

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

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

**Siedziba**  
Adres Al. Solidarności 173,  
00 – 877 Warszawa, Polska  
Web [www.skanska.pl](http://www.skanska.pl)

Poznań, dnia 23 październik 2020 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego**  
**ul. Fredry 10, 61-701 Poznań**  
Adres do korespondencji: ul. Fredry 10, 61-701 Poznań  
Osoba do kontaktów: Dział Zamówień Publicznych: Sławomira Baranowska, Karolina Jendryca  
E-mail: [dzp@ump.edu.pl](mailto:dzp@ump.edu.pl)  
Tel.: +48 618546000

Przedmiot zamówienia **Budowa budynku Collegium Humanum – Centrum Badań nad Człowiekiem Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu na terenie zlokalizowanym pomiędzy ulicami Bukowską/Rokietnicką/Weigla/Polną wraz z zagospodarowaniem terenu oraz robotami towarzyszącymi**

Ogłoszenie o zamówieniu: **Dz.U./S S199 13/10/2020 481482-2020-PL**

Numer  
referencyjny: PN-78/20

## ODWOŁANIE wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

### I. Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (dalej: **PZP** lub **ustawa PZP**) wnoszę **odwołanie w toku w/w postępowania na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** (dalej: **SIWZ**), a także stanowiącą jej integralną część Załącznik nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” (dalej jako: **Umowa**).

### II. Zarzuty

**Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:**

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako kc), art. 654 kc, art. 632 kc, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 PZP, art. 14 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 – 3 PZP, art.-31 ust. 1 – 3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:
  - 1.1 poprzez uzależnienie odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia od usunięcia wszelkich wad i usterek (tzw. bezusterkowy odbiór) podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru robót od Wykonawcy i zapłata wynagrodzenia, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi;

- 1.2 zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych niezidentyfikowanymi ryzykami, co stanowi naruszenie zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia
  - 1.3 Wymagania od wykonawcy usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w Umowie, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia.
2. Art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:
- 2.1 Wprowadzeniu przez Zamawiającego do wzoru Umowy zbyt represyjnych reguł odpowiedzialności w zakresie kar umownych przejawiających się dużą ilością przypadków dla których zastrzeżone zostały kary umowne oraz zbyt dużą wysokością kar umownych, co narusza zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.
  - 2.2 naliczenia kar umownych za opóźnienie, a więc za niezawinione przez Wykonawcę okoliczności, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów, podczas gdy kara umowna jako instytucja prawa cywilnego (art. 484 § 2 kc) jest uzależniona od winy dłużnika (tu Wykonawcy);
  - 2.3 zaniechaniu wprowadzenia limitu kar umownych,
  - 2.4 wprowadzeniu postanowień umownych uniemożliwiających Wykonawcy skutecznego dochodzenia roszczeń wobec Zamawiającego nawet w przypadku spełnienia się przesłanek umownych.

### III. Wnioski

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

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

- a) **§ 6 ust 5 pkt 1) lit a. Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„W przypadku nieistotnych wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, Zamawiający dokona odbioru końcowego robót, oraz zażąda usunięcia tych wad, w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony, przy czym fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokołarnie ”,

- b) **§ 6 ust 7 Umowy, poprzez jego wykreślenie,**
- c) **§ 9 ust 9 Umowy poprzez jego wykreślenie,**
- d) **Wyeliminowanie z umowy pozostałych postanowień dot. odbioru warunkowego,**
- e) **§ 17 ust 4 Umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie usunąć na swój koszt wszelkie wady, za które odpowiada z tytułu gwarancji lub rękojmi, oraz wszelkie szkody powstałe w związku z tymi wadami, w terminie 14 dni od zgłoszenia przez Zamawiającego. Jeżeli usunięcie wady i/lub szkody nie będzie możliwe w tym terminie, Zamawiający wyznaczy inny odpowiedni termin uwzględniający charakter wady i/lub szkody, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady/szkody”

