

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

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

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

Poznań, dnia 22 czerwca 2020 r.

Odwołujący:

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

Zamawiający:

**Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera
Uniwersytetu Medycznego im. Karola
Marcinkowskiego w Poznaniu**
ul. Szpitalna 27/33
60-572 Poznań
krajowy numer identyfikacyjny 00028886300000
e-mail: przetargi@skp.ump.edu.pl

Przedmiot
zamówienia:

„Zadanie nr 1: Przebudowa i rozbudowa Budynku
Głównego dla potrzeb Oddziału
Gastroenterologicznego Szpitala Klinicznego im. K.
Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. K.
Marcinkowskiego w Poznaniu (ul. Szpitalna 27/33,
60-572 Poznań);
Zadanie nr 2: Przebudowa pomieszczeń Budynku
Głównego na Bloki Operacyjne i Oddziały
Poooperacyjne Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera
Uniwersytetu Medycznego
im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu
(ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań)”,
w Szpitalu Klinicznym im. K. Jonschera UM w
Poznaniu

Ogłoszenie o
zamówieniu:

Ogłoszenie nr 549681-N-2020 z dnia 2020-06-15 r.

Numer
referencyjny:

PN 16/20

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), w tym stanowiących jej integralną część:

1. „Projekt Umowy” (dalej: Umowa),
2. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, ST-01.01 Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne.

II. Zarzuty

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego („kc”), art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, 5 kc w związku z art. 7 ust. 1 PZP, 14 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 – 3 PZP, 31 ust. 1 – 3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 PZP, poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań SIWZ wskazanych odpowiednio w wymienionych poniżej jednostkach redakcyjnych, które pozostają w sprzeczności z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie uprawniony do:

- a) zobowiązania Wykonawcy do wykonania w ramach ryczałtowego wynagrodzenia robót nie objętych dokumentacją przetargową, wskazaną w Umowie, czyli wykonania robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych niezidentyfikowanymi ryzykami, a także postanowienia SIWZ, dotyczące przedmiotu zamówienia, które stanowią o naruszeniu zasad proporcjonalności (racjonalności), przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyk, uczciwego kontraktowania (postępowania) i słuszności kontraktowej, naruszeniu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia;
- b) wprowadzenia bezusterkowego odbioru, a w związku z tym nieuprawnione uzależnienie od bezusterkowego odbioru:
 - i) odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi;
 - ii) zapłaty z powodu braku bezusterkowego odbioru podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest odbiór prac i zapłata za wykonane roboty;
- c) naliczenia kar umownych bez górnego limitu, braku możliwości naliczenia przez Wykonawcę kary umownej za odstąpienie przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn obciążających Zamawiającego, przy jednoczesnym takim uprawnieniu dla Zamawiającego, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania, wypaczeniu postulatu równości stron umowy o roboty budowlanego i nieuprawnionym uprzywilejowaniu Zamawiającego wobec Wykonawcy.

III. Wnioski

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Odwołujący wnosi o:

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

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.

1.1. § 3 ust. 1 i 2 Umowy, w ten sposób, że dotychczasowa treść tych postanowień:

„ust. 1 Zadanie 1: Przebudowa i Rozbudowa Budynku Głównego dla potrzeb Oddziału Gastroenterologicznego Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań” ... PLN brutto (słownie: ... złotych .../100), wynikającej z przyjętej oferty.

Powyższa kwota obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, opłaty, ubezpieczenia terenu budowy, a także należny podatek VAT.

W ramach tej kwoty Wykonawca wykonuje całość robót objętych dokumentacją projektową oraz wszelkie inne niezbędne prace, konieczne do wykonania zadania (np. wynikające z technologii robót).”

„ust. 2 Zadanie 2: Przebudowa pomieszczeń Budynku Głównego na Bloki Operacyjne i Oddziały Pooperacyjne Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań” ... PLN brutto (słownie: ... złotych .../100), wynikającej z przyjętej oferty.

Powyższa kwota obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, opłaty, ubezpieczenia terenu budowy, a także należny podatek VAT.

W ramach tej kwoty Wykonawca wykonuje całość robót objętych dokumentacją projektową oraz wszelkie inne niezbędne prace, konieczne do wykonania zadania (np. wynikające z technologii robót).”

