

Warszawa, dnia 1.03.2021r.

**Zamawiający:**

Teatr Dramatyczny im. A. Węgierki w Białymstoku  
ul. Elektryczna 12  
15-080 Białystok  
e-mail: [zamowieniapubliczne@dramatyczny.pl](mailto:zamowieniapubliczne@dramatyczny.pl)  
platforma do komunikacji: <https://platformazakupowa.pl/pn/dramatyczny>

**Osoba do kontaktów:**

Krzysztof Szarkowski  
tel.: + 48 857499189

**Odwolujący:**

PORR S.A.  
(nr KRS: 0000026184)  
ul. Hołubcowa 123  
02-854 Warszawa  
tel.: +48 22 266 99 00  
e-mail: [centrala@porr.pl](mailto:centrala@porr.pl)

**Osoba do kontaktów:**

Rafał Soltysiak  
tel.: 509 177 761  
e-mail: [rafal.soltysiak@porr.pl](mailto:rafal.soltysiak@porr.pl)

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

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja budynku Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku, zlokalizowanego przy ul. Elektrycznej 12 - Etap I” (numer postępowania: ZP.26.01.2021)**

**Odwolanie**

1. Działając w imieniu PORR S.A. („Odwolujący”), na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019; „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
  - nieprawidłowy opis warunku udziału w postępowaniu (wymóg wykazania wykonania systemu PSIM oraz wymóg posłużenia się wyłącznie bezusterkowymi inwestycjami referencyjnymi);
  - nieprawidłowy opis kryterium oceny ofert („Skrócenie okresu realizacji zadania”);
  - nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń i ryzyk nieprzewidywalnych, których przyczyną mogą być braki i błędy dokumentacji projektowej przygotowanej na zlecenie Zamawiającego;
  - nieprawidłowe ukształtowanie treści przyszłej umowy w zakresie: (i) terminu zakończenia robót; (ii) odpowiedzialności wykonawcy za dokumentację projektową; (iii) zakresu robót objętych wynagrodzeniem ryczałtowym, (iv) ryzyk objętych wynagrodzeniem ryczałtowym; (v) sposobu

**PORR S.A.**

Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa  
T +48 22 266 99 00. F -020  
[centrala@porr.pl](mailto:centrala@porr.pl)  
[porr.pl](http://porr.pl)

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy  
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
KRS 26184, NIP PL 522 10 54 994, REGON 011134083

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu  
27.520.000, 00 PLN

kalkulacji wartości roboczogodziny w przypadku zlecenia dodatkowych robót, dostaw lub usług; (vi) przyznania Zamawiającemu prawa do dokonywania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy bez złożenia stosowanego oświadczenia; (vii) nieprawidłowy opis zdarzeń, których wystąpienie uzasadnia naliczenie kar umownych przez Zamawiającego; (viii) w zakresie, w jakim wymaga w celu potwierdzenia wykonania zamówienia podpisania przez obie Strony protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag,

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja budynku Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku, zlokalizowanego przy ul. Elektrycznej 12 - Etap I” (numer referencyjny: ZP.26.01.2021).

**2. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:**

- 1) **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj.:
  - ustalenie warunku wykazania co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej swoim zakresem realizację **systemu PSIM (Physical Security Information Management) integrującego system zarządzania bezpieczeństwem** (pkt III.1.3 lit. a) ogłoszenia; rozdział IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 1) lit. a) SWZ);
  - ustalenie, że wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaga przedstawienia zadania, którego wykonanie zostało potwierdzone Protokołem odbioru końcowego lub równoważnego dokumentu **bez uwag** (rozdział IV ust. 3 pkt 3.2, str. 16 SWZ);
- 2) **art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 Pzp** poprzez niejednoznaczny i niezrozumiały opis kryterium oceny ofert pn. „**Skrócenie czasu realizacji zadania**” (rozdział XVII ust. 1 i ust. 2 lit. B SWZ; Formularz oferty) wskutek zastosowania w poszczególnych dokumentach przetargowych niedokładnych i odmiennych określeń, w tym „**termin realizacji zamówienia**”, „**termin wykonania zamówienia**”, „**termin wykonania zadania**”, „**Etap I wykonania Robót**”, „**Etap II uzyskania Decyzji [...]**”; w konsekwencji nie jest możliwe ustalenie, który termin podlega skróceniu i ocenie w ramach tego kryterium;
- 3) **art. 99 ust. 1 i art. 16 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 632 § 1 k.c.** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń i ryzyk nieprzewidywalnych, których przyczyną mogą być braki i błędy dokumentacji projektowej przygotowanej na zlecenie Zamawiającego oraz w zakresie, w jakim wymaga celu potwierdzenia wykonania zamówienia podpisania przez obie Strony protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag;
- 4) **art. 16 i art. 431 ust. 1 w zw. z art. 632 § 1 k.c. w związku z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c.** poprzez uprzywilejowanie w projekcie umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego (umowa o roboty budowlane), z przekroczeniem granic swobody umów oraz dopuszczalnych zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy Stronami, co spowodowało sprzeczną z prawem modyfikację obowiązków stron poprzez:
  - **§ 1 ust. 2, § 4 ust. 1 oraz § 10 ust. 2 i ust. 4 projektu umowy** - przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji projektowej i prawidłowe określenie zakresu robót, w sytuacji gdy dokumentacja projektowa wykonana na zlecenie Zamawiającego zawiera zastrzeżenie projektanta konstrukcji wskazujące na niewykonanie diagnostyki w pełnym zakresie z uwagi na brak dokumentacji archiwalnej oraz pełnego dostępu do obiektu, co może spowodować po wykonaniu dodatkowych badań diagnostycznych oraz w trakcie realizacji robót istotnie zwiększenie zakresu i wartości kosztorysowej robót;

- § 1 ust. 2, § 4 ust. 1 oraz § 10 ust. 2 i ust. 4 projektu umowy - w zakresie, w jakim wyłącza możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa (wykonana na zlecenie Zamawiającego) zawiera istotne braki;
  - § 3 ust. 2 i ust. 4, § 13 ust. 1 pkt 1 projektu umowy - poprzez niejednoznaczny opis planowanego terminu zakończenia robót budowlanych i terminów, których naruszenie uprawnia Zamawiającego do naliczenia kar umownych;
  - § 13 ust. 1 pkt 1 projektu umowy - poprzez niejednoznaczny opis terminów wykonania robót, których przekroczenie uprawnia Zamawiającego do naliczenia kar umownych;
  - § 13 ust. 1 pkt 9 projektu umowy - poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do naliczenia kary umownej z tytułu „niewykonania obowiązków określonych w § 13”, w sytuacji gdy § 13 zawiera wyłącznie regulacje dotyczące kar umownych;
  - § 13 ust. 5 projektu umowy - poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do dokonywania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy bez składania oświadczenia o potrąceniu;
  - § 18 ust. 1 projektu umowy - poprzez przyznanie wyłącznie prawa do zmiany terminu realizacji, w sytuacji gdy wystąpienia przesłanek zmiany umowy określonych w tym zapisie;
  - § 18 ust. 3 pkt 4 oraz § 20 ust. 1 lit. c) projektu umowy - poprzez narzucenie obowiązku kalkulacji robót dodatkowych za pomocą minimalnej stawki godzinowej, gdy z uwagi na sytuację rynkową nie jest możliwe pozyskanie pracowników budowlanych (w szczególności wykwalifikowanych) za wynagrodzeniem skalkulowanym na takim poziomie, a konieczność wykonania tych robót będzie następstwem przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz kalkulacji waloryzacji w oparciu o stawkę minimalną za roboczogodzinę.
- 5) art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

