

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

**Skanska S.A.**  
Budownictwo Ogólne  
Obszar Warszawa – Mieszkaninowy i Łódź  
Adres Al. Solidarności 173,  
00 – 877 Warszawa, Polska  
tel. + 48 22 561 23 00  
faks + 48 22 560 83 14  
Web [www.skanska.pl](http://www.skanska.pl)

Warszawa, dnia 15.07.2024 r.

Zamawiający:	<b>UNIwersytet Medyczny w Łodzi</b> <b>90-419 Łódź, al. Kościuszki 4</b> REGON: 473073308 NIP: 725-18-43-739 e-mail: <a href="mailto:janusz.kokoszko@umed.lodz.pl">janusz.kokoszko@umed.lodz.pl</a>
Odwołujący:	<b>SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie</b> Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa KRS: 0000033102, NIP: 7780001070 Adres do korespondencji: Al. Solidarności 173, 00 – 877 Warszawa, Polska Numer telefonu: 48 22 561 23 00 e – mail: <a href="mailto:Beata.Becker@skanska.pl">Beata.Becker@skanska.pl</a> <a href="mailto:Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl">Andrzej.Stankiewicz@skanska.pl</a>
Przedmiot zamówienia:	Roboty budowlane polegające na budowie Strefy Nauki i Wymiany Wiedzy oraz termomodernizacji budynku Centrum Dydaktycznego, Auli Północnej, Wschodniej i Zachodniej oraz zadaniem patio wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz dostawami.
Ogłoszenie o zamówieniu:	Numer publikacji ogłoszenia: 396426-2024 Numer wydania Dz.U. S: 128/2024 Data publikacji: 03/07/2024
Numer postępowania (wewnętrzny identyfikator)	ZP/68/2024

**Dotyczy:** *Roboty budowlane polegające na budowie Strefy Nauki i Wymiany Wiedzy oraz termomodernizacji budynku Centrum Dydaktycznego, Auli Północnej, Wschodniej i Zachodniej oraz zadaniem patio wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz dostawami*

## ODWOŁANIE od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

### Spis treści:

I. ODWOŁANIE.....	2
II. TERMIN NA ZŁOŻENIE ODWOŁANIA. ....	2
III. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA. ....	3
IV. ZARZUTY (WSKAZANIE PRZEPISÓW, KTÓRE NARUSZYŁ ZAMAWIAJĄCY). ....	3
V. UZASADNIENIE WRAZ Z WNIOSKAMI (WSKAZANIE ŻĄDAŃ ODWOŁUJĄCEGO). ....	5
A. UWAGI OGÓLNE – NARUSZENIE ZASAD POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	5
B. OPISANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB NIEJEDNOZNACZNY I NIEWYCZERPUJĄCY. NARUSZENIE ZASAD ZAPEWNIENIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, PRZEJRZYŚCISCI, PROPORCJONALNOŚCI, ZAPEWNIENIA PRECYZYJNEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.....	6
C. WNIOSKI I UZASADNIENIE DO KONKRETNÝCH POSTANOWIEŃ UMOWNÝCH.....	11
VI. PODSUMOWANIE.....	17

### I. Odwołanie.

Działając w imieniu SKANSKA S.A., zwaną dalej Odwołującym lub Wykonawcą, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) dalej jako „ustawa Pzp” albo „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia Załącznika nr 3 do SWZ wzór umowy (dalej jako „umowa” lub „Umowa”), w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

### II. Termin na złożenie odwołania.

Zamawiający w dniu 03.07.2024 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (witryna TED) co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu.

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

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

### III. Interes we wniesieniu odwołania.

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

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

Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na brak wynagrodzenia za roboty wykonane z drobnymi, nieistotnymi usterkami.