Wykonawca wskazuje na:

Nieprecyzyjne postanowienia umowne, a co za tym idzie nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co prowadzi do możliwości przypisania Wykonawcy zobowiązań nie objętych przedmiotem zamówienia, niewynikających z opisu przedmiotu zamówienia, (w tym także) dokumentacji projektowej.

Otrzyma nowe brzmienie:

„ust. 1 Zadanie 1: Przebudowa i Rozbudowa Budynku Głównego dla potrzeb Oddziału Gastroenterologicznego Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań” ... PLN brutto (słownie: ... złotych .../100), wynikającej z przyjętej oferty.

Powyższa kwota obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, opłaty, ubezpieczenia terenu budowy, a także należny podatek VAT.

W ramach tej kwoty Wykonawca wykonuje całość robót objętych dokumentacją składającą się na przedmiot umowy określonej w § 1 ust. 2 Umowy”. ~~dokumentacją projektową oraz wszelkie inne niezbędne prace, konieczne do wykonania zadania (np. wynikające z technologii robót).”~~

„ust. 2 Zadanie 2: Przebudowa pomieszczeń Budynku Głównego na Bloki Operacyjne i Oddziały Pooperacyjne Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Szpitalna 27/33, 60-572 Poznań” ... PLN brutto (słownie: ... złotych .../100), wynikającej z przyjętej oferty.

Powyższa kwota obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, opłaty, ubezpieczenia terenu budowy, a także należny podatek VAT.

W ramach tej kwoty Wykonawca wykonuje całość robót objętych **dokumentacją składającą się na przedmiot umowy określoną w § 1 ust. 2 Umowy**” ~~dokumentacją projektową oraz wszelkie inne niezbędne prace, konieczne do wykonania zadania (np. wynikające z technologii robót).”~~

1.2. Pkt 1.4.7. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, ST-01.01 Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne (s. 24) w ten sposób, że:

1.2.1. pierwsze zdanie pkt 1.4.7. (Ochrona własności publicznej i prywatnej) ulegnie zmianie w ten sposób, że będzie miało następujące zmienione brzmienie:

„Wykonawca odpowiada za ochronę instalacji na powierzchni ziemi i urządzeń podziemnych, takie jak rurociągi, kable, itp. wynikających z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego”.

1.2.2. ulegnie wykreśleniu zdanie 3 pkt 1.4.7. (Ochrona własności publicznej i prywatnej) tego punktu o treści:

~~„Wykonawca zobowiązany jest umieścić w swoim harmonogramie rezerwę czasową dla wszelkiego rodzaju robót, które mają być wykonane w zakresie przełożenia instalacji i urządzeń podziemnych na terminie budowy i powiadomić Inspektora Nadzoru i władze lokalne o zamiarze rozpoczęcia robót”.~~

Wykonawca wskazuje:

Zaskarżone postanowienia prowadzą do możliwości przypisania Wykonawcy zobowiązań nie objętych przedmiotem zamówienia, niewynikających z opisu przedmiotu zamówienia, (w tym także) dokumentacji projektowej, a więc wykraczającym poza odpowiedzialność Wykonawcy, a typową dla odpowiedzialności Projektanta.

1.3. W § 5 ust. 5 zd. 1 Umowy, że dotychczasowa treść tych postanowień:

„5. Jeżeli Wykonawca będzie wykonywał roboty w sposób sprzeczny z umową bądź wadliwie, Zamawiający wezwie go do zmiany sposobu wykonywania w wyznaczonym terminie”.

Wykonawca wskazuje na:

Zaskarżone postanowienie stwarza możliwość jednostronnego i arbitralnego wyznaczenia terminu przez Zamawiającego.

Otrzyma nowe brzmienie:

„5. Jeżeli Wykonawca będzie wykonywał roboty w sposób sprzeczny z umową bądź wadliwie, Zamawiający wezwie go do zmiany sposobu wykonywania w wyznaczonym terminie **dostosowanym do okoliczności sprawy**”.

1.4. W § 5 ust. 6 Umowy poprzez wykreślenie zdania trzeciego:

~~„W przypadku opóźnienia dłuższego niż 14 dni, Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”~~

A także zmianę zdania piątego, w ten sposób, że po wykreśleniu zaznaczonego fragmentu będzie ono brzmiało następująco:

„Po bezskutecznym upływie tego terminu, Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej w wysokości 1 % ~~odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz do naliczenia kary umownej w wysokości 10%~~ wartości brutto wynagrodzenia umownego (w zależności od zadania) za przedmiot umowy”.