- f) **Pkt 5.3 Karty gwarancyjnej (załącznik nr 7 do SIWZ) w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„Gwarant zobowiązuje się do wykonania napraw w okresie gwarancji w najkrótszym możliwym terminie uwzględniającym techniczne możliwości ich usunięcia, jednak nie dłuższym, niż 14 dni od daty ich zgłoszenia przez Zamawiającego. Jeżeli usunięcie wady nie będzie możliwe w tym terminie, Zamawiający wyznaczy inny odpowiedni

termin uwzględniający charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady. W przypadku awarii, wad zagrażających awarią oraz wad uciążliwych – Gwarant przystąpi do usuwania awarii lub awarii w trybie natychmiastowym, a jeżeli z obiektywnych względów technicznych nie jest możliwe w tym trybie, to niezwłocznie po ustąpieniu przeszkody, jednak nie później niż w terminie 48 godzin od zgłoszenia. Przez „awarię” strony rozumieć będą zdarzenie o charakterze nagłym, stanowiące istotne zakłócenie w wykonanym obiekcie budowlanym, zagrażające powstaniem niebezpieczeństwa dla zdrowia lub życia osób, względnie mogące skutkować powstaniem szkody w mieniu”,

- g) pkt 2.9.1 (strona 37) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik 4 do SIWZ) poprzez wykreślenie słów:

*„a w przypadku doprowadzenia do awarii, do jej niezwłocznego usunięcia na własny koszt, w porozumieniu ze służbami technicznymi UMP”*,

- h) pkt. 1.4 (strona 2) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik 4 do SIWZ) poprzez wykreślenie słów:

*„Wszelkie zauważone podczas zleconych prac lub po ich zakończeniu usterki i uszkodzenia pobliskiej infrastruktury, co do których będzie zachodziło podejrzenie powstania w wyniku działalności Wykonawcy, a nie wpisane wcześniej do protokołu przekazania terenu, Wykonawca będzie zobowiązany naprawić na swój koszt”*,

- i) **§ 3 ust 5 pkt 1) Umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

*„Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie wystąpić do inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy i zajęcie stanowiska – wskazując na kolizje robót, różnice wytycznych lub inne rozbieżności w terminie 14 dni od ich stwierdzenia”*,

- j) **§ 4 ust 1 pkt 33 Umowy poprzez jego wykreślenie,**

lub alternatywnie wnoszę o nakazanie Zamawiającemu określenia szczegółowych informacji dotyczących sposobu i warunków korzystania z urządzeń w okresie gwarancji i rękojmi w zakresie umożliwiającym Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny materiałów eksploatacyjnych,

- k) **§ 7 ust 2 lit c) Umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień otrzyma nowe, następujące brzmienie:**

„Wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia”,

lub alternatywnie wnoszę o nakazanie Zamawiającemu określenia szczegółowych informacji dotyczących sposobu i warunków korzystania z urządzeń w okresie gwarancji i rękojmi w zakresie umożliwiającym Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny materiałów eksploatacyjnych,

- l) § 11 ust. 1 pkt. 2 i 3 Umowy w ten sposób, że dotychczasowa wysokość kar umownych zostanie obniżona z 0,25% wynagrodzenia umownego brutto do 0,025% wynagrodzenia umownego brutto,
- m) § 11 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13 i 15 w ten sposób, że kary umowne naliczane będą za każdy dzień zwłoki, a nie za każdy dzień opóźnienia,
- n) § 11 ust. 1 pkt. 10-16 poprzez wykreślenie tych postanowień
- o) Określenie w treści Umowy łącznego limitu wszystkich kar umownych na poziomie 10% wynagrodzenia umownego brutto,
- p) §10 ust 4 Umowy poprzez wykreślenie ostatniego zdania tj. słów:

„Wystąpienie którejkolwiek z okoliczności stanowiącej przesłankę zmiany umowy, nie rodzi po stronie Wykonawcy roszczenia lub jakiegokolwiek innej możliwości żądania dokonania zmiany umowy.”

, oraz

## 2. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

### IV. Interes we wniesieniu odwołania.

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

jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narażać na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na brak wynagrodzenia za roboty nie wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i nie wchodzące w zakres przedmiotu umowy

Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasadę uczciwej konkurencji.