**3. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp wnoszę o:**

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ w następujący sposób:

- pkt III.1.3) lit. a) ogłoszenia oraz w rozdziale IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 1 lit. a) SWZ - poprzez skreślenie wyrazów „system PSIM - (Physical Security Information Management) integrujący system zarządzania bezpieczeństwem”;
- w rozdziale IV ust. 3 pkt 3.2 (str. 16) SWZ - poprzez skreślenie wyrazów „bez uwag”;
- rozdział III ust. 1 i ust. 2, rozdział XVII ust. 1 i ust. 2 lit. B SWZ i Formularz oferty - poprzez (i) ujednolicenie stosowanego nazewnictwa, (ii) jednoznaczne określenie, który z terminów wykonania robót podlega ocenie w ramach tego kryterium oceny ofert oraz (iii) skreślenie w rozdziale III ust. 2 wyrazów „bez uwag”;
- rozdział II ust. 3 pkt 34 SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:  
„34) Dokumentacja i dokumenty o których mowa w SWZ stanowią podstawę do wyliczenia ryczałtowej wartości oferty na wykonanie całości zadania. Wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmiennie przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, bez względu na faktyczny termin odbioru końcowego zadania inwestycyjnego, okres udzielonej przez Wykonawcę gwarancji - z zastrzeżeniem sytuacji, wskazanych w treści Projektowanych Postanowień Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) lub gdy Zamawiający zrezygnuje z części prac wówczas wynagrodzenie należne Wykonawcy ulega obniżeniu o wartość niezrealizowanej części przedmiotu zamówienia. Wykonawca, za wyjątkiem sytuacji opisanych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia.”;
- § 1 ust. 2 projektu umowy - poprzez skreślenie;

- **§ 3 ust. 2 i ust. 4, § 13 ust. 1 pkt 1 projektu umowy, rozdział III SWZ oraz Formularz oferty (Termin realizacji)** - poprzez ujednolicenie stosowanego nazewnictwa oraz jednoznaczne wskazanie, że terminem zakończenia przedmiotu umowy jest złożenie kompletnego wniosku o pozwolenie na użytkowanie i jest to termin stanowiący kryterium selekcji;
  - **§ 4 ust. 1** poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
    - „1. Wykonawca oświadcza, że przewidział w swojej cenie ryczałtowej wszystkie elementy i rodzaje robót, czynności, materiały i urządzenia, zarówno co do ich ilości jak i ich rodzaju, niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy wynikające wprost z dokumentacji projektowej w części opisowej i rysunkowej.”.
  - **§ 10 ust. 2** poprzez nadanie im następującego brzmienia:
    - „2. Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe oświadcza, że na etapie przygotowywania oferty zapoznał się z dokumentacją projektową i STWiOR, terenem i obiektem budowy w celu ustalenia wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.”;
  - **§ 10 ust. 4** - skreślenie;
  - **§ 13 ust. 1 pkt 9** - skreślenie wyrazów „lub niewykonania obowiązków określonych w § 13”;
  - **§ 13 ust. 5** poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
    - „5. Potrącenie wymaga doręczenia Wykonawcy oświadczenia o potrąceniu.”;
  - **§ 18 ust. 1** - poprzez przyznanie prawa do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w sytuacji zaistnienia przesłanek zmiany w określonych w tym postanowieniu umownym;
  - **§ 18 ust. 3 pkt 4** poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
    - „4) w przypadku wystąpienia robót określonych w ust. 3 pkt 1 ich rozliczenie będzie dokonane kosztorysami za wykonane elementy opracowanymi metodą szczegółową, sporządzonymi na podstawie potwierdzonej przez branżowego inspektora nadzoru, Koordynatora i Zamawiającego, książki obmiaru robót oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania tzn. Rbg - wg stawki Secocenbud robocizny kosztorysowej w robotach budowlanych-inwestycyjnych dla województwa podlaskiego, poziom średni; obowiązującej w dacie zmiany umowy, Kz od M = 5%, Kp od R+S = 75%, Zysk od R+S+Kp = 10%.”;
  - **§ 20 ust. 1 lit. c) projektu umowy** poprzez przyjęcie stawki Secocenbud robocizny kosztorysowej w robotach budowlanych-inwestycyjnych dla województwa podlaskiego, poziom średni.
4. **Termin publikacji ogłoszenia.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 17.02.2021r. pod nr 2021/S 033-081138.
5. **Termin na wniesienie odwołania.** Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie zostało opublikowane dnia 17.02.2021r. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia i SWZ został zachowany.

#### Uzasadnienie

1. **Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.**
1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.



2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ustalił bowiem warunki udziału w niniejszym postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz określił w sposób niejednoznaczny kryterium oceny ofert („Skrócenie terminu realizacji zadania”).
3. Warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ustalone przez Zamawiającego ograniczają krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu oraz pomijają warunki realizacji tego typu inwestycji obowiązujące aktualnie na rynku budownictwa kubaturowego.
4. Ponadto postanowienia SWZ (w tym przyszłej umowy) zostały sformułowane w sposób sprzeczny z prawem, tj. przepisami Pzp oraz kodeksu cywilnego, a także zasadą przejrzystości obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudnia Wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty z uwagi na brak możliwości prawidłowego oszacowania ryzyk oraz ustalenia zakresu robót objętych zamówieniem.
5. Zakres prac objętych przedmiotem zamówienia oraz obowiązki Wykonawcy zostały bowiem określone nieprecyzyjnie, z naruszeniem ekwiwalentności świadczeń i istoty umowy o roboty budowlane oraz z przekroczeniem ryzyk mieszczących się w granicach wynagrodzenia ryczałtowego. Zaskarżone zapisy SIWZ przenoszą na Wykonawcę odpowiedzialność za dokumentację projektową, pomijając okoliczność, że niniejsze zamówienie będzie realizowane w systemie „wybuduj”.
6. *„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., KIO 2036/10).*
6. Odwołujący wnosząc niniejsze odwołanie czyni zadość wymogowi zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 1 k.c. również w odniesieniu do zamówień publicznych (wyrok SN z dnia 5.06.2014r.; IV CSK 626/13).

