożność uzyskania odpowiednich parametrów. Z uwagi na fakt, że dotrzymanie tych postanowień nie zależy tylko od Wykonawcy, jest to nałożenie na Wykonawcę obowiązków, na które nie ma on wpływu. Innymi słowy jest to przyjęcie odpowiedzialności za ryzyka nieidentyfikowane lub leżące w gestii innych podmiotów, np. projektanta. To projektant bowiem decyduje o doborze urządzeń i ich parametrach. Wykonawca powinien być odpowiedzialny za właściwe wbudowanie urządzeń, które są dobrane przez inny podmiot. W innym wypadku Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność, na którą nie ma wpływu. Co więcej Wykonawca nie ma kompetencji do oceny poprawności dokumentacji projektowej z punktu widzenia wiedzy projektowej, albowiem jest on profesjonalistą, ale z uwzględnieniem jego działalności jako generalnego wykonawcy (a nie projektanta). Nie jest wykonawcą zatem specjalistą w kwestiach obliczeniowych projektu, doboru urządzeń, doboru i obliczeń parametrów jakie powinny być zagwarantowane ze względu na cel przedsięwzięcia.

Dlatego zostały dodane (zaproponowane) przez Wykonawcę postanowienia wprowadzające zasadę zawinienia Wykonawcy za spowodowanie wady. Nadal Wykonawca byłby odpowiedzialny za powstanie wady, ale tylko wtedy, gdy jako generalny wykonawca, swoim postępowaniem (a więc działaniem i zaniechaniem) doprowadziłby do tego. Jego odpowiedzialność, nadal szeroka, została jednak wtłoczona w pewne ramy, tzn. wymagania uwzględniające jego kompetencje i obowiązki jako generalnego wykonawcy (a nie projektanta), ale i wynikające z Umowy, a nie dowolne wymagania Zamawiającego.

Powyższe potwierdza zasadność wniosków Wykonawcy o zmianę Umowy w zakresie powyżej wskazanym.

Zaproponowane przez Wykonawcę postanowienia przywracają równowagę stron w postaci usunięcia postanowień tworzących odbiór bezusterkowy.

1.6. Umowy w § 2 ust. 2 lit. j) i k) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

j) uzyskanie wszelkich ostatecznych zezwoleń, decyzji, uzgodnień oraz opinii wymaganych przez prawo niezbędnych do pełnego wykonania Umowy i poniesienie kosztów ich uzyskania, chyba że potrzeba ich uzyskania nie wynika z dokumentacji przetargowej.

k) sporządzenie w imieniu Zamawiającego zawiadomienia o zakończeniu budowy i uzyskanie ostatecznych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz innych pozwoleń wymaganych przepisami prawa niezbędnych dla wykonania przedmiotu Umowy i jego użytkowania, chyba że potrzeba ich uzyskania nie wynika z dokumentacji przetargowej.

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienia umowne również w nieuprawniony, co za tym idzie nieprecyzyjny sposób rozszerzają obowiązki Wykonawcy o niedające się zidentyfikować ryzyka. Istnieje bowiem możliwość, że w związku z niedokładną dokumentacją przygotowaną przez Zamawiającego (np. projektową) zostaną pominięte istotne okoliczności wpływające na konieczność uzyskania konkretnej decyzji lub pozwolenia. To z kolei nie pozwoli na wycenienie (kosztu) i założenie czasu przez Wykonawcę w ofercie. Dlatego również i to postanowienie narusza wskazane przepisy i zasady PZP. Dlatego przywrócenie zgodności temu postanowieniu umownemu powinno nastąpić poprzez postulowane jego brzmienie (jak wyżej wskazano). W wyniku powyższych postanowień także istnieje teoretycznie możliwość (ryzyko), że Wykonawca będzie obciążony obowiązkiem, który wyniknie ze zmian w prawie.

1.7. Umowy w § 2 ust. 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

W przypadku jakichkolwiek sprzeczności w zapisach zawartych w Umowie oraz dokumentach wymienionych w ust. 4, zaistniałe rozbieżności należy tłumaczyć zgodnie z celem niniejszej Umowy w sposób zapewniający prawidłową realizację Inwestycji. W szczególności w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści Umowy oraz dokumentów należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem niniejszej Umowy jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności obiektów stanowiących przedmiot Umowy oraz zgodności przedmiotu Umowy z obowiązującymi normami i przepisami. ~~Decydujący głos i wykładnia w przypadkach wskazanych powyżej ma Zamawiający, który akceptuje lub precyzuje docelowe rozwiązania.~~

Uzasadnienie.