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

**Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc, 484 § 1 i 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 pkt 3 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP, 433 pkt 1) i 3) PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na**

obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co prowadzi do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji poprzez:

- 1) Uprawnienie Zamawiającego do wprowadzenia zastępczego wykonawstwa na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy bez względu na przyczyny opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy, a więc niezależnie od tego czy są to okoliczności zawinione przez Wykonawcę czy niezawinione [§ 3 ust. 6 umowy], co prowadzi do nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności za:
  - a) okoliczności niezawinione przez niego, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 1) pzp bez szczególnego uzasadnienia Zamawiającego,
  - b) a nawet za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3) pzp,a w konsekwencji obie te przesłanki prowadzą do nałożenia na Wykonawcę obowiązku wzięcia pod uwagę okoliczności, których nie jest w stanie ocenić, ani wycenić, co obok wprowadzenia do wzoru umowy **postanowień wprost zakazanych przez ustawę pzp**, stanowi również zarzut **braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia**.
- 2) Zastrzeżenie kary umownej w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane w innych postanowieniach dot. kar umownych [§ 15 ust. 1 lit. n) umowy], w dodatku w kwocie 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto, co:
  - a) jest niezgodne z karą umowną jako taką, której sprecyzowanie, a więc określenie zobowiązania za jakie jest nakładane jest niezbędnym elementem do jej ważności,
  - b) stanowi rażąco wygórowaną karę umowną, zważywszy, że pozostaje do swobodnego uznania Zamawiającego nałożenie kary umownej za jakiegokolwiek nienależyte wykonanie warunków umowy,
  - c) może prowadzić do karania Wykonawcy za okoliczności: (i) niezawinione przez niego, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 1) pzp bez szczególnego uzasadnienia Zamawiającego, (ii) za zachowania niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, co jest niezgodne z art. 433 pkt 2) pzp, (iii) a nawet za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3) pzp,co obok wprowadzenia do wzoru umowy postanowień niezgodnych z kodeksem cywilnym, **postanowień wprost zakazanych przez ustawę pzp**, stanowi również zarzut **braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia**.

- 3) Zastrzeżenie kary umownej za obowiązki dotyczące okresu po odstąpieniu od umowy w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia umownego brutto [§ 15 ust. 1 lit. j) umowy], co:
  - a) może prowadzić do karania Wykonawcy za okoliczności: (i) niezawinione przez niego, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 1) pzp bez szczególnego uzasadnienia Zamawiającego, (ii) za zachowania niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, co jest niezgodne z art. 433 pkt 2) pzp, (iii) a nawet za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3) pzp, co obok wprowadzenia do wzoru umowy postanowień niezgodnych z kodeksem cywilnym, postanowień wprost zakazanych przez ustawę pzp, stanowi również zarzut braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.
  - b) Wprowadza karę umowną rażąco wysoką.
- 4) Wprowadzenie limitu kar umownych w wysokości 30 % wartości wynagrodzenia brutto umowy, co jest bardzo wysokim poziomem zważywszy na tego rodzaju inwestycję, biorąc pod uwagę inne podobne inwestycje tego samego Zamawiającego [§ 15 ust. 7 umowy].

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

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

Stosownie do art. 8 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

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

sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

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

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie przywołanych powyżej przepisów, tj. art. 647 kc, art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc, 484 § 1 i 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 pkt 3 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP, 433 pkt 1) i 3) PZP poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, **zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego**, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na **obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy** przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości.

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

**B. Opisane przedmioty zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Naruszenie zasad zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.**

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

Elementem **zasady przejrzystości** jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny,

precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg”<sup>1</sup>.

Nadto, Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>2</sup>. **Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności** będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez **wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego**<sup>3</sup>. Istotą generalnej zasady zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia<sup>4</sup>. **Zasada proporcjonalności** przejawia się na niemal wszystkich etapach związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia i wskazuje na konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców<sup>5</sup>

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień Umowy **przerzucił na Wykonawcę ryzyka**, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych

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

<sup>2</sup> Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17.

<sup>3</sup> D. Ziemiński, *Zasada proporcjonalności*, „ZAMAWIAJĄCY. Zamówienia publiczne w praktyce” 2017, nr 22, s. 20.