## **II. Stan faktyczny.**

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja budynku Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku, zlokalizowanego przy ul. Elektrycznej 12 - Etap I” (numer referencyjny: ZP.26.01.2021).
2. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w pkt III.1.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” oraz rozdziale IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 1 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

3. Inwestycja realizowana jest w formule „Wybuduj”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SWZ, w tym dokumentację projektową i przedmiary.

**III. Zarzut dot. warunku wykazania realizacji inwestycji obejmującej system PSIM:**

(pkt III.1.3) lit. a) ogłoszenia oraz rozdział IV ust. 3 pkt 3.2 ppkt 1 lit. a) SWZ)

1. Zamawiający wymaga wykazania roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie m.in. systemu PSIM (Physical Security Information Management - integrujący system zarządzania bezpieczeństwem).
2. Warunek udziału w tym zakresie (system PSIM) jest nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia. Warunek ten nie jest również uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.
3. Zakres niniejszego zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ (dokumentacja projektowa, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, przedmiary) nie obejmuje wykonania system PSIM. W załączeniu Wykonawca przedstawia tabelaryczne zestawienie robót instalacyjnych będących przedmiotem zamówienia oraz części dokumentacji projektowej opisującej warunki i parametry techniczne tych instalacji.
4. W dokumentacji niniejszego postępowania nie ma żadnych informacji o konieczności wykonania systemu PSIM oraz wymaganych parametrach tego systemu, a także wymagań technicznych wykonania prac przygotowawczych w celu umożliwienia zamontowania takiego systemu.
5. Brak jest zatem podstaw do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie umiejętności wykonania systemu PSIM, skoro ten system nie będzie wykonywany w trakcie modernizacji budynku teatru.
6. Zamawiający formułując zatem ww. warunek naruszył wynikającą z art. 112 ust. 1 Pzp zasadę określania warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
7. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większego doświadczenia zawodowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 4.12.2003r. (sygn. akt C-448/01) TS wskazał, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować niektórych przedsiębiorców - mimo, że inni także mogą w należyty sposób wykonać przedmiot zamówienia.
8. Z uwagi na przedmiot niniejszego zamówienia brak podstaw do żądania od potencjalnych oferentów legitymowania się realizacją systemu PSIM. Jest to warunek nadmierny w stosunku do zakresu robót objętych niniejszym zamówieniem.
9. Ponadto system PSIM jest oprogramowaniem służącym do zarządzania systemami bezpieczeństwa (ang. Physical Security Information Management) przeznaczonym dla dużych obiektów oraz rozległych sieci obiektów, ale w przypadku obiektów o charakterze użyteczności publicznej jest przez producentów rekomendowany do zastosowania w: jednostkach penitencjarnych, centrach zarządzania alarmowego czy kryzysowego, zakładach przemysłowych, jednostkach wojskowych, portach lotniczych, przedsiębiorstwach transportu publicznego. W związku z tym powstaje wątpliwość co do zasadności wymagania doświadczenia w realizacji systemu PSIM od potencjalnego wykonawcy modernizacji budynku teatru.
10. Powyższy warunek ogranicza również krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu z uwagi na fakt, że ww. system jest nowym rozwiązaniem stosowanym na polskim rynku, a więc stosunkowo mało obiektów zostało dotychczas w wyposażonych w ten system.
11. Swoboda Zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu jest ograniczona. Zamawiający nie może ustalać wygórowanych w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagań. „Zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych - gwarantujących jednak

osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu, zależy od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych” (wyrok KIO z dnia 12.11.2013r., KIO 2516/13).

12. Z uwagi na powyższe uzasadniona i konieczna jest modyfikacja warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

#### IV. Zarzut dot. wykazania bezusterkowej inwestycji (rozdział IV pkt 3 ppkt 3.2, str. 16 SWZ).

1. Zgodnie zastrzeżeniem zawartym w ust. 3 pkt 3.2 (str. 16) SWZ, „jako wykonanie (zakończenie) zadania referencyjnego należy rozumieć podpisanie Protokołu odbioru końcowego robót lub równoważnego dokumentu bez uwag i uzyskanie decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu”.
2. Powyższe wymaganie jest nadmierne i nieuzasadnione, a także pomija warunki rynkowe realizacji robót budowlanych.
3. Zgodnie ugruntowanymi poglądami doktryny i orzecznictwa zamawiający/inwestor może odmówić odbioru robót tylko w przypadku, gdy zawierają one wadę istotną, czyli uniemożliwiającą użytkowanie. Konsekwencją tego poglądu jest sporządzanie protokołu końcowego odbioru robót mimo ujawnienia się nieistotnych wad czy usterek. W takim przypadku nie jest ponownie sporządzany protokołu końcowego odbioru robót „bez uwag”. W takiej sytuacji brak również podstaw do przyjęcia, że nie nastąpiło prawidłowe i terminowe wykonanie umowy.
4. Problem ten jest szczególnie istotny w przypadku inwestycji realizowanych w systemie FIDIC. W przypadku tych inwestycji zasadą jest, że sporządzenie Świadectwa Przejęcia, zawierającego często nie tylko stwierdzone usterki, ale również drobne prace do wykonania, stanowi dowód wykonania (zakończenia) zadania.
5. „Analiza przytoczonych klauzul warunków kontraktowych FIDIC prowadzi do wniosku, iż sposób dokumentowania przez strony realizacji poszczególnych etapów procesu budowlanego w sposób istotny różni się od stosowanego w praktyce dokumentowania za pomocą protokołu odbioru. Niemniej, cechy świadectwa przejęcia tj. umożliwienie przejęcia przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora, zgodnie z założonym celem, przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad, świadczą o jego podobieństwie do protokołu odbioru. Ponadto, charakterystyczną cechą procedur FIDIC jest po pierwsze przeniesienie do okresu zgłaszania wad fazy wykonania drobnych zaległych prac, a po drugie brak dokumentu potwierdzającego bezusterkowy odbiór robót, który mógłby również potwierdzać, że zostały wykonane drobne zaległe prace ujawnione w świadectwie przejęcia. Należy zatem stwierdzić, że świadectwo przejęcia może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru, jeśli strony na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. przeniosły do okresu zgłaszania wad etap wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia drobnych wad uznając, że nie stoi to na przeszkodzie przejęciu obiektu do eksploatacji i zapłaty wynagrodzenia. Takie znaczenie świadectwu należy przypisać, uwzględniając w szczególności cel wydania tego dokumentu wynikający z klauzuli 10.1 warunków kontraktowych FIDIC, tj. iż celem tego dokumentu jest potwierdzenie, iż roboty zostały wykonane zgodnie z kontraktem (klauzula wymaga, aby zamawiający przyjął roboty, gdy zostaną ukończone zgodnie z kontraktem).