Wykonawca wskazuje:

Zaskarżone postanowienie umowne przekracza zasadę racjonalności (proporcjonalności) w odniesieniu do wymagań Zamawiającego do Wykonawcy, biorąc pod uwagę przedmiot Umowy; środki przewidziane przez Zamawiającego poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wskazanego w tym postanowieniu są nieadekwatne w stosunku do charakteru tego postanowienia.

1.5. W § 7 ust. 3 i 4 Umowy, które brzmią:

„Ust. 3. Jeżeli w trakcie odbioru stwierdzone zostaną wady, to Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy odbioru aż do czasu usunięcia wad.

Ust. 4. Jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy, to Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi w terminie uzgodnionym przez strony (nie dłuższym niż 30 dni) lub odstąpić od umowy”.

Wykonawca wskazuje na:

Powyższe postanowienia wprowadzają odbiór bezusterkowy robót budowlanych co jest niedopuszczalne, a także wprowadzają możliwość

zastosowania przez Zamawiającego niewspółmiernych do okoliczności środków (rozwiązań prawnych).

Otrzyma nowe brzmienie:

„ust. 3

Jeżeli Przedmiot odbioru posiada wady, wówczas Zamawiający:

- a. w przypadku wystąpienia wad istotnych Przedmiotu odbioru ma prawo do odmowy dokonania odbioru,
- b. w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Przedmiotu odbioru końcowego dokona odbioru części przedmiotu umowy z jednoczesnym wyznaczeniem Wykonawcy terminu usunięcia wad nieistotnych, nie dłuższym jednak niż 14 dni (z tym zastrzeżeniem, iż jeżeli czynniki niezależne od woli Wykonawcy lub względy technologiczne nie pozwalają na wykonanie prac w tym terminie wówczas okres ten może być wydłużony za zgodą Zamawiającego),
- c. w przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych Przedmiotu odbioru końcowego dokonania odbioru z jednoczesnym potrąceniem części wynagrodzenia z tytułu wystąpienia tych wad."

ust. 4

W przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych Przedmiotu odbioru, Zamawiający może odpowiednio:

- a. jeżeli możliwe jest użytkowanie przedmiotu umowy – może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,
- b. jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem – może odstąpić od umowy po wcześniejszym powiadomieniu i wezwaniu Wykonawcy."

1.6. § 7 ust. 5, poprzez usunięcie zaznaczonego fragmentu, w ten sposób, że ust. 5 otrzyma następujące brzmienie:

„ust. 5 W przypadku wystąpienia wad lub usterek w okresie, o którym mowa w § 18 umowy, Zamawiający zobowiązany jest do niezwłocznego zawiadomienia Wykonawcy o zaistniałej sytuacji (w formie pisemnej), który udzieli na nią odpowiedzi w ciągu 2 dni roboczych” ~~„a po bezskutecznym upływie tego terminu wady te lub usterki uważane będą za uznane w całości zgodnie z żądaniem Zamawiającego”~~.

Wykonawca wskazuje, że:

Zawarte w zaskarżonym postanowieniu oświadczenie jest zbyt daleko idące i powoduje jednostronne ukształtowanie sytuacji prawnej dotyczącej Wykonawcy, bowiem kategorycznie rozstrzyga kwestie związane z gwarancją jakości w sposób jednostronny.

1.7. § 12 ust. 4, który brzmi:

„Ust. 4 Złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy wymaga uprzedniego, pisemnego wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego, aby w określonym terminie usunął naruszenia, pod rygorem odstąpienia od umowy w terminie 7 dni od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego do usunięcia naruszeń”.

Wykonawca wskazuje:

Zaskarżone postanowienie umowne przekracza zasadę racjonalności (proporcjonalności) w odniesieniu wymagań Zamawiającego do Wykonawcy, biorąc pod uwagę przedmiot Umowy; środki przewidziane przez Zamawiającego poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku wskazanego w tym postanowieniu są nieadekwatne w stosunku do charakteru tego postanowienia.

Otrzyma następujące brzmienie:

„ust. 4

Złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy wymaga uprzedniego, pisemnego wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego, aby w określonym, **odpowiednim do okoliczności** terminie usunął naruszenia, pod rygorem odstąpienia od umowy w terminie **14 dni** od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego do usunięcia naruszeń”.