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

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

praw i obowiązków narusza art. 16<sup>6</sup> i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Za Ewą Wiktorowską<sup>7</sup> cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności **do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych**. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że **współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać**”.

Zdaniem J. Jerzykowskiego<sup>8</sup> przepis ten (art. 431 PZP) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako **wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy**

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

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

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



**prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela** (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) **oraz dłużnika** (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).”

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego<sup>9</sup>, że art. 431 PZP ma także **wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.**

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

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

Dlatego w tym względzie w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy i poglądy doktryny w kwestii postulatu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. **Praktykę, polegającą na opisywaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, które nie są określone nawet co do kategorii należy uznać za niedopuszczalną (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.).**

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

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia<sup>10</sup>. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie **wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co**

<sup>9</sup> Tamże;

<sup>10</sup> Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15.

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

do przedmiotu zamówienia, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia<sup>11</sup>.

Wreszcie **Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań powódki w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie**. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r., I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. [obecnie art. 99 ust. 1 pzp – przypis autora odwołania] nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

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

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

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

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

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

---

<sup>11</sup> Wyrok KIO z 6.7.2015, KIO 1332/15.

### C. Wnioski i uzasadnienie do konkretnych postanowień umownych.

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

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

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

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

##### 1.1. Umowy w § 3 ust. 6 umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:

*W przypadku niewykonania przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie lub popadnięcie przez Wykonawcę w ~~zwłokę~~ opóźnienie tak dalece, iż wykonanie całego przedmiotu umowy w ustalonym terminie nie jest prawdopodobne, Zamawiający po uprzednim odstąpieniu od umowy w całości lub w części może powierzyć wykonanie dalszych prac innemu wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy. Uprawnienie takie nie będzie Zamawiającemu przysługiwało, gdy niewykonanie przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie nastąpi na polecenie Zamawiającego.*

#### Uzasadnienie.

Jak częściowo zostało przedstawione w zarzutach, tak sformułowane uprawnienie Zamawiającego do wprowadzenia zastępczego wykonawstwa na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy może nastąpić bez względu na przyczyny opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy, a więc niezależnie od tego czy są to okoliczności zawinione przez Wykonawcę czy niezawinione. Już samo to prowadzi do nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności niezawinione przez niego, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 1) pzp bez szczególnego uzasadnienia Zamawiającego. Art. 433 pkt 1) pzp, brzmi: *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.* Nie ma tymczasem żadnych okoliczności uzasadniających rozszerzenie typowej, ustawowej odpowiedzialności Wykonawcy.

Dodatkowo zaskarżone wprowadza możliwość rozciągnięcia odpowiedzialności na Wykonawcę nawet za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3) pzp (*Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający*).

W dodatku zastępcze wykonawstwo miałyby zostać wprowadzone nie tylko na koszt, ale i niebezpieczeństwo Wykonawcy. Nie powoduje, że zaskarżone postanowienie jest

zgodne z przepisami ustawy ostatnie zdanie § 3 ust. 3, mianowicie, że „Uprawnienie takie nie będzie Zamawiającemu przysługiwało, gdy niewykonanie przedmiotu umowy lub któregośkolwiek z jego etapów w ustalonym terminie nastąpi na polecenie Zamawiającego”. Tylko w niewielkim stopniu poprawia to sytuację Wykonawcy, mianowicie wyłącza z zakresu opóźnienia (a więc niezawinionych przez Wykonawcę okoliczności, okoliczności za które wyłącznie odpowiada Zamawiający, czyli np. jego umyślne działanie, ale niekoniecznie jego polecenie) opóźnienia, które powstały na skutek poleceń Zamawiającego. Szerzej o zasadzie winy w odpowiedzialności dłużnika w pkt 3 wniosku nr 1.2 dot. § 15 ust. 1 lit n) umowy.