O ile Wykonawca rozumie i zgadza się z pierwszą częścią tego postanowienia (dwa pierwsze zdania), gdyż bliski jest mu postulat zapewnienia najlepszej jakości i funkcjonalności przedmiotu Umowy, to nie może się zgodzić na pozostałą treść tego postanowienia. Otóż, wprowadzanie swoistej reguły interpretacyjnej w myśl art. 65 kc jest niedopuszczalne. Wynika to z tego, że o ile Wykonawca dopuszcza nieścisłości, czy rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na dokumentację przetargową, które trzeba w jakiś sposób usunąć (czy to postulatem największej jakości przedmiotu umowy, czy

rozmowami pomiędzy Stronami, czy też w wyniku hierarchii dokumentów). To zupełnie niezrozumiałe jest jednak przypisywanie Wykonawcy obowiązku w przypadku wątpliwości co do jego istnienia. Tym bardziej, skoro to Zamawiający odpowiada za przygotowaną dokumentację albo gdy owe rozbieżności czy nieścisłości mogą według Zamawiającego występować w tym samym dokumencie.

Takie podejście nie jest uzasadnione, ani celem zamówienia, ani okolicznościami postępowania.

Zaskarżone postanowienia narusza zarówno zasadę współdziałania (współpracy) obu stron umowy (art. 431 PZP), jak i zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP).

Jednak przede wszystkim narusza zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 PZP). Wykonawca nie jest autorem Umowy i nie powinien ponosić odpowiedzialność za brak precyzji jej postanowień, który to zarzut był już podnoszony w odwołaniu. Tymczasem takim postanowieniem Zamawiający próbuje blankietowo usprawiedliwić wszelkie, ewentualne niedociągnięcia i nieścisłości Umowy. Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19, w którym sąd stwierdził, że „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. Istotne jest również stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 29 kwietnia 2016r., I CSK 306/15: „Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (in dubio contra proferentem). Ryzyko nie dających się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli niejasności tekstu umowy powinna ponieść ta strona, która tekst zredagowała.”

W całym postępowaniu Zamawiający oczekuje od Wykonawcy profesjonalizmu tymczasem takimi postanowieniami, Zamawiający sam zwalnia się nie tylko od działania jak podmiot zawodowy zajmujący się tego typu czynnościami (profesjonalny zamawiający), ale nawet od zwykłej należytej staranności. Bo jak inaczej tłumaczyć taką treść proponowanych postanowień. Wykonawca stoi na stanowisku, że skoro od Wykonawcy oczekuje się działania na należytym, wskazanym w Umowie poziomie profesjonalisty, to i od Zamawiającego nie tylko można, ale i trzeba tego oczekiwać.

1.8. Umowy w § 5 ust. 1 poprzez jego zmianę, tak aby na końcu ust. 1 dodać następujący fragment (ewentualnie zmodyfikować odpowiednio wcześniejsze zdania):

W przypadku, gdy powyższe działania Wykonawcy dotyczą lub wynikają z nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego nieprzewidzianych istniejących przewodów, rur, kanalizacji, kabli, itp.,

zarówno nad, jak i pod ziemią, Wykonawcy należy się zwrot wszelkich poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowe wynagrodzenie za te czynności jak i o dodatkowy czas, jaki Wykonawca przeznaczył na te działania (przedłużenie terminów).

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienie umowy również w rażący sposób narusza zasadę proporcjonalności i wynikający z niej postulat proporcjonalnego rozkładania obowiązków umownych pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę. Przede wszystkim jednak nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że postulowana treść postanowienia Wykonawcy, aby zmiana umowy obejmowała nie tylko wydłużenie terminu, ale i dodatkowe wynagrodzenie, jest naturalne i nie powinno spotkać się z odmową, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że umowa o roboty budowlane jest umową odpłatną. Zatem ekwiwalentem świadczenia Wykonawcy powinno być wynagrodzenie zapłacone ze strony Zamawiającego.

1.9. Umowy w § 11 ust. 16 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

*Jeśli pomimo dochowania przez Zamawiającego powyższych postanowień zostanie wydany tytuł egzekucyjny przeciwko Zamawiającemu zasądzający zapłatę od Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 6471 §5 Kodeksu cywilnego lub przepisów Pzp, w oparciu o okoliczność niezapłacenia należności na rzecz tego Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przez Wykonawcę, **to - pod warunkiem, że Zamawiający poinformuje Wykonawcę na początku procesu sądowego o jego wszczęciu i umożliwi Wykonawcy niezbędne działania w tym procesie, jak również sam będzie uczestniczył w tym procesie** - Zamawiający zaspokoiwszy należności zasądzone od niego tytułem egzekucyjnym, będzie uprawniony w pierwszej kolejności skorzystać z zabezpieczenia wykonania w zakresie równym takim zaspokojonym przez Zamawiającego należnościom, a w przypadku, gdy zabezpieczenie nie pokryje całości jego zabezpieczenia, przysługuje mu prawo żądania pokrycia pozostałej części przez Wykonawcę.*

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienie w sposób blankietowy zobowiązuje Wykonawcę do zgody na zaspokojenie się z jego zabezpieczenia i zapłaty na rzecz Zamawiającego. Tymczasem, bez uszczerbku dla uzasadnionego interesu Zamawiającego, aby również uwzględnić interes Wykonawcy, powinno zawierać postulowane rozwiązania.