1.8. § 13 Umowy poprzez zmianę w ust. 1 w ten sposób, że w:

Ust. 1.2. wysokość kary umownej zostanie zmieniona na 0,1 % wynagrodzenia umownego.

Ust. 1.3. wysokość kary umownej zostanie zmieniona na 0,1 % wynagrodzenia umownego.

Ust. 1.4. wysokość kary umownej zostanie zmieniona na 0,1 % wynagrodzenia.

Wykonawca wskazuje:

Wysokość kary umownej (jej procent) jest rażąco wysoka w stosunku do całości wynagrodzenia i narusza zasadę proporcjonalności, czyli adekwatności środków podjętych przez Zamawiającego w celu wykonania zamówienia publicznego.

1.9. § 13 Umowy poprzez zmianę ust. 5, który brzmi:

„5. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 3% kwoty określonej w § 3 (w zależności od zadania) z tytułu:

1) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy;

- 2) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy z Podwykonawcą, Dostawcą oraz Usługodawcą lub projektu jej zmiany;
- 3) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy z Podwykonawcą, Dostawcą oraz Usługodawcą lub jej zmiany za każdy taki przypadek;
- 4) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty;
- 5) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, Dostawcy lub Usługodawcy, który nie został zgłoszony Zamawiającemu zgodnie z zapisami § 17 ust. 11 lub nie uzyskał akceptacji Zamawiającego”.

Wykonawca wskazuje:

Wprowadzenie kar umownych na poziomie zaproponowanym przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia i **rażąco** narusza zasadę proporcjonalności, czyli adekwatności środków podjętych przez Zamawiającego w celu wykonania zamówienia publicznego.

Otrzyma następujące brzmienie:

„5. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej z tytułu:

- 1) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego zgłoszonemu i zaakceptowanemu Podwykonawcy w wysokości 0,05 % za każdy taki przypadek;
- 2) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy z Podwykonawcą, Dostawcą oraz Usługodawcą lub projektu jej zmiany w wysokości 0,01 % za każdy dzień zwłoki;
- 3) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy z Podwykonawcą, Dostawcą oraz Usługodawcą lub jej zmiany w wysokości 0,02 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki;
- 4) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każdy taki przypadek;
- 5) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy, Dostawcy lub Usługodawcy, który nie został zgłoszony Zamawiającemu zgodnie z zapisami § 17 ust. 11 lub nie uzyskał akceptacji Zamawiającego w wysokości 0,01 % za każdy taki przypadek.

1.10. § 13 Umowy poprzez ustanowienie nowej jednostki redakcyjnej w postaci ust. 6 o treści:

„6. Wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy”.

1.11. § 13 Umowy poprzez ustanowienie nowych jednostek redakcyjnych w postaci ust. 7 do 10, które brzmią:

Ust. 7 o treści:

„7. Wykonawca może obciążyć Zamawiającego karą umowną:

7.1. za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości w wysokości 10% wynagrodzenia umownego (w zależności od zadania), 5.000.000,00 (słownie: pięć milionów złotych),

7.2. za odstąpienie przez Wykonawcę od Umowy, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości w wysokości 10% wynagrodzenia umownego (w zależności od zadania)”

ust. 8 o treści:

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

Ust. 9 o treści:

„Ust. 9 Odstąpienie od Umowy nie wyklucza obowiązku zapłaty przez Zamawiającego kary lub kar umownych w szczególności przewidzianych na okoliczność odstąpienia od Umowy”.

Ust. 10 o treści:

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

Wykonawca wskazuje:

Wprowadzenie powyższych postanowień będzie odzwierciedleniem zasady adekwatności uprawnień i zobowiązań Stron umowy. Powyższe postanowienia nie wprowadzają dla Wykonawcy, żadnych uprawnień umownych innych niż te, które ma Zamawiający.

1.11. § 16 ust. 2 Umowy poprzez jego zmianę, który brzmi:

„2. Niedostarczenie przez Wykonawcę jakiegokolwiek dokumentu opisanego w § 16 umowy skutkować może rozwiązaniem Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy”

Wykonawca wskazuje:

Opóźnienie dostarczenia dokumentacji ubezpieczeniowej nie oznacza w żadnym stopniu braku ważności istniejącej umowy ubezpieczenia. Zatem skutki ewentualnego uchybienia w dostarczeniu choćby fragmentu dokumentacji ubezpieczeniowej są zbyt dotkliwe jak na znaczenie tego wątku dla realizacji całości kontraktu, a co za tym idzie uprawnienie do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego.