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

## V. Termin na złożenie odwołania

Zamawiający w dniu 13 października 2020 roku zamieścił na stronie internetowej SIWZ, do której odnosi się niniejsze odwołanie, wobec powyższego odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminów ustawowych.

## Uzasadnienie

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani 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 .

---

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, A. Solidarności 173, 00-877 Warszawa, 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: 220 252 500,00 - opłacony w całości.

## 1. Zarzut dot. zasad odbiorowych (zarzut 1.1. odwołania)

Zgodnie z treścią § 6 ust 5 pkt 1) lit a. Umowy:

„Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) W przypadku wad nadających się do usunięcia, Zamawiający może odpowiednio:
  - a) W przypadku nieistotnych wad nie mających wpływu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a które Wykonawca usunie w terminie 10 dni roboczych, Zamawiający może dokonać odbioru warunkowego; niezwłocznie po wywiązaniu się przez Wykonawcę z powyższego obowiązku (tj. usunięcie wad) zostanie wyznaczony nowy termin odbioru końcowego”

W pierwszej kolejności zwracam uwagę, iż sam odbiór został nazwany przez Zamawiającego odbiorem warunkowym co sugeruje, że w przypadku nie usunięcia wad nieistotnych odbiór nie zostanie dokonany. Nadto Zamawiający wskazał, iż mimo odbioru warunkowego, po usunięciu wad nieistotnych zostanie wyznaczony nowy termin odbioru końcowego. Dodatkowo zgodnie z treścią § 6 ust 7 Umowy: „Czas trwania czynności Odbioru Końcowego Inwestycji wliczany jest do terminu zakończenia realizacji inwestycji, o którym mowa w §2 ust 1 pkt 2 umowy”

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że w przypadku stwierdzenia w chwili odbioru wad nieistotnych Zamawiający nie dokona odbioru przedmiotu umowy, a dodatkowo, istnienie takich wad, skutkować będzie naliczaniem kar umownych przewidzianych w §11 ust 1 pkt 2 i 4 umowy, oraz brakiem możliwości otrzymania całości wynagrodzenia przez Wykonawcę albowiem zgodnie z treścią § 9 ust 9 umowy w takim przypadku Wykonawca może wystawić fakturę jedynie na wartość 99% wynagrodzenia (przy czym warunki zwrotu 1% nie zostały wskazane w Umowie).

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 nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy oraz odmowy zapłaty wynagrodzenia w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru oraz zapłaty wynagrodzenia z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad wraz z ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku**



zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353(1) Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem 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:

- 1) *„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”*
- 2) Reasumując, należy przytoczyć także najnowsze orzecznictwo KIO (Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19), które potwierdza, że *„(...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)”*.

Takie ukształtowanie (jakże istotnych dla Wykonawcy) zasad dot. odbiorów godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w treści art. 7 pzp tj. zasadę przejrzystości i proporcjonalności.

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

2. Zarzut dot.: i) zobowiązania wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, (zarzut 1.2. odwołania) oraz ii) Wymagania od Wykonawcy

**usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w Umowie (zarzut 1.3. odwołania).**

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

Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękoma należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>1</sup>. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego<sup>2</sup>.

Przenosząc powyższe na niniejszy przetarg Zamawiający w postanowieniach Umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka, które w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występują, w szczególności ryzyko przypisania Wykonawcy obowiązku wykonania robót nieobjętych Dokumentacją Projektową i nie objętą opisem przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego, ale także postanowienia dotyczące nadmiernie wygórowanych zobowiązań Wykonawcy nie uzasadnionych celem i przedmiotem przetargu, związanych z obowiązkiem usuwania wad i usterek w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych w Umowie.

Po pierwsze, określenie sztywnego, stosunkowo krótkiego terminu na usunięcie wad oraz arbitralne uprawnienie Zamawiającego do określania terminu usuwania wad bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia przekracza dopuszczalną swobodę kontraktowania (art. 5 oraz art. 353(1) k.c.), gdyż wypacza istotę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej z ekwiwalentnymi świadczeniami jej stron, i góry zakłada, że w przypadku wystąpienia niektórych wad (np. w zakresie robót,

<sup>1</sup> Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17.