Zaskarżone postanowienia mają jeszcze jeden skutek. Oprócz tego, że są wprost niezgodne z przepisami ustawy pzp, to w dodatku prowadzą do nałożenia na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk, nie dających się przewidzieć. To z kolei prowadzi do tego, że zasada przejrzystości postępowania, która ma wpływ na postulat opisanego przedmiotu zamówienia również zostaje naruszona. Za ryzyka niemożliwe do wycenienia należy bowiem uznać ryzyka, które **mogą zaistnieć niezależnie od Wykonawcy, dlatego nie są możliwe do oceny, a co za tym idzie do wycenienia – a takie sytuacje są przewidziane zaskarżonymi postanowieniami umowy.** Tym samym stanowi to również o zarzucie braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, naruszenia zasady przejrzystości oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji (por. str. 6 odwołania).

### 1.2. Umowy w § 15 ust. 1 lit. n) Umowy poprzez usunięcie tego postanowienia,

~~n) — w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 5% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy.~~

**Ewentualnie tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

n) w przypadku **zawinionego przez Wykonawcę** nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy.

### Uzasadnienie.

1.

W pierwszej kolejności Wykonawca wskazuje, że istota kary umownej wyraża się poprzez konkretne określenie zobowiązania, za którego niewykonanie albo nienależyte wykonanie kara umowna może być nałożona.

Art. 484 § 1 kc stanowi, że : *W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.*

Nie można nakładać na dłużnika zagrożenia karą umowną za bardzo ogólne i niesprecyzowane postępowanie, którego zakres jest w istocie nieograniczony. Zamawiający chcąc sankcjonować określone nieodpowiednie zachowanie Wykonawcy karą umowną powinien je określić, a nie umieszczać w niedoprecyzowanym zbiorze. W skrajnych przypadkach takie zastrzeżenie kary umownej może doprowadzić do tego, że każde nienależyte wykonanie umowy lub jej warunków, za które nie jest przewidziana (inna) kara umowna, może być sankcjonowane wymienioną w tym punkcie karą umowną.

2.

Po drugie, tak sformułowana kara umowna **może naruszać** (może – bo w rzeczywistości nie wiemy za co i kiedy Zamawiający będzie ją stosował, co wynika z nieprecyzyjnego i nieprzejrzystego sposobu jej określenia, co obciąża Zamawiającego, por. s. 6-8 odwołania) **art. 433 pkt 2) pzp, który stanowi, że: *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;***

Otóż należy odróżnić przedmiot umowy od umowy i jej warunków.

Przedmiotem umowy zgodnie z § 1 [Przedmiot zamówienia] ust. 1 umowy są „*roboty budowlane polegające na budowie Strefy Nauki i Wymiany Wiedzy oraz termomodernizacji budynku Centrum Dydaktycznego, Auli Północnej, Wschodniej i Zachodniej oraz zadaszeniem patio wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz dostawami. (Akronim niniejszej umowy: Strefa)*”

Z kolei przykładem postanowienia umownego, które nie jest związane z przedmiotem umowy jest § 24 ust. 4 umowy, o treści: „*Wykonawca nie może, bez zgody Zamawiającego udzielonej na piśmie pod rygorem nieważności, dokonać przelewu praw (w tym wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia) ani obowiązków wynikających z niniejszej umowy na rzecz osób trzecich*”.

Za pozostające bez żadnego związku z przedmiotem zamówienia i ewentualnymi uchybieniami wynikającymi z realizacji umowy KIO uznała w wyroku z 27.03.2014 r., KIO 487/14, LEX nr 1455085, kary za złamanie przez wykonawcę zakazu przeniesienia na osobę trzecią wierzytelności wynikających z zawartej umowy bez pisemnej zgody zamawiającego.” [E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 433.]

3.

Na podstawie art. 471 kc, który stanowi, że „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi” **wprowadzona została zasada winy w stosunku do odpowiedzialności dłużnika**. W związku z czym przesłanką roszczenia o karę umowną jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. To zaś jest przedmiotem domniemania prawnego (art. 483 kc wprowadzający karę umowną w zw. z art. 471 kc).

Zaskarżone postanowienie prowadzi do nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności niezawinione przez niego, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 1) pzp, jak i wprowadza możliwość rozciągnięcia odpowiedzialności na Wykonawcę nawet za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3) pzp (szerzej o tym przy pkt 1.1. wniosku dot. § 3 ust. 6 umowy).