Otrzyma brzmienie:

„2. Niedostarczenie przez Wykonawcę jakiegokolwiek dokumentu opisanego w § 16 umowy skutkować może rozwiązaniem Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy, po uprzednim wyznaczeniu Wykonawcy 14 dniowego terminu na dostarczenie dokumentacji Zamawiającemu”.

2. o zasądzenie zwrotu 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 bezpodstawne wstrzymywanie odbiorów robót, wynikające z tego opóźnienia w finansowaniu ich realizacji. Co więcej niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka odbywa się w warunkach naruszających zasady uczciwej konkurencji.

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

V. Termin na złożenie odwołania

Zamawiający w dniu 15.06.2020 roku opublikował SIWZ co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

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

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

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru Umowy, a także pozostałe elementy SIWZ naruszają przepisy ustawy kodeks cywilny jak i Prawa zamówień publicznych.

Opis przedmiotu zamówienia, pozostałe kwestie (wnioski 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.7. odwołania)

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

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

Przenosząc powyższe na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień SIWZ, w tym Projektu 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 (§ 3 ust. 1 i 2 w zw. z § 1 ust. 2 Umowy, w zw. z pkt 1.4.7. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, ST-01.01), ale także **postanowienia dotyczące nadmiernie wygórowanych zobowiązań** Wykonawcy nie uzasadnionych celem i przedmiotem przetargu, związanych z:

- 1) kontrolą przez Zamawiającego sposobu wykonywania robót przez Wykonawcę (§ 5 ust. 5, ust. 6),
(dot. ust. 5) Wykonawca wniósł o to, aby w przypadku jeżeli roboty wykonywane będą w sposób sprzeczny z umową bądź wadliwie, to Zamawiający wyznaczając termin, w którym wzywa Wykonawcę do zmiany sposobu wykonywania – wyznaczył ten termin mając na uwadze okoliczności sprawy „w wyznaczonym terminie dostosowanym do okoliczności” zamiast tylko „w wyznaczonym terminie”. Taka regulacja w żaden sposób nie powoduje, że Zamawiający pozostaje bez możliwości skutecznej reakcji na potencjalne nienależyte wykonywanie umowy przez Wykonawcę, ale jedynie w sposób zrównoważony, z uwzględnieniem interesu Zamawiającego, ma na uwadze również występowanie interesów Wykonawcy potoczonych z działaniem w określonych okolicznościach, w których wykonuje się umowę.
(dot. ust. 6) Wykonawca wniósł także, aby uległo wykreśleniu postanowienie umowne uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w przypadku opóźnienia dłuższego niż 14 dni.

¹ Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17.

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

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.

Po pierwsze, jest to postanowienie niezwykle daleko idące i niezależne od Wykonawcy, z uwagi na termin „opóźnienie”, a więc zjawiska niezależne od Wykonawcy (które zaszły bez jego winy).

Po drugie, niezależnie od tego, czy są to zjawiska zawinione, czy niezawinione przez Wykonawcę, to fakt niedotrzymania terminu w dostarczeniu listy osób zatrudnionych na umowę o pracę wykonujących czynności wyszczególnione w SIWZ, bez względu na termin w jakim ma to zostać wykonane jest nadużyciem. Odstąpienie od umowy jest instytucją prawną najdalej idącą w swoich skutkach, tzn. prowadzi do stworzenia fikcji prawnej, jak gdyby umowa nie była nigdy zawarta (skutek *ex tunc* – skutek wstecz), ewentualnie odstąpienie działa na przyszłość (skutek *ex nunc*). Nie wdając się w prawne rozważania jaki skutek miałoby odstąpienie, to i tak prowadziłyby to do zakończenia realizacji inwestycji i przeprowadzenia rozliczeń pomiędzy stronami. Wszelkie ustawowe uprawnienia do odstąpienia od umowy (art. 491, 492 (1), 493, 635 kc) odnoszą się nie do pobocznych obowiązków umownych, ale do głównego świadczenia umownego strony umowy, które stanowi istotę zobowiązania strony. Stąd nadużyciem tej instytucji jest jej stosowanie w przypadku pobocznego obowiązku umownego, nie stanowiącego *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane³.