- 1.10. Umowy w § 22 ust. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

W przypadku, gdy okres usunięcia Wad / awarii lub usterki dotyczących Sprzętu przekroczy 10 dni liczonych od daty ich zgłoszenia i nie wynika z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w szczególności z przyczyn technologicznych Zamawiający może bez konieczności uprzedniego uzyskania zezwolenia Sądu wykonać prace naprawcze na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), korzystając przy tym również z usług osób trzecich bez utraty swoich praw z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienia zbyt rygorystycznie podchodzą do kwestii terminowości w przystępowaniu do usunięcia wad, jak i samego ich usunięcia. Zdarzają się okoliczności, że Wykonawca pomimo zachowania należytej staranności, bez swojej winy nie będzie w stanie dotrzymać terminów umownych, choćby w przypadku wystąpienia przyczyn technologicznych uniemożliwiających dotrzymanie terminu. To powoduje, że takie argumenty Wykonawcy powinny zostać uwzględnione i nie powodują w żaden sposób naruszenia interesu Zamawiającego, a przede wszystkim nie udzielają Wykonawcy nieuzasadnionej i zbyt daleko idącej ochrony prawnej.

- 1.11. Umowy w § 22 ust. 9 poprzez jego zmianę, tak aby wysokość kar umownych w każdym punktów a, b, c wynosiła 500 zł za dzień.

Uzasadnienie.

Wprowadzone kary umowne są wygórowane. Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującą, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r.V ACa 483/08).

- 1.12. Umowy w § 22 ust. 12 poprzez jego zmianę, tak aby dodane zostało otrzymać następujące brzmienie:

W ramach Wynagrodzenia, o którym mowa w § 30 ust. 1 Umowy, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia części zamiennych, przez okres liczony jak w ust. 1. Zobowiązanie to nie dotyczy części eksploatacyjnych lub szybko zużywających się. Każda naprawa lub wymiana części w Sprzęcie wykonywana w ramach gwarancji powoduje wydłużenie okresu gwarancji ponad podstawowy zaoferowany termin gwarancji o czas

wyłączenia z eksploatacji. Wydłużenia gwarancji nie powodują planowe przeglądy zgodne z wymaganiami producenta.

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienie również podobnie jak inne postanowienia Umowy narusza zasadę proporcjonalności oraz nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

1.13. Umowy w § 25 ust. 23 poprzez jego zmianę, tak aby wysokość kar umownych w każdym przypadku została zmniejszona do 500 zł.

Uzasadnienie.

Wprowadzone kary umowne są rażąco wygórowane. Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującej, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r.V ACa 483/08).

1.14. Umowy w § 30 ust. 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, zawiera wszystkie koszty wynikające z Dokumentacji Projektowej oraz inne niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z warunkami zawartymi w niniejszej Umowie, które Wykonawca mógł działając ze starannością profesjonalisty przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych. W przypadku nieujęcia w ww. cenie wszystkich robót wynikających z Dokumentacji Projektowej, Wykonawca nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia i jest zobowiązany je wykonać w ramach Wynagrodzenia określonego w ust. 1.

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienie również podobnie jak inne postanowienia Umowy narusza zasadę proporcjonalności oraz nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

1.15. Umowy w § 33 ust. 1 poprzez jego zmianę (jego wskazanych poniżej punktów), tak aby otrzymał następujące brzmienie:

e) karę umowną w wysokości **10% ~~20%~~** całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy w przypadku, jeżeli Umowa zostanie rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak również w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (zarówno na podstawie umownego, jak i ustawowego prawa odstąpienia),

n) za zawinione naruszenie przepisów BHP i p.poż. na Placu Budowy, w wysokości **2000 zł ~~4000 zł~~** odrębnie za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek takiego naruszenia,

t) za nieusunięcie na polecenie Zamawiającego lub podmiotu przez niego upoważnionego Podwykonawcy z terenu budowy w wysokości **2000 zł ~~4000 zł~~** odrębnie za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek takiego naruszenia.