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

których technologia wykonania wymaga czasu przekraczającego 10 dni lub tych których usunięcie wiąże się z koniecznością zamówienia trudno dostępnych materiałów) Zamawiający będzie naliczał kary umowne, i to niezależnie od starań wykonawcy. Co więcej, w takiej sytuacji, obowiązkiem wykonawcy wynikającym w szczególności z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp byłoby uwzględnienie przedmiotowych kar umownych w swojej ofercie, przy czym z oczywistych przyczyn określenie wysokości tych kar umownych oraz uwzględnienie odpowiedniej kwoty w ofercie w dniu złożenia oferty nie jest możliwe.

Jednak najbardziej jaskrawym przykładem powyższych zarzutów są postanowienia:

- a) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. 4 do SIWZ):
  - a. pkt 2.9.1 (strona 37) zgodnie z którym *„...Roboty należy prowadzić zgodnie z projektem i normą N-SEP-E-004. Z uwagi na znaczne zagęszczenie sieci na terenie kampusu, niewykluczone jest, że mogą wystąpić podczas prowadzonych robót, instalacje niezainwentaryzowane na mapie. Zobowiązuje się Wykonawcę do zachowania należytej ostrożności, a w przypadku doprowadzenia do awarii, do jej niezwłocznego usunięcia na własny koszt, w porozumieniu ze służbami technicznymi UMP”*, oraz
  - b. pkt. 1.4 (strona 2) *„Wszelkie zauważone podczas zleconych prac lub po ich zakończeniu usterki i uszkodzenia pobliskiej infrastruktury, co do których będzie zachodziło podejrzenie powstania w wyniku działalności Wykonawcy, a nie wpisane wcześniej do protokołu przekazania terenu, Wykonawca będzie zobowiązany naprawić na swój koszt”*

Na podstawie ww. postanowień Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający przypisał Wykonawcy odpowiedzialność za niezidentyfikowane ryzyka związane z istniejącą infrastrukturą zewnętrzną oraz za ewentualne nieprawidłowości w opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Ponadto wobec braku pełnej informacji w ww. zakresie i jednoczesnego zobowiązania Wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z ww. zdarzeniami niepewnymi brak jest możliwości sporządzenia przez Oferentów konkurencyjnych i rzetelnych ofert.

- b) § 3 ust 5 pkt 1) Umowy zgodnie z którym Wykonawca ma obowiązek analizowania dokumentacji przed przystąpieniem do realizacji planowanego zakresu prac, a w przypadku stwierdzenia zaistnienia kolizji robót, różnic wytycznych lub innych rozbieżności w

opracowaniach składających się na opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie wystąpić do inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy i zajęcie stanowiska – wskazując na kolizje robót, różnice wytycznych lub inne rozbieżności z wyprzedzeniem co najmniej 30 dni przed terminem rozpoczęcia wykonywania określonego zakresu prac – zaniechanie tego obowiązku skutkować będzie wykonywaniem robót budowlanych na koszt i ryzyko Wykonawcy z utratą prawa do wnioskowania o zmianę terminu realizacji przedmiotu umowy”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż dochowanie wskazanego przez Zamawiającego terminu 30 dni przed rozpoczęciem wykonywania robót w większości przypadków nie będzie możliwe (choćby w odniesieniu do czynności które wykonawca ma wykonać w pierwszych 30 dniach trwania umowy lub przeszkód i kolizji napotkanych w trakcie realizowania robót). Ponadto takie ukształtowanie zasad, godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w treści art. 7 pzp tj. zasadę przejrzystości i proporcjonalności albowiem pozbawia oferentów możliwości oceny ryzyk i ewentualnych kosztów związanych z potencjalnym kolizjami, różnicami lub rozbieżnościami, a także jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 pzp, gdyż zwalnia Zamawiającego z ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert (Narusza przez to również art. 140 ust. 1 pzp).

- c) § 4 ust 1 pkt 33 Umowy oraz § 7 ust 2 lit c) Umowy zgodnie z którymi Wykonawca zobowiązany jest do wymiany materiałów eksploatacyjnych w urządzeniach, które to materiały eksploatacyjne winny być uwzględnione przez Wykonawcę w wynagrodzeniu, przy czym Zamawiający nie określił szczegółowych informacji w zakresie sposobu i warunków korzystania z tych urządzeń co uniemożliwia Oferentom sporządzenie prawidłowej wyceny tych materiałów.