Powyższe rozważania prowadzą przeto do wniosku, że świadectwo przejęcia może być uznane za odpowiednik protokołu odbioru, w wypadku, gdyby strony traktowały ten dokument jako odpowiednik końcowego protokołu odbioru robót, który sporządza się po zakończeniu danej roboty. Niepodobna więc wykluczyć, a czego dostatecznie nie rozważył Sąd Apelacyjny, że przedmiot kontraktu został w dniu 18 lipca 2011 r. odebrany przez pozwaną Gminę na podstawie świadectwa przejęcia. Tego dnia uzyskane zostało pozwolenie na użytkowanie wybudowanego obiektu - stadionu piłkarskiego, co wynika z treści świadectwa przejęcia. W dokumencie tym wskazano



wprowadzie na drobne zaległe prace i wady, które zostały następnie objęte aneksem nr 2 do kontraktu i wyszczególnione w załączniku nr 2 do aneksu, niemniej jednak istnienie tych zaległych prac i wad nie oznacza, że kontrakt nie został wykonany. Usuwanie usterek bowiem, uwzględniając specyfikę robót budowlanych, jest normalną praktyką po dokonaniu odbioru i nie oznacza nienależytego wykonania odebranej roboty.

W wypadku, gdy strony umowy się o wykonanie określonego obiektu budowlanego, to uprawniony jest pogląd, że od chwili odbioru całego obiektu wykonawca spełnił swoje świadczenie wobec zamawiającego (inwestora). Odbiór końcowy robót potwierdza wykonanie kontraktu z nieistotnymi wadami i jednoczesną aktualizacją uprawnień inwestora z tytułu rękojmi lub gwarancji” (wyrok SN z 13 września 2017 r., IV CSK 578/16).

6. W związku z tym brak podstaw do stawiania wymogu przedłożenia przez Wykonawcę wyłącznie robót referencyjnych, w przypadku których sporządzono bezusterkowe protokoły odbioru końcowego lub dokumenty równoważne.

Analogicznie nieuzasadnione jest wprowadzanie obowiązku sporządzenia przez Strony protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag. Postanowienie to zostało zamieszczone w rozdziale III ust. 2 SWZ, ale zgodnie z rozdziałem II pkt 35 SWZ jest to obowiązek wiążący również w okresie realizacji.

V. Zarzuty dot. nieprawidłowego opisu kryterium oceny ofert i nieprawidłowego opisu terminów realizacji w projekcie umowy i SWZ.

1. Zgodnie z pkt 1 rozdziału III SWZ, termin realizacji zamówienia wynosi max. 25 miesięcy od podpisania umowy.
2. Natomiast w myśl pkt 2 rozdziału III SWZ przez datę wykonania zamówienia przyjmuje się zakończenie robót oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego i przekazanie Zamawiającemu ostatecznej decyzji właściwego inspektora nadzoru budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz datę protokolarnego przekazania obiektu w użytkowanie, co zostanie potwierdzone podpisaniem przez obie Strony protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag i uznania przez Zamawiającego, że zostało ono należycie wykonane (z wyłączeniem obowiązków Wykonawcy wynikających z postanowień w zakresie gwarancji i rękojmi).
3. Jednocześnie w rozdziale III zawarto UWAGĘ, która wskazuje, że termin realizacji zamówienia należy rozpatrywać jako złożenie kompletnego wniosku na użytkowanie obiektu w imieniu Zamawiającego. Dalej jest to procedura administracyjna, termin uzależniony od organów prowadzących postępowanie.
4. Jednocześnie „Skrócenie okresu realizacji zadania” jest jednym z kryteriów oceny ofert (rozdział XVII ust. 1 i ust. 2 lit. B). Opis kryterium nie zawiera definicji „okresu realizacji zadania”. Znajduje się w nim natomiast odwołanie do „okresu realizacji zadania” zadeklarowanego w Formularzu Oferty.
5. Jednak w Formularzu Oferty wykonawca deklaruje „realizację przedmiotu zamówienia w terminie do ..... miesięcy od daty podpisania umowy (nie dłużej niż 25 miesięcy od daty podpisania umowy) wraz z uzyskaniem decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu.”.
6. Formularzu Oferty zawiera również UWAGĘ, w której zdefiniowano, że:
  - przez datę wykonania zamówienia przyjmuje się zakończenie robót oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego i przekazanie Zamawiającemu ostatecznej decyzji właściwego inspektora nadzoru budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz datę protokolarnego przekazania obiektu w użytkowanie, co zostanie potwierdzone podpisaniem przez obie Strony protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag i uznania przez Zamawiającego, że zostało ono należycie wykonane (z wyłączeniem obowiązków Wykonawcy wynikających z postanowień w zakresie gwarancji i rękojmi);



- termin realizacji zamówienia należy rozpatrywać jako złożenie kompletnego wniosku na użytkowanie obiektu w imieniu Zamawiającego. Dalej jest to procedura administracyjna, termin uzależniony od organów prowadzących postępowanie.
7. W związku z tym powstaje wątpliwość, który z ww. terminów stanowi kryterium oceny ofert:
    - data wykonania zamówienia (zakończenie robót + pozwolenie na użytkowanie + protokół potwierdzający zakończenie realizacji zamówienia bez uwag);
    - termin realizacji zamówienia (zakończenie robót + złożenie kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie).
  8. Dalsze wątpliwości generuje treść projektu umowy, w którym w § 3 ust. 2 „Wykonawca oświadcza, że wykona przedmiot Umowy w terminie [...] miesięcy od dnia podpisania Umowy”.
  9. Jednocześnie § 13 ust. 1 pkt 1 wprowadzono kary umowne z tytułu zwłoki w dotrzymaniu terminu Odbioru Końcowego Robót Budowlanych i Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy w stosunku do terminów wskazanych w § 3 ust. 4, przy czym w odniesieniu do Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy wskazano, że „termin należy rozpatrywać jako złożenie kompletnego wniosku na użytkowanie obiektu w imieniu Zamawiającego. Dalej jest to procedura administracyjna, termin uzależniony od organów prowadzących postępowanie”.
  10. Równolegle w § 3 ust. 4 wprowadzono kolejne pojęcia dot. terminów umownych. Zobowiązano bowiem Wykonawcę do uwzględnienia w Harmonogramie rzeczowo- finansowym maksymalnych terminów wykonania Robót:
    - „1) Etap I wykonania Robót - Realizacja wszelkich robót budowlanych i odbiorów robót związanych z przebudową, zostanie wykonana w terminie ..... miesięcy od dnia podpisania Umowy,
    - 2) Etap II uzyskania Decyzji pozwolenia na użytkowanie w terminie ..... miesięcy od dnia podpisania Umowy”.
  11. Jednocześnie w odniesieniu do Etapu II po raz kolejny zawarto zastrzeżenie, że „termin należy rozpatrywać jako złożenie kompletnego wniosku na użytkowanie obiektu w imieniu Zamawiającego. Dalej jest to procedura administracyjna, termin uzależniony od organów prowadzących postępowanie”.
- Należy jednak wskazać, że treść tego zastrzeżenia jest sprzeczna z literalnym brzmieniem opisu Etapu II, tj. wymogu „uzyskania decyzji”.
12. Przedstawiony powyżej brak konsekwencji terminologicznej ma istotny wpływ na postępowanie przetargowe (niemożność ustalenia, który z terminów stanowi kryterium oceny ofert) oraz na etapie realizacji robót budowlanych (np. możliwość naliczenia kary umownej czy odstąpienia od umowy).
  13. Zamawiający dokonał opisu kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, co stanowi naruszenie art. 240 ust. 1 Pzp.
  14. „Obowiązek jasnego i zrozumiałego opisywania kryteriów wywodzony jest z zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i stanowi gwarancję uczciwego wyboru wykonawcy. „Jednoznaczny” to „niebudzący wątpliwości”, „zrozumiały” zaś to „dający się zrozumieć, wytłumaczyć”. Takimi przymiotami powinien cechować się opis kryteriów. Powinien być on sporządzony w taki sposób, by nie była konieczna wykładnia jego treści. [...] Jednoznaczność opisu kryteriów wpływa na ograniczenie uznaniowości oceny ofert lub wręcz jej wyłączenie, umożliwia wykonawcom weryfikację poprawności dokonanej przez zamawiającego oceny, a także umożliwia weryfikację owej poprawności na drodze odwoławczej” (A.Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex).
- VI. Zarzuty dot. opisu przedmiotu zamówienia, w tym zapisów projektu umowy dotyczących zakresu robót, ryzyk objętych wynagrodzeniem ryczałtowym oraz odpowiedzialności za dokumentację projektową.