Powołując się na poglądy doktryny [E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 433.] należy zaznaczyć, że odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania można w umowie wyłączyć, ograniczyć lub rozszerzyć. Granice swobody stron wyznacza przede wszystkim art. 473 k.c. „W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinnyść zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego **nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu**. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych”.

Mając to na uwadze – niezależnie od innych argumentów przeciwko zaskarżonemu postanowieniu umownemu – zasadne jest, aby przesądzić, iż nawet gdyby zaskarżone postanowienie pozostało we wzorze umowy, to aby odpowiedzialność Wykonawcy obejmowała standardowe typowe okoliczności, zgodnie z zasadą winy, a nie było rozszerzone na okoliczności niezależne od Wykonawcy.

4.

Po wtóre, wysokość kary umownej w zaskarżonym postanowieniu stanowi 5 % wartości wynagrodzenia brutto, jest zatem **rażąco wygórowaną karą**, zważywszy że Zamawiający ją zastrzegł „w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej”. A zatem nawet za jakiegokolwiek, niewielkie nienależyte wykonanie

umowy Zamawiający będzie uprawniony to nałożenia kary umownej i to w wysokości 5 % wartości wynagrodzenia. Jest to połowa wartości najbardziej dolegliwej kary umownej, tj. za odstąpienia od umowy. W dodatku w połączeniu z tym, że nie wiadomo za jakie dokładnie zachowanie może być nałożona, tak określona kara umowna narusza przepisy ustawy kodeks cywilny (art. 484 § 1 kc), jak i zamówień publicznych (art. 16 pkt 2 i 3 pzp – zasada przejrzystości i proporcjonalności ustawa pzp).

W związku z powyższym, na potwierdzenie powyższych tezy o rażąco wysokiej karze wymaga przywołania wyżej cytowany fragment w pkt 3 niniejszego wniosku dot. zaskarżonego § 16 ust. 1 lit. n) umowy.

*„Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych”.*

### **1.3. Umowy w § 15 ust. 1 lit. j) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień § 16 ust. 3 - z wyjątkiem uchybienia terminowi, o którym mowa w § 16 ust. 3 lit d) - karę umowną w wysokości ~~10~~ **0,1** % wartości brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazanej w § 8 ust. 1 umowy, **za każdy dzień zwłoki liczone od dnia następnego po upływie tego terminu do dnia wykonania przewidzianego zakresu działania;***

### **Uzasadnienie.**

Zamawiający przewidział w § 16 ust. 3 szereg obowiązków obciążających Wykonawcę na wypadek odstąpienia od umowy albo wstrzymania robót.

Wykonawca nie neguje tych powinności, jednakże nie zgadza się z karami umownymi przewidzianymi za uchybienia tym obowiązkom.

W pierwszej kolejności wskazuję, że kara umowna nie powinna być nałożona za uchybienie tym obowiązkom niezależnie od tego z powodu jakich okoliczności doszło do uchybienia tym obowiązkom, w szczególności niezależnie od winy Wykonawcy, jak i niezależnie od tego czy nastąpiło to z okoliczności obciążających Zamawiającego. Dopuszczenie stosowania kar umownych także w przypadku takich okoliczności narusza przepisy ustawy Pzp, tj. art. 433 pkt 1 – 3 pzp.

Zgodnie z art. 433 pzp *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;*
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;*

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

Niepowielając niepotrzebnie tej samej argumentacji do każdego z powyższych punktów art. 433 pzp odwołuję się niniejszym do argumentacji zawartej we wnioskach powyżej, tj. we wniosku 1.1 (str.11 odwołania) i we wniosku 1.2 jego pkt 2 i 3 (str. 12-14 odwołania).

Z tych względów konieczna i uzasadniona jest zmiana polegająca na wprowadzeniu zasady winy poprzez określenie niedotrzymania terminu jako zwłoki.