Zdaniem Odwołującego takie nieprecyzyjne zapisy naruszają art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 31 ust. 1 pzp albowiem nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wycenę.

Takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego (a więc zarówno niedopuszczalne ryzyka, jak i nieprecyzyjny Opis Przedmiotu Zamówienia, a także sprzeczne postanowienia SIWZ) przekracza dopuszczalną swobodę kontraktowania (art. 5 oraz art. 353(1) k.c.), gdyż wypacza istotę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej z ekwiwalentnymi świadczeniami jej stron (art. 647 k.c.). W ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprawdzie rozszerzyć zakres

odpowiedzialności jednej z nich o ryzyka standardowo nie objęte tą odpowiedzialnością, ale jedynie w granicach określonych w art. 353(1) k.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku prawnego nie może być sprzeczny właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Natomiast zaskarżone postanowienia Umowy modyfikują zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 pzp, gdyż zwalnia Zamawiającego z ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert. Naruszają przez to również art. 140 ust. 1 pzp.

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

Stąd dla wyjaśnienia takich wątpliwości i uniknięcia nieuzasadnionych żądań Zamawiającego, Odwołujący wniósł o zmianę ww. postanowień Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

Powyższa propozycja Odwołującego jest uzasadniona, gdyż art. 647 kc określa co jest przedmiotem zamówienia na roboty budowlane. Tym przedmiotem jest obiekt. Definicję obiektu należy utożsamiać z definicją obiektu budowlanego - art. 2 pkt 5 d PZP, jak i art. 3 pkt 1 Pr. Bud. Obiekt ma być wykonany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (art. 647 kc). Projekt z art. 647 kc to dokumentacja projektowa przewidziana w art. 31 pzp.

Przywołane argumenty ukazują, że zaproponowana modyfikacja Umowy w sposób pełny i kompletny oddaje intencje ustawodawcy co do rozłożenia ryzyk i odpowiedzialności w umowach o zamówienie publiczne typu Buduj, a także w sposób racjonalny i zrównoważony chroni interesy obu stron umowy.

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

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

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

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

### **3. Zarzuty dot. postanowień Umowy w zakresie kar umownych i wprowadzenia postanowień umownych uniemożliwiających Wykonawcy skutecznego dochodzenia roszczeń (zarzut 2.1- 2.4 odwołania)**

#### **Zmniejszenie wysokości kar umownych, zbyt duża liczba kar umownych.**

Zamawiający w § 11 projektu Umowy przewidział bardzo dużą ilość kar umownych, jak i przewidział nałożenie kary umownej za różnego rodzaju zdarzenia (zachowania) w wysokości wygórowanej.

Niektóre ze zdarzeń (zachowań), co do których przewidziano kare umowną nie mają w ogóle żadnego związku, czy też wpływu na terminowość lub jakość wykonywania przedmiotu umowy lub zamawiający dysponuje innymi roszczeniami w tym zakresie np. wezwanie do usunięcia wady w związku z niezgodnością wbudowanych materiałów . Z kolei niektóre z kar umownych zostały zastrzeżone na bardzo wysokim poziomie relatywnie wysokim (zbyt wysokim) w stosunku do wysokości wynagrodzenia (0,25 %).

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 i wygórowanych kar umownych zbyt mocno obciążać na etapie wykonawstwa czy też rękojmi i gwarancji. Naruszeniem zasady proporcjonalności będzie również formułowanie postanowień umownych przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy profesjonalizmu, czemu służy, m.in.