1. W dokumentacji przetargowej znajduje się oświadczenie projektanta konstrukcji z dnia 20.12.2019r. (mgr inż. Kamil Zimiński) dot. prac konstrukcyjnych w budynku teatru.
2. W ww. oświadczeniu wskazano, że:
  - „1. Ze względu na brak archiwalnej dokumentacji technicznej obiektu oraz brak możliwości wykonania diagnostyki w pełnym zakresie, ponieważ obiekt jest cały czas użytkowany, wymagany jest podczas prac prowadzenia robót stały nadzór autorski w zakresie konstrukcji na etapie odstawiania elementów konstrukcyjnych, prowadzenia robót związanych z ich naprawą, przebudową, wzmocnieniem i diagnostyką rzeczywistych parametrów materiałów
  2. Ustalenia podczas prowadzenia prac diagnostycznych i dodatkowych elementów konstrukcji mogą być podstawą dokonania niezbędnych zmian w dokumentacji uwzględniających stan techniczny konstrukcji i wymagań wynikających z aktualnych przepisów budowlanych.
  3. W przypadku braku możliwości oceny stanu technicznego konstrukcji podczas wizji lokalnych, oględzin i badań makroskopowych, wykonawca powinien w uzgodnieniu z projektantem konstrukcji zlecić szczegółowe badania diagnostyczne firmie specjalistycznej. Ustalenia dotyczące stanu konstrukcji będą podstawą ewentualnych opracowań dostosowujących rozwiązania konstrukcyjne i architektoniczne do rzeczywistego stanu konstrukcji, co może zwiększyć zakres i wartość kosztorysową robót.”.
3. Z powyższego oświadczenia w sposób jednoznaczny wynika, że w trakcie realizacji robót, z przyczyn niezależnych od wykonawcy, może nastąpić zwiększenie zakresu i wartości robót.
4. Z uwagi na przyczyny obiektywne, tj. brak dokumentacji archiwalnej i nieprzeprowadzenie pełnej diagnostyki przez projektanta konstrukcji, istnieje duże prawdopodobieństwo, że dokumentacja projektowa nie zawiera pełnego opisu robót, których wykonanie będzie niezbędne do osiągnięcia celu niniejszego zamówienia, tj. modernizacji budynku teatru w wymaganym przez zamawiającego standardzie i jakości.
5. Na podstawie dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego oraz wizji lokalnej obiektu, nie jest możliwe zatem oszacowanie rzeczywistego zakresu robót i wszystkich ryzyk ich realizacji.
6. Natomiast w projekcie umowy pominięto tę kwestię i przeniesiono na Wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej. Wykonawca zobowiązany jest bowiem do złożenia szeregu oświadczeń, potwierdzeń i deklaracji do co stanu placu budowy oraz dokumentacji projektowej, które w trakcie realizacji robót wyłącza możliwość zmiany terminu realizacji i wysokości wynagrodzenia mimo, że na etapie ofertowania żaden wykonawca, z uwagi na opisane wyżej okoliczności faktyczne, nie jest w stanie przewidzieć zakresu robót.
7. Wykonawca zawierając umowę zobowiązany jest bowiem złożyć następujące oświadczenia:
  - § 1 ust. 2 - „Wykonawca oświadcza, że na etapie przygotowywania oferty zapoznał się z terenem budowy, wyjaśnił z Zamawiającym wszelkie wątpliwości dotyczące zarówno zakresu robót będących przedmiotem niniejszej umowy jak i dokumentacji projektowej opisującej te roboty”;
  - § 4 ust. 1 - „Wykonawca oświadcza, że przewidział w swojej cenie ryczałtowej wszystkie elementy i rodzaje robót, czynności, materiały i urządzenia, zarówno co do ich ilości jak i ich rodzaju, niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy. Z uwagi na to, że przedmiotem umowy są prace remontowe Wykonawca przyjmuje w swojej cenie ryczałtowej ryzyko wykonania wszelkich prac niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, nawet jeżeli nie zostały uwzględnione w dokumentacji, a których wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.”;
  - § 10 ust. 2 i ust. 4:
    - „2. Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe oświadcza, że na etapie przygotowywania oferty zapoznał się z dokumentacją projektową i STWiOR, terenem i obiektem budowy i

wykorzystał wszelkie środki mające na celu ustalenie wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

4. Wykonawcy nie przysługuje dopłata do uzgodnionego wynagrodzenia z tytułu realizacji robót.

7. Jednocześnie w § 18 projektu umowy w ograniczonym zakresie przewidziano możliwość jej zmiany w przypadku konieczności zmiany dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 18 ust. 1 pkt 1 i pkt 10 projektu umowy, zmiany dokumentacji mogą być podstawą jedynie wydłużenia terminu realizacji (bez możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia).

8. Analogicznie w rozdziale II pkt 34 SWZ wskazano, że „Wykonawca, za wyjątkiem sytuacji opisanych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów robót i innych świadczeń, w tym wynikających z uzasadnionych ze względu na osiągnięcie celu umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje całość prac wykonywanych przez Wykonawcę oraz zwrot kosztów z tym związanych”.

Jednocześnie w pkt 35 SWZ zastrzeżono, że „SWZ stanowi integralną część umowy i określa wymagania, obowiązki i zakres odpowiedzialności Wykonawcy. Zakres prac, obowiązki Wykonawcy wskazane w SWZ należy stosować i interpretować łącznie z umową, gdyż dokumenty uzupełniają się wzajemnie. Zatem jeśli jakiś obowiązek wskazany w SWZ nie został przeniesiony do umowy lub odwrotnie, nie stanowi to zwolnienia Wykonawcy z jego wykonania”.