1.16. Umowy w § 33 ust. 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

*Łączna maksymalna wysokość kar umownych z wszelkich tytułów których może dochodzić dana Strona nie może przekroczyć **10 % ~~30 %~~** Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy (limit kar umownych), z zastrzeżeniem postanowień poniższych. Kary umowne, do których naliczenia na podstawie Umowy uprawniony jest Zamawiający podlegają sumowaniu (kumulacji) z tym jednak zastrzeżeniem, że w sytuacji odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Zamawiający jest uprawniony osobno do dochodzenia kary umownej za odstąpienie od umowy jako kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania umownego i kara ta nie wlicza się do limitu **10 % ~~30 %~~** określonego w zdaniu pierwszym. W celu uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie ustalają, że kary umowne z tytułu odstąpienia od Umowy oraz kary umowne należne z tytułu zdarzeń zaistniałych w toku wykonywania Umowy a także obowiązki z tytułu rękojmi i gwarancji w części wykonanej przez Wykonawcę, obowiązują i są należne niezależnie od skutków odstąpienia lub rozwiązania Umowy.*

Uzasadnienie dla pkt 1.19 i 1.20.

Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującą, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r.V ACa 483/08).

- 1.17. Umowy w § 36 ust. 6 pkt 1 lit. d) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

„(...) najpóźniej w terminie 14 dni usunąć z Placu Budowy urządzenia zaplecza przez niego dostarczone lub wzniesione, chyba że ze względów technologicznych jest to niemożliwe albo grozi powstaniem szkody”.

Uzasadnienie.

Zaskarżone postanowienie nie bierze pod uwagę, że w procesie inwestycyjnym termin 14 dni na usunięcie urządzeń z placu budowy jest zwyczajnie zbyt krótki. Choćby ze względów technologicznych, np. w wyniku betonowania, kiedy beton potrzebuje co najmniej kilkunastu, jeśli nie powyżej 20 dni na odczekanie, w przeciwnym razie roboty te pozostaną bezużyteczne, spowodują szkodę i mogą wpłynąć na obniżenie wartości innych robót.

- 1.18. Umowy w § 40 ust. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

Pierwotne brzmienie:

*W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej termin wykonania Umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności, z **zastrzeżeniem odpowiednich przepisów ustawy lub umowy**. Za okres trwania tej okoliczności (powodującej wydłużenie terminu realizacji Inwestycji) Wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie.*

Proponowane brzmienie:

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej termin wykonania Umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas jaki okoliczność ta miała wpływ na termin wykonania umowy. W takim przypadku Wykonawca będzie zobowiązany do wykazania wpływu okoliczności na liczbę dni o jaką ma być przedłużony termin wykonania Umowy. Za okres trwania tej okoliczności (powodującej wydłużenie terminu realizacji Inwestycji) Wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie.

Uzasadnienie.

Wykonawca wskazuje, że postulowana przez niego treść tego postanowienia w pełni oddaje konsekwencje jakie mogą wynikać z okoliczności wpływających na zmianę terminu wykonania umowy. Otóż, nie można wykluczyć, że jedna przesłanka umowna wpływająca na termin wykonania umowy będzie wymagała przedłużenia terminu o taką samą liczbę dni, inna może wymagać przedłużenia o większą liczbę dni, a jeszcze inna o mniejszą. Nie można limitować w tym przypadku, że przedłużenie nie będzie przekraczać określonej liczby dni – w tym przypadku „nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności”. Zamawiający jest

zabezpieczony przed nadużywaniem tej przesłanki do zmiany umowy przez Wykonawcę, gdyż to Wykonawca za każdym razem jest zobowiązany do udokumentowania (par. 40 ust. 10 Umowy).

2. o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

VI. Podsumowanie.

Wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 PZP oraz art. 431 PZP i zasad nich wypływających.

Bowiem zasady wyrażone w art. 16 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 [art. 7 poprzedniej ustawy PZP można traktować jako odpowiednik art. 16 PZP]:

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 wpłynię 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. 16 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 przerzuceniu 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, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

Powyższe z kolei nieodłącznie związane jest z **naruszeniem zasady proporcjonalności (adekwatności) rozwiązań zastosowanych przez Zamawiającego**. Bowiem obowiązki nałożone na Wykonawcę są zbyt rygorystyczne, w kształcie i treści zaproponowanej uwzględniają tylko źle pojęty interes Zamawiającego i jako takie nie wytrzymują próby spełniania warunków, które uwzględniają zasadę proporcjonalności środków i metod zastosowanych przez Zamawiającego, w szczególności jeśli chodzi o postanowienia regulujące odbiór przedmiotu umowy.

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

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