Co nie zostało ujęte w przywołanych powyżej wnioskach i argumentacji, a zostanie poniżej wskazane, to uzupełnienie uzasadnienia naruszenia przez § 15 ust. 1 lit. j) umowy art. 433 pkt 2) pzp.

Skoro Zamawiający przewidział w § 16 ust. 3 *ab initio* („W przypadku odstąpienia od umowy w całości...”) umowy odstąpienie od umowy w całości, to w takim zakresie nie będą pozostawały w związku z przedmiotem umowy obowiązki wymienione w § 16 ust. 3 lit. a) – e). Odstąpienie od umowy w całości powoduje, że przyjmuje się, iż umowa nie istnieje, jakby nigdy nie została zawarta, złożone oświadczenia wywołują skutek wsteczny (*ex tunc*). W związku z tym nie ma już przedmiotu umowy, a skoro tak, to nie ma również związku sankcjonowanych karą umowną zachowań z przedmiotem umowy lub jego wykonaniem. Analogicznie w przypadku odstąpienia od umowy w części, powyższe rozważania będą miały zastosowanie do tej części umowy, której odstąpienie dotyczyło.

W drugiej kolejności, zastrzeżona kara umowna jest rażąco wysoka, bowiem Zamawiający określił ją na 10 % wartości brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazanej w § 8 ust. 1 umowy. Jest to kara umowna w wysokości jaka została zastrzeżona dla odstąpienia od umowy. Potęguje argument o rażącym charakterze kary z § 15 ust. 1 lit. j) fakt, że zastrzeżona została dla powinności Wykonawcy po odstąpieniu od Umowy. A więc może się zdarzyć, że jej nałożenie (jedne z nich) poprzedzać będzie albo będzie związana kara umowna za odstąpienie od umowy § 15 ust. 1 lit. b) umowy.

Wreszcie co wymaga podkreślenia Zamawiający, niezależnie od kar umownych, nadal posiada instrumenty prawne do wyegzekwowania opisanych w § 16 ust. 3 umowy obowiązków wykonawcy po odstąpieniu od umowy.

#### **1.4.Umowy w § 15 ust. 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie:**

*Wprowadza się maksymalną wysokość kwoty kar umownych, jaką Zamawiający może obciążyć Wykonawcę, na poziomie 30% 20 % wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, wskazanego w § 8 ust. 1.*

#### **Uzasadnienie.**

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



Aktualne brzmienie tego postanowienia znacząco przewyższa standardy w zamówieniach publicznych, gdzie limity kar wahają się w przedziale od 10 do 20 %, nawet u Zamawiającego prowadzącego niniejsze postępowanie przetargowe.

Zważywszy, że kara umowna przewidziana za odstąpienie od umowy wynosi 10 % wartości wynagrodzenia (§ 15 ust. 1 lit. b) umowy), a § 15 ust. 4 umowy dopuszcza kumulację kar umownych za to limit kar w wysokości 20 % nadal jest rzeczywistym zabezpieczeniem Zamawiającego.

Poza tym, ten sam Zamawiający w postępowaniu, w którym przedmiotem były roboty budowlane polegające na dokończeniu budowy Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu budowy Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz dostawami (Akronim niniejszej umowy: CKD2-R), dla którego to postępowania zawarto aktualnie realizowaną umowę nr ZP/90/2023 z 07 maja 2024 roku w § 15 ust. 7 tej umowy wprowadził **limit kar na poziomie 20 %** wartości wynagrodzenia brutto.

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

### VI. Podsumowanie.

Wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 PZP, art. 431 PZP i 433 pkt 1 – 3 PZP i zasad nich wypływających.

Bowiem zasady wyrażone w art. 16 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. **Zakres robót i świadczeń – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.**

KIO w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO 1711/13 dostrzega, iż [art. 7 poprzedniej ustawy PZP można traktować jako odpowiednik art. 16 PZP]:

Zamawiający nie może wymagać aby oferta wykonawcy polegała na „ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich

widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych w art. 7 ust. 1 Ustawy.”

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 16 PZP – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, **ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia**. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerzuceniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

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

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

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