9. Natomiast z uwagi na stan faktyczny sprawy (tj. załączone do dokumentacji przetargowej oświadczenie projektanta konstrukcji) i treść oświadczeń składanych przez wykonawcę w umowie, w praktyce wyłączona będzie możliwość zastosowania w przypadku zmian dokumentacji projektowej, § 18 ust. 3 pkt 1 (zlecenie robót dodatkowych) oraz pkt 2 (zmiana umowy z przyczyn, których Zamawiający nie mógł przewidzieć).

10. Zamawiający oraz potencjalni oferenci już na etapie postępowania przetargowego mają bowiem wiedzę, że przekazana przez Zamawiającego dokumentacja projektowa z dużym prawdopodobieństwem nie opisuje całego zakresu prac (choćby ani Zamawiający ani profesjonalni wykonawcy nie są w stanie przewidzieć tego zakresu).

11. Jednocześnie Zamawiający nakazuje uwzględnienie w cenie oferty wszelkich prac niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, nawet jeżeli nie zostały uwzględnione w dokumentacji, co wprost wyłącza zastosowanie § 18 ust. 3 pkt 2 Umowy.

12. W związku z tym należy wskazać, że ryzyko należytej wyceny dzieła, zgodnie z art. 632 § 1 k.c., obciąża wprawdzie wykonawcę, ale jego granice wyznacza dokumentacja projektowa i brak błędów przy projektowaniu. Wykonawcę, który zgodził się na wynagrodzenie ryczałtowe, nie obciąża ryzyko wykonania za uzgodnione wynagrodzenie innych robót niż pierwotnie zamówione. Nieprawidłowe jest zatem żądanie ujęcia w cenie ofertowej konieczności wykonania robót, które w ogóle nie były brane lub obiektywnie nie mogą być uwzględnione (jak w okolicznościach niniejszej sprawy) przy zawieraniu Umowy.

13. Z uwagi na specyfikę procesu budowlanego zakres robót może się zmieniać w zależności od potrzeb. Jednak istotna zamiana zakresu robót lub ilości materiałów w stosunku do planowanych robót lub ilości spowodowana, np. błędami projektowymi uprawnia Wykonawcę do dodatkowych kwot nawet w sytuacji uzgodnienia wynagrodzenia ryczałтового.

14. W związku z tym należy podkreślić, że art. 632 k.c. przewidujący niezmiennność wynagrodzenia ryczałтового ma zastosowanie w przypadkach, gdy zakres wykonanych robót jest zgodny z zakresem przedmiotu umowy, za który zostało ustalone określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe.

15. Natomiast zakres przedmiotu umowy nie jest determinowany przez odwołanie się wyłącznie do końcowego efektu umówionych robót budowlanych (w tym przypadku przedmiotu umowy jakim jest modernizacja budynku teatru).



16. Obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelny opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zgodnie z orzecznictwem KIO nie można akceptować przerzucanie nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówień publicznych.
17. Zamawiający z uwagi na ograniczoną możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, kształtuje warunki umowy i wykonawcy mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty.
18. Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć (por. wyrok KIO z 15 lutego 2018 r., KIO 173/18).
19. W orzecznictwie podkreśla się, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, a nie przewidzianych w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, na podstawie której przygotowana jest oferta wykonawcy, a wiążących się jednocześnie, ze znacznymi kosztami. „Występowanie w roli gospodarza postępowania nie oznacza, że Zamawiający w sposób jednostronny, działając wyłącznie we własnym interesie może stworzyć wzorzec umowy bez uwzględniania okoliczności, które dotyczyć mogą przyszłego kontrahenta i samego zobowiązania umownego. Działania Zamawiającego, co oczywiste, muszą czynić zadość przepisom bezwzględnie obowiązującym, ale uwzględniać także powinny zasady gospodarki wolnorynkowej, sytuację panującą na rynku w danej branży, zachodzące przemiany społeczno-polityczne” (wyrok KIO z dnia 17 października 2018 r.; KIO 1985/18).
20. „Granice swobody działania Zamawiającego wyznacza jednak art. 353<sup>1</sup> k.c., w takim zakresie, w jakim wskazuje on, że przyszła umowa musi czynić zadość przepisom ustawy, zasadom współżycia społecznego oraz naturze stosunku prawnego. Żadne bowiem regulacje ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie wyłączają tego przepisu bezwzględnie obowiązującego” (wyrok KIO z dnia 17 października 2018 r.; KIO 1985/18).
21. Zasada swobody umów w zamówieniach publicznych „jest ograniczona m.in. obowiązkiem zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. (...) podkreśla także, iż zamawiający ma obowiązek stosowania „zasady słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej” i nie może nadużywać swoich uprawnień, zwłaszcza taki, który jest monopolistą (art. 5 k.c.). [...] Wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, a nie przewidzianych w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, na podstawie której przygotowana jest oferta wykonawcy, a wiążących się jednocześnie, ze znacznymi kosztami” (wyrok SA w Warszawie z 22 lutego 2019 r.; VII AGa 574/18).
22. „Zamawiający, jako gospodarz postępowania może opisać przedmiot zamówienia zgodnie ze swoim potrzebami, wykonawcy zaś w ograniczony sposób mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Pod warunkiem, że opis ten czyni zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ponadto jest wyczerpujący, pełny i jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy zainteresowani są złożeniem oferty. Nałożenie jednak na przedsiębiorców obowiązku przewidzenia i wyceny sytuacji niemożliwych do przewidzenia nie wpisuje się w przesłankę pełnego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z regułami określonymi w art. 29 p.z.p. Wówczas bowiem każdy z wykonawców w odmienny sposób określi katalog okoliczności podlegających wycenie, co doprowadzi do nieporównywalności ofert. Co więcej, na etapie oceny ofert Zamawiający w żaden wymierny sposób nie będzie mógł prawidłowości takiego katalogu zweryfikować. Nie można bowiem zapominać przy tworzeniu wzorca umowy o przepisach dotyczących oceny ofert, choćby wskazujących na konieczność badania, czy mamy w postępowaniu do czynienia z rażąco niską ceną i arytmetycznym wskaźnikiem badania ceny oferty, zastosowania którego nie wyłącza ryczałtowy charakter wynagrodzenia” (wyrok KIO z dnia 17 października 2018 r.; KIO 1985/18).



23. Natomiast przywołane postanowienia projektu umowy i SWZ przerzucają na wykonawcę w całości ryzyko wszelkich nieprawidłowości dokumentacji projektowej i obarczają w całości kosztami wykonania robót, których realizacja będzie następstwem niekompletności i nieprawidłowości dokumentacji projektowej opracowanej na zlecenie Zamawiającego.