Te same argumenty uzasadniają postulaty odnoszące się do wykreślenia uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy i nałożenia kary umownej w wysokości 10 % wartości brutto wynagrodzenia umownego i zamiany tego na karę umowną w wysokości 1 % tego wynagrodzenia. Tylko w zakresie wysokości kary umownej dodać należy, że kara ta (za brak zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę) jest równa karze za odstąpienie od umowy – czyli najbardziej radykalny środek prawny służący Zamawiającemu. Zatem już tylko ten argument wskazuje na rażące wygórowanie tej kary i jaskrawa dysproporcję w stosunku do popełnionego naruszenia. Tym bardziej, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do powiadomienia o takiej sytuacji Państwowej Inspekcji Pracy, której służy uprawnienie do zastosowania odpowiednich środków wobec Wykonawcy, ewentualnie Podwykonawcy – jeżeli ten będzie zatrudniał z naruszeniem obowiązku zatrudniania w ramach stosunku pracy.

³ O tym, co nie stanowi *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane – SA w Warszawie w wyroku z 21.4.2017 r., I ACa 183/16, „Samo przedłożenie lub nieprzedłożenie zabezpieczenia wykonania przedmiotu umowy o roboty budowlane nie stanowi niewykonania lub też nienależytego wykonania umowy, gdyż przedstawienie takiego zabezpieczenia nie należy do *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, które wynikają wprost z art. 647 k.c., nie jest więc ani elementem przedmiotowo istotnym, ani też w żadnym razie nie stanowi głównego świadczenia strony”.

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.

- 2) możliwości odstąpienia przez Zamawiającego i wyznaczenia terminu na usunięcie naruszeń (§ 12 ust. 4),
uzasadniając ten wniosek Wykonawca podnosi argumenty jak powyżej wskazane do postanowień § ust. 5 i 6, a więc konieczności stworzenia Wykonawcy realnej możliwości reakcji na wezwanie Zamawiającego. Stąd termin 7 dniowy powinien zostać zmieniony na 14 dniowy, a termin usunięcie naruszeń dostosowany był do okoliczności.
- 3) kwestii kar umownych – rażąco wygórowanej wysokości (§ 13 ust. 1), braku tych samych uprawnień dla Wykonawcy (kary umowne za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - § 13), braku limitu kar umownych (o czym mowa w następnej jednostce redakcyjnej niniejszego odwołania)
- 4) nadmiernych wymogów dotyczących dokumentów ubezpieczeniowych (§ 16),
w tym przypadku Wykonawca również wskazuje na zbyt rygorystyczne wymogi Zamawiającego. A więc niewykonanie przez Wykonawcę pobocznego obowiązku, które nie stanowi głównego jego świadczenia nie może skutkować natychmiastowym rozwiązaniem Umowy – bez uprzedniego wezwania przez Zamawiającego do dostarczenia dokumentacji.

Jednak najbardziej jaskrawym przykładem powyższych zarzutów jest postanowienie § 3 ust. 1 i 2, w którym Wykonawca ma obowiązek wykonać *„całość robót objętych dokumentacją projektową oraz wszelkie inne niezbędne prace, konieczne do wykonania zadania (np. wynikające z technologii robót).”*

Powyższe postanowienie (jego redakcja) jest nieprecyzyjna i stwarza możliwość przypisania Wykonawcy nie tylko robót wynikających z Dokumentacji Projektowej składającej się na przedmiot zamówienia, ale i wszelkich innych niezbędnych prac, ale niekoniecznie objętych przedmiotem zamówienia. Z tym, że stwierdzenie „inne niezbędne prace” nie są precyzyjnym określeniem i zdaniem Wykonawcy (niestety) pozwalają na dowolne określenie przez Zamawiającego rodzaju prac wykraczającym poza przedmiot zamówienia. Nawet podany przykład („np. wynikające z technologii robót”) nie powoduje, że postanowienie jest jasne, precyzyjne i pozbawione pewnej dowolności.