wyznaczenie terminu na wykonanie przedmiotu umowy. Oprócz tego Zamawiający wyposażony jest w szereg środków dyscyplinujących, jak np. kary umowne, czy prawo odstąpienia od umowy, wykonawstwo zastępcze. Zbyt duża jednak liczba kar umownych, w dodatku małosłownych, drobiazgowych, niezwiązanych bezpośrednio z wykonaniem przedmiotu umowy, a także zbyt duża wysokość samych kar (ich surowość) nie prowadzi do zbudowania współpracy, poszanowania, lojalności i partnerstwa pomiędzy stronami. Nikt nie oczekuje, że Zamawiający pozbędzie się narzędzia w postaci kar umownych, jednak zbyt duża ich wysokość lub liczba może spowodować wrażenie, a w ostateczności w rzeczywistości doprowadzi do tego, że kara umowna nie będzie pełniła funkcji stymulacyjnej, a represyjną wobec Wykonawcy. Co więcej będzie elementem wzbogacenia Wykonawcy co jest niezgodne, zarówno z art. 484 § 2 kc, orzecznictwem, jak i pryncypialnymi zasadami zamówień publicznych<sup>3</sup>. Te z kolei za nadrzędny cel uznają realizację umowy zgodnie z prawem, w tym zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Dlatego takie uregulowania godzą w zasadę partnerstwa oraz współdziałania stron umowy.

**Mając powyższe na uwadze, a więc biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności, adekwatności, racjonalności, a także postulat współdziałania Stron umowy i partnerstwa oraz zasady współżycia społecznego zasadne i konieczne jest nakazanie Zamawiającemu zmian w tym zakresie, tzn. zmniejszenie wysokości kar umownych określonych we wnioskach, a także wykreślenie kar umownych również we wnioskach wskazanych.**

### **Postanowienia umowne uniemożliwiające Wykonawcy skuteczne dochodzenie roszczeń**

Zamawiający w § 10 ust. 4 Umowy wprowadził postanowienia, które uniemożliwiają Wykonawcy skuteczne dochodzenie roszczeń wobec Zamawiającego nawet w

<sup>3</sup> W kontekście bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego poprzez nałożenie i egzekwowanie kar umownych, warto przywołać wyr. SN 25.5.2007 r., I CSK 484/06, wyr. SA Katowice z 17.12.2008 r., V ACa 438/08,

wyrok KIO 1380/18 - Kara umowna powinna służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania należnego na zasadach ogólnych w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu (art. 471 k.c.), a nie prowadzić do sytuacji, w której wierzyciel uzyskuje korzyść (zarabia) na niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika;

wyr. SN z 18.04.2013 r., III CSK 247/12 - Słusznie zwraca uwagę Sąd Najwyższy, że przy dokonywaniu oceny wysokości kary umownej mogą wchodzić w grę "kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej w stosunku do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym).

przypadku spełnienia się przesłanek umownych. Otóż, taka regulacja czyni fikcyjnym zaproponowane przez Zamawiającego przesłanki zmiany umowy, na podstawie których dopuszczalna jest zmiana umowy. Zgodnie z ustawą Pzp, umowa może przewidywać przesłanki jej zmiany, wówczas razie zaistnienia takiej przesłanki strony mogą zmienić umowę. Jednakże wobec wprowadzenia do umowy postanowienia, które przewiduje brak uprawnienia lub roszczenia Wykonawcy do zmiany umowy, pomimo zaistnienia przesłanek do jej zmiany przewidzianych w treści Umowy fikcyjne stają się postanowienia przewidujące i opisujące przesłanki zmiany umowy (a więc kiedy umowa może być zmieniona). Jest to tym bardziej istotne, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że te przesłanki w przeważającej większości dotyczą głównie sytuacji Wykonawcy, gdyż ogniskują się wokół terminowości prac lub wynagrodzenia. Dotyczą więc tych elementów, które przed wszystkim dotyczą bezpośrednio Wykonawcę, budują jego pozycję wobec Zamawiającego, wpływają na rentowność kontraktu. Tymczasem Zamawiający takim postanowieniem (§ 10 ust. 4) próbuje pozbawić Wykonawcę należnych mu uprawnień, wynikających nie tylko z umowy (a więc już raz nadanych mu przez Zamawiającego), ale i częściowo (w pewnym zakresie) przez ustawę.

W zamówieniach publicznych bardzo mocno podnoszony jest postulat współdziałania (współpracy) obu stron umowy. Jak zatem oczekiwać współpracy od Wykonawcy, skoro na podstawie przepisów umowy jest on od razu stawiany w gorszej pozycji od Zamawiającego.

Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. I tak jak w przypadku nałożenia zbyt licznych i zbyt dolegliwych kar nie buduje atmosfery partnerstwa, współdziałania, lojalności.

Wobec powyższego zasadny jest wniosek o wykreślenie tego postanowienia.

### **Kary za opóźnienie**

Zgodnie z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., które zgodnie z ustalonym w literaturze i orzecznictwie poglądem mają zastosowanie do kar umownych, o których mowa w art. 483 § 1 k.c., dłużnik – w niniejszym przypadku Wykonawca - ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Tym samym co do zasady kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych (czy to wykonania zamówienia, czy to usuwania wad) powinny być ukształtowane jako kary umowne za zwłokę, które jest opóźnieniem zawinionym.

Oczywiście istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności także w szerszym zakresie, jednakże stosownie do treści art. 473 § 1 kc. wymaga to sprecyzowania okoliczności, których taka rozszerzona odpowiedzialność miałaby dotyczyć. A wzór Umowy takich okoliczności nie precyzuje. O ile więc Zamawiającemu co do zasady



przysługuje uprawnienie do wprowadzenia do wzoru – projektu umowy o wykonanie zamówienia publicznej sankcji w postaci kar umownych, o tyle nie powinny mieć one charakteru kar za opóźnienie tj. niedotrzymanie terminów umownych bez względu na przyczynę opóźnienia, w skrajnych przypadkach także z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Dlatego jeżeli chodzi o postanowienia wprowadzające karę umowną za opóźnienie, a nie winę, to zgodnie z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., dłużnik – w niniejszym przypadku Wykonawca - ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy.

**Wobec czego nie jest zasadne wprowadzanie kar umownych za opóźnienie, a więc niezależne od Wykonawcy niedotrzymanie terminów.** Odnośnie tego zagadnienia należy odnieść się do obszernych, ale jakże trafnych rozważań zawartych w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14.09.2017 r., I ACa 309/17. Sąd ten wskazał, że:

„W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 KC. Kara umowna stanowi bowiem formę odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. **Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa** (vide wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 26 stycznia 2011 roku II CSK 318/10, z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10, z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008/B/44, z dnia 11 marca 2004 roku V CSK 369/03, z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01, z dnia 11 lutego 1999 r. III CKN 166/98, z dnia 27 stycznia 1972 r. I CR 458/71, OSNCP 1972/9/160, z dnia 2 czerwca 1970 r. II CR 167/70, OSNCP 1970/11/214, z dnia 19 lutego 1969 roku I CR 580/69, z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67) (...).

Dlatego też tego typu postanowienia Projektu Umowy nie mieszczą się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353<sup>1</sup> kc. oraz art. 5 kc., gdyż naruszają zasady współzycia społecznego.

---

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, A. Solidarności 173, 00-877 Warszawa, 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: 220 252 500,00 - opłacony w całości.

### **Brak limitu kar umownych**

Zamawiający nie przewidział w Umowie limitu (ograniczenia) kar umownych zaproponowanych (wylistowanych) w Umowie.

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

**Wykonawca zwraca uwagę na okoliczność, iż wymóg limitu kar umownych będzie obowiązkowy w nowej ustawie Pzp, która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 roku.**

Po drugie, zgodnie z ugruntowaną już linią orzecniczą – zarówno Sądu Najwyższego, jak i sądów apelacji poznańskiej – brak limitu kar umownych wpływa na nieważność postanowień umownych w zakresie kar.

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14: Brak określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16: Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

- a także inne wyroki Sądu Okręgowego w Poznaniu: sygn. akt XVIII 1474/17 z 4.5.2018 r., sygn. akt XII C 235/17 z 14.5.2018 r., sygn. akt XVIII C z 30.10.2017 r.

## VI. Podsumowanie

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

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

KIO w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO 1711/13 dostrzega, iż:  
*Zamawiający nie może wymagać aby oferta wykonawcy polegała na „ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynąć na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych w art. 7 ust. 1 Ustawy.”*

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

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

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

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