**VII. Zarzuty dot. projektu umowy.**

1. Zamawiający sformułował postanowienia przyszłej umowy w sposób wykraczający poza obiektywne potrzeby Zamawiającego i ochronę interesu publicznego, naruszając zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
  2. Sposób ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego stanowi zagrożenie dla interesów wszystkich wykonawców zamierzających złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Uniemożliwia wykonawcom sporządzenie ważnych i porównywalnych ofert, w tym należytą wycenę przedmiotu zamówienia.
  3. „Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm.), zwanego dalej: „k.c.”, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z przepisu wynika, że strony dysponują co do zasady swobodą kształtowania treści umowy, niemniej jednak swoboda ta nie jest nieograniczona. Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być bowiem sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na wyrażoną wyżej swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego. Należy dodać, że zgodnie z art. 58 § 1 i 2 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy co do zasady jest nieważna, jak też nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego” (wyrok KIO z 28 stycznia 2020r., sygn.akt: KIO 61/20).
  4. Zachowanie interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może zatem polegać na narzucaniu Wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję Zamawiającego oraz ograniczają krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie.
- a) termin realizacji robót; kara umowna z tytułu przekroczenia terminu realizacji:**
5. Wykonawca w pkt V powyżej szczegółowo opisał nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, w tym poszczególnych postanowień umowy, w zakresie terminu wykonania robót.
  6. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
  7. „Termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia. Ustalając termin Zamawiający musi zatem uwzględnić wymagania wskazane w art. 29 ust. 1 Pzp, a także okoliczności mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy” (wyrok KIO z 2.08.2017r., sygn.akt: KIO 1488/17).
  8. Opis terminu zakończenia robót jest nieprawidłowy, ponieważ nie pozwala na prawidłowe przygotowanie oferty (zaoferowanie optymalnego okresu realizacji i uzyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert) oraz w okresie realizacji robót spowoduje powstanie sporów pomiędzy stronami umowy i stwarza ryzyko obciążenia wykonawcy wysokimi karami umownymi.
  9. W związku powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację § 3 ust. 2 i ust. 4 oraz § 13 projektu umowy poprzez ujednolicenie terminologii używanej w tych postanowieniach umownych i jednoznaczne przesądzenie, że terminem zakończenia realizacji robót/zadania/przedmiotu umowy jest termin

złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na użytkowanie obiektu i niedotrzymanie wyłącznie tego terminu umożliwia Zamawiającemu naliczenia kar umownych.

**b) potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy:**

10. Zgodnie z § 13 ust. 5 projektu umowy, potrącenie dokonane przez Zamawiającego nie wymaga doręczenia oświadczenia o potrąceniu i następuje automatycznie poprzez pomniejszenie wynagrodzenia.
11. Należy wskazać, w art. 498-505 k.c. uregulowane jest potrącenie ustawowe. Natomiast przepisy nie regulują potrąceń umownego dopuszczalnego w ramach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.).
12. Wyróżnia się różne rodzaje potrąceń umownych, w tym jednostronne upoważnienie do dokonywania potrąceń. W przypadku jednostronnego upoważnienia do dokonywania potrąceń jedna lub obie strony uzyskują upoważnienie do samodzielnego decydowania o dokonaniu ewentualnej kompensacji. *„Główna różnica względem konstrukcji ustawowej polega na tym, że dalej możliwe jest tutaj dowolne ukształtowanie warunków, po spełnieniu których upoważniony będzie mógł dokonać potrącenia. Klasyfikacja tego przypadku jako kompensaty umownej budzi pewne wątpliwości. Jak słusznie zauważa M. Pyziak-Szafnicka: „W umowie dochodzi raczej do przyznania prawa podmiotowego kształtującego” (Ł.Chyła, A.Barańska, Potrącenie umowne w prawie polskim, Studenckie Zeszyty Naukowe 2017, Vol. XX, nr 33).*
13. Potrącenie ustawowe dokonywane jest poprzez złożenie oświadczenia (art. 499 k.c.). Do potrącenia nie dojdzie, bez stosowanego oświadczenia, nawet jeśli spełnione są przesłanki jego dokonania. Przepis ten ma charakter ochronny. Brak zatem uzasadnienia do wyłączania obowiązku złożenia oświadczenia woli o potrąceniu również w przypadku potrącenia umownego
14. Wysokość kary umownej i/lub odszkodowania jest w dacie zawierania umowy nieokreślona. W przypadku wyłączenia obowiązku złożenia stosownego oświadczenia o potrąceniu wykonawca nie będzie miał wiedzy z jakiego tytułu i w jakiej wysokości Zamawiający pomniejszył jego wynagrodzenie.
15. Jednocześnie należy zauważyć, że *„w orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżenie kary umownej nie rodzi zobowiązania, z którego właściwości wynikałby określony termin spełnienia świadczenia, nie ma bowiem wystarczających podstaw do twierdzenia, iż świadczenie kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu powinności kontraktowych (art. 455 k.c.); przeciwnie, wskazuje się, że jeżeli w umowie strony nie oznaczyły terminu spełnienia świadczenia z tytułu kary umownych, zobowiązanie takie ma charakter bezterminowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2011 r., III CSK 282/10, „Izba Cywilna” 2012, nr 5, s. 37)”* (wyrok SN z 5 listopada 2014r., III CZP 76/14). W konsekwencji dla skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej, której termin spełnienia świadczenia nie został zastrzeżony konieczne jest uprzednie wezwanie dłużnika do zapłaty ww. kary umownej.
16. Natomiast kwestionowane postanowienie umowne przewiduje automatyzm potrącenia kary umownej i odszkodowania umownego, a jednocześnie brak uzasadnionego interesu publicznego, który przemawiałby za wprowadzeniem takiego odstępstwa o przyjętych zasad dokonywania potrącenia wierzytelności.

**c) kara umowna z tytułu niewykonania obowiązków określonych w § 13:**

17. Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 9 projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej z tytułu „niewykonania obowiązków określonych w § 13”.
18. Paragraf 13 projektu umowy zawiera wyłącznie regulacje dotyczące kar umownych. W konsekwencji pozostawienie zapisu w dotychczasowym brzmieniu spowoduje sytuację, w której Zamawiający będzie mógł naliczyć karę umowną z tytułu niezapłacenia innej kary umownej.

**d) wycenia roboczogodziny w przypadku robót dodatkowych i waloryzacji:**

19. Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 4 projektu umowy, *„w przypadku wystąpienia robót określonych w § 18 ust. 3 pkt 1 ich rozliczenie będzie dokonane kosztorysami za wykonane elementy opracowanymi*

metodą szczegółową, sporządzonymi na podstawie potwierdzonej przez branżowego inspektora nadzoru, Koordynatora i Zamawiającego, książki obmiaru robót oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania tzn. Rbg - wg minimalnej stawki godzinowej ustalonej w oparciu o ustawę z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj Dz. U. z 2020, poz. 2207), obowiązującej w dacie zmiany umowy, Kz od M = 5%, Kp od R+S = 75%, Zysk od R+S+Kp = 10%".