Stąd dla wyjaśnienia takich wątpliwości i uniknięcia nieuzasadnionych żądań Zamawiającego, Wykonawca wniósł o zmianę § 1 ust. 1 i 2 w sposób wskazany we wnioskach. Otóż postanowienie miałoby brzmieć: **„w ramach tej kwoty Wykonawca wykonuje całość robót objętych dokumentacją składającą się na przedmiot umowy określonej w § 1 ust. 2 Umowy”**. Taka regulacja jest spójna z Umową i w sposób precyzyjny określa granice przedmiotu zamówienia, ponieważ § 1 ust. 2 Umowy

stanowi, że szczegółowy zakres rzeczowy robót stanowiący przedmiot umowy określa:

- 2.1. dokumentacja projektowa (stanowiąca załącznik do SIWZ),
- 2.2. dokumentacja przetargowa,
- 2.3. oferta Wykonawcy,
- 2.4. specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót.

Powyższa propozycja Wykonawcy konkretnego postanowienia umownego 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. Z kolei „zasady wiedzy technicznej” w odniesieniu do umów o zamówienie publiczne powinny być określone (zawarte) w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Wynika to z definicji tego dokumentu podanej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2.9.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2013 r., poz. 1129). W § 12 rozporządzenie stanowi „Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót”.

Również postanowienia pkt 1.4.7. STWiOR, które zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny, w dodatku interpretowane razem z zaskarżonymi postanowieniami umownymi (§ 3 ust. 1 i 2) w sposób korzystny dla Zamawiającego – budzą obawy Wykonawcy i uzasadniają zmianę tych postanowień STWiOR. Wykonawca bowiem na podstawie tych postanowień jest zobowiązany do przewidzenia rezerwy czasowej na przełożenie instalacji i urządzeń podziemnych, **co do których nie jest wyjaśnione jasne, że są instalacjami i urządzeniami wskazanymi przez Zamawiającego i znanymi Wykonawcy w chwili złożenia oferty.** Dlatego uzasadnione jest wykreślenie obowiązku Wykonawcy przewidzenia rezerwy czasowej na roboty, których zakresu nie sposób przewidzieć. Z tych samych względów uzasadnione jest ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy do instalacji oraz urządzeń wynikających z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Pozostawienie postanowień w takiej treści prowadzi do obarczenia Wykonawcy ryzykami nieznanymi i koniecznością kalkulacji w ofercie kwestii (ryzyk) nieprzewidzianych, które nie powinny obciążać Wykonawcy, a tylko Zamawiającego lub inne podmioty działające na jego zlecenia (Projektanta).

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.

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

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienia tak kształtujące stosunek zobowiązaniowy (a więc zarówno niedopuszczalne ryzyka, jak i nieprecyzyjny OPZ) **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 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 zwalniają 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.).

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

Tym samym, należy zaznaczyć, że istnieje duże ryzyko, iż treść ww. postanowień SIWZ i Wzoru Umowy będzie wykorzystana na etapie realizacji zamówienia jako podstawa do żądania przez Zamawiającego znaczącego rozszerzenia zakresu

świadczeń Wykonawcy, wykraczających poza przedmiot jego oferty i to bez zmiany wynagrodzenia.

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

Kary Umowne (§13 Umowy, wnioski 1.7.-1.10 odwołania).

Również postanowienia o karach umownych, a więc brak jakichkolwiek kar umownych należnych Wykonawcy narusza powyższe zasady kontraktowe i zamówień publicznych, w tym zasadę racjonalności (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ale także racjonalne i obustronne rozłożenie ryzyk kontraktowych muszą odpowiadać, być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia). Nawet bowiem w analogicznej teoretycznie sytuacji (odstąpienie – choćby ustawowe z winy Wykonawcy a odstąpienie z winy Zamawiającego) jest wyraźna, a w zasadzie fundamentalna różnica. Wykonawcy nie przysługuje żadna kara umowna. Nadmienić trzeba, że nie chodzi tu o katalog zdarzeń uprawniających Wykonawcę do odstąpienia (a więc przesłanki umowne), a o czyste uprawnienie Wykonawcy do nałożenia kar umownych za odstąpienie. Taka regulacja narusza zasadę swobody umów i jest sprzeczna z art. 5 kc. Dlatego taki wniosek został umieszczony w odwołaniu. Z tych samych względów Wykonawca skarży zapisy dotyczące braku limitu i wysokości kary. To z kolei stanowi o tym, że **kara umowna nie pełni roli stymulującej, ale tylko li wyłącznie rolę represyjną⁴ i służy wzbogaceniu Zamawiającego, co jest sprzeczne z naturą kary umownej**. Takie ukształtowanie kar umownych **będzie prowadzić wówczas do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego – co jest niedozwolone** (wyr. SN 25.5.2007 r., I CSK 484/06, wyr. SA Katowice z 17.12.2008 r., V ACa 438/08, wyrok KIO 1380/18⁵, wyr. SN z 18.04.2013 r., III CSK 247/12) **oraz pozbawienia zysku wykonawcy** (wyrok SA w Katowicach z 22.06.2018, V Aga 167/18).