20. W przypadku pozostałych składników cenotwórczych (cena materiałów i sprzętu) ceny będą przyjmowane według średnich cen województwa podlaskiego wynikających z Sekocenbudu.
21. Stawki robocizny kosztorysowej netto zawarte w Sekocenbudzie zawierają wszystkie składniki kalkulacyjne określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.130.1389), tj. wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności:
  - 1) płace zasadnicze;
  - 2) premie regulaminowe;
  - 3) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe);
  - 4) płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe);
  - 5) obowiązkowe obciążenia płac;
  - 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.
22. Natomiast stawki robocizny kosztorysowej brutto zawarte w Sekocenbudzie obejmują stawki robocizny netto wraz z:
  - regionalnymi narzutami kosztów pośrednich;
  - regionalnymi narzutami zysku.

Są to zatem rynkowe ceny usług budowlanych wyrażonych w zł/rbg. Stawki robocizny netto i brutto są regionalnymi stawkami rynkowymi wynikającymi z badań ankietowych na rynku budowlanym.
23. Stawki te są znacznie wyższe niż ustawowa stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę. Obecnie minimalna ustawowa stawka godzinowa wynosi 18,30 zł brutto. Natomiast stawki kosztorysowe z Sekocenbudzie za IV kwartał 2020r. dla robót remontowo-budowlanych dla województwa podlaskiego z narzutami wynoszą odpowiednio: (i) minimalna 29,40 zł/g, (ii) średnia 33,08 zł/g oraz (iii) maksymalna 37,5 zł/g, a stawki netto wynoszą odpowiednio: (i) minimalna 17,5 zł/g, (ii) średnia 19,75 zł/g oraz (iii) maksymalna 22,5 zł/g. Jednocześnie należy zauważyć, że dla samej stolicy województwa stawki są wyższe o ok. 5% od powyższych. Przyjęcie zatem do kalkulacji ceny dodatkowych robót budowlanych oraz kalkulacji waloryzacji w stawki minimalnej za roboczogodzinę stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego.
24. Jednocześnie może stanowić znaczące utrudnienie w realizacji zamówienia z uwagi na niemożność pozyskania wykonawców na podstawie stawek minimalnych.

Za PORR S.A.

  
Dariusz Wietrzyński  
Członek Zarządu

  
Michał Wójcicki  
Prezident


Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przestania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu;
- aktualny odpis z KRS PORR S.A.;
- Tabela. Zestawienie robót instalacyjnych będących przedmiotem zamówienia.



Załącznik nr 1. Zestawienie robót instalacyjnych objętych przedmiotem zamówienia.

Zakres robót instalacyjnych zgodnie z SWZ pkt 3.2 Warunek udziału w postępowaniu, zdolność techniczna i zawodowa:	Występowanie projektów instalacji zgodnie z Zał. nr 1 do SWZ- Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia:
➤ instalacja wewnętrzne sanitarne;	<p>występuje/ nie występuje:</p> <p>występuje</p> <p><b>Projekt wykonawczy - 2017: Instalacje sanitarne:</b> a) projekt instalacji zraszaczowej, Projekt instalacji C.O. i C.T. b) Przedmiary c) STWIOR</p> <p><b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne:</b> a) projekt instalacji zraszaczowej b) przedmiary</p>
➤ instalacja wentylacji mechanicznej;	<p>występuje</p> <p><b>Projekt wykonawczy - 2017: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji wentylacji mechanicznej b) Przedmiary c) STWIOR</p> <p><b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji wentylacji mechanicznej b) Przedmiary c) STWIOR</p>
➤ instalacja klimatyzacji;	<p>występuje</p> <p><b>Projekt wykonawczy - 2017: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji klimatyzacji b) Przedmiary c) STWIOR</p> <p><b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji klimatyzacji b) Przedmiary c) STWIOR</p>
➤ instalacja grzewcza;	<p>występuje</p> <p><b>Projekt wykonawczy - 2017: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji C.O. i C.T., Projekt węzła cieplnego b) Przedmiary c) STWIOR</p> <p><b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji C.O. i C.T.</p>

  
Dariusz Wietrzyński  
Członek Zarządu

  
Michał Wójcik  
Przedkurator

		b) Przedmiary c) STWiOR  <b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne węzła ciepłego</b> a) Przedmiary <b>Projekt wykonawczy – 2017: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji wodno-kanalizacyjnej b) Przedmiary c) STWiOR  <b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje sanitarne:</b> a) Projekt instalacji wodno-kanalizacyjnej b) Przedmiary c) STWiOR
➤ instalacja wod-kan;	występuje	
➤ instalacja elektryczna;	występuje	<b>Projekt wykonawczy – 2017: Instalacje elektryczne</b> a) Projekt wykonawczy instalacji elektrycznych – opis techniczny b) Projekt wykonawczy instalacji elektrycznych – część graficzna c) STWiOR d) Przedmiar robót  <b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje elektryczne</b> a) Projekt instalacji elektrycznych b) Specyfikacja STWiOR c) Przedmiar robót
➤ instalacja okablowania strukturalnego;	występuje	<b>Projekt wykonawczy – 2017: Instalacje telekomunikacyjne</b> a) Projekt wykonawczy instalacji okablowania strukturalnego OS b) Projekt wykonawczy systemu sygnalizacji włamania i napadu SSWiN c) Projekt wykonawczy systemu kontroli dostępu SKD d) Projekt wykonawczy systemu telewizji dozorowej CCTV i instalacji telewizji naziemnej i sanitarnej e) Projekt wykonawczy systemu sygnalizacji pożaru SSP f) Projekt wykonawczy instalacji BMS g) STWiOR h) Przedmiar robót
➤ instalacja CCTV – monitoring;	występuje	
➤ instalacja BMS – system zarządzania budynkiem;	występuje	
➤ instalacja SSP – system sygnalizacji pożaru;	występuje	
➤ instalacja SSWiN – system sygnalizacji włamania i napadu;	występuje	<b>Projekt wykonawczy zamienny 2020: Instalacje teletechniczne:</b> a) Projekt i okablowania strukturalnego OS b) Projekt telewizji CCTV c) Projekt kontroli dostępu KD d) Projekt systemu sygnalizacji włamania SSWiN e) Projekt systemu sygnalizacji pożaru

**Dariusz Wietrzyński**  
Członek Zarządu

**Michał Woźniak**  
Prokurent

		f) Projekt BMS g) Projekt STWIOR instalacji teletechnicznych h) Przedmiar instalacji teletechnicznych _____	
➤ system PSJM - (Physical Security Information Management) integrujący system zarządzania bezpieczeństwem;	nie występuje		

  
 Dariusz Wietrzyński  
 Członek Zarządu

  
 Michał Wójcicki  
 Prezydent