Sprzeczne z naturą stosunku umowy o roboty budowlane, z zasadą proporcjonalności, powodując tym samym nierównowagę stron jest ustalenie kary

⁴ "Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia". (wyroki KIO 113/13 i KIO 117/13).

⁵ 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.

umownej z brakiem określenia maksymalnej wartości do jakiej może być nałożona kara, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz do złożenia nieporównywalnych ofert. Dlatego zasadny jest postulat nałożenia limitu kar umownych.

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.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

II. Bezusterkowy odbiór, wady (wnioski 1.5., 1.6.)

Podniesione zarzuty i wskazane postanowienia Wzoru umowy § 7 naruszają przepisy kodeksu cywilnego.

Już z literalnej wykładni art. 647 kc⁶ wynika, że **ustawowym obowiązkiem inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej**. Poza dokonaniem wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w tym przekazaniem terenu budowy, dostarczeniem projektu oraz zapłatą umówionego wynagrodzenia, odbiór wykonanych robót budowlanych jest podstawowym obowiązkiem inwestora. Nie budzi również wątpliwości zarówno w doktrynie prawa jak i w orzecznictwie sądowym, że roboty budowlane stanowią zaawansowane technicznie i złożone świadczenie niepieniężne, składające się z poszczególnych elementów, które tak w całości, jak i z osobna cechuje wysoki poziom skomplikowania inżynierskiego, długotrwały okres realizacji, etapowanie oraz zinstytucjonalizowany nadzór budowlany. Odbiory robót unormowane są także w art. 654 Kc, a nadto - w zakresie w jakim związane jest to z wykonywaniem robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową - dotyczy ich przepis art. 656 § 1 Kc.

Zakwestionowane przez Odwołującego brzmienia w/w postanowień Wzoru Umowy stanowi poważne zagrożenie dla słuszych interesów wykonawcy, gdyby cyt. postanowienie zostało zachowane w obecnym brzmieniu i nie zostało zmienione. Należy bowiem mieć na uwadze, że ocena terminowości realizacji robót przez wykonawcę następuje przez wzgląd na terminy, według których - zgodnie z Wzorem umowy - uznaje się roboty za wykonane i możliwe do odbioru, co ma bezpośredni wpływ na możliwość fakturowania wynagrodzenia należnego Wykonawcy i na odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych.

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

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót - por. Pkt 1 tezy Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. V ACa

⁶ Art. 647 Kc: Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

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.

88/09 2. Analogiczne stanowisko zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w Pkt 2 Wyroku z dnia 09.10.2012 r. I ACa 892/12, przyjmując, iż „wady są istotne, jeżeli wskutek ich wystąpienia przedmiot umowy jest niezdatny do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (...)”⁷.

W pierwszej kolejności wypadałoby poddać w wątpliwość wynikające z zapisów Wzoru umowy oczekiwanie, by tak złożony i skomplikowany pod względem inżynierskim obiekt budowlany jak stanowiący przedmiot zamówienia, został wykonany całkowicie bezusterkowo. Wniosek ten płynie wprost z zaskarżonego niniejszym Odwołaniem postanowienia Wzoru umowy, skoro Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy odbioru również w razie wystąpienia wad nieistotnych,

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.04.2009 r. V ACa 88/09:

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

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

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

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

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

nadających się do usunięcia (np. jakiejkolwiek wady). Takie uprawnienie Zamawiającego jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 3531 Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru umowy. Odwołujący nie twierdzi rzecz jasna, iż nie ma obowiązku usunięcia wad swoich robót, lecz podnosi, że na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez wstrzymywanie odbiorów, co jest praktyką niedopuszczalną.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reasumując ten fragment, należy przytoczyć także najnowsze orzecznictwo KIO, które potwierdza, że „ (...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)”⁸.

III. Podsumowanie

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

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

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

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

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 pzp – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym przerzuceniu na wykonawców bliżej niesprecyzowanych ryzyk wynikających z owych niedomagań opisu przedmiotu zamówienia, skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny

⁸ Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19.

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.