



Warszawa, dnia 29 października 2024 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

TEXOM sp. z o.o.

Al. Pokoju 1, 35-548 Kraków

KRS: 0000480044

reprezentowana przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, r.pr. Mateusza Pająka

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

e-mail: mpajak@kzp.net.pl oraz mtomasik@kzp.net.pl

Zamawiający:

Szpital Specjalistyczny w Brzozowie

Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny im. Ks. B. Markiewicza

NIP: 6861441430, REGON 000304473

tel./fax: 13 4309552, 13 4309552

e-mail: onkologia@szpital-brzozow.pl ; monika.kos@szpital-brzozow.pl

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na **Wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” w zakresie zadania „Nadbudowa części budynku szpitalnego - Pawilonu K Szpitala Specj. w Brzozowie Podkarp, Ośrodka Onkolog. im. Ks. B. M.”** – znak postępowania: **SZSPOO.SZP 3810/80/2024** (dalej: „Postępowanie”).

- Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy TEXOM sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), ubiegającego się o udzielenie ww. zamówienia, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte i zaniechane w toku Postępowania, odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia (Program Funkcjonalno - Użytkowy stanowiący załącznik nr 6 do SWZ) oraz istotnych postanowień umowy (załącznik nr 5 do SWZ).

- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2024/BZP 00562258/01 z dnia 2024-10-24. W tym samym dniu Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania, pod adresem: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-62476430-e346-4ebd-adfa-1bef52b16926> zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.
- III. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej progu unijnego.
- IV. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 24 października 2024 r., w którym zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 29 października 2024 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.
- V. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na ustaleniu treści SWZ, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego a także w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, nieefektywny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, niezapewniający równości stron stosunku zobowiązaniowego oraz niegwarantujący zachowania wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji.
- VI. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
- 1. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20, oraz w zw. z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp , a także art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”), art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we Wzorce umowy (w zakresie wskazanym poniżej), w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co przejawia się w szczególności w braku wskazania przez Zamawiającego wszystkich materiałów dających podstawę do wyceny, co uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia Wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2. naruszenie art. 647 kc, art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 4 ustawy 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.

VII. W związku z powyższymi zarzutami i wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) zmienił treść SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 2) dokonaną zmianę SWZ niezwłocznie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania,
- 3) przesunął termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

VIII. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i kc. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dającą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Formułując projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający naruszył natomiast jego podstawowe obowiązki wynikające z obowiązujących przepisów, gdyż m.in. naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu oraz w sposób niezgodny z kc sformułował postanowienia umowne, czym godzi w interes Odwołującego. Skoro treść projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) narusza regulacje Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz chciałby zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie. Co więcej, niewłaściwie dokonany opis przedmiotu zamówienia powoduje, że przygotowanie oferty w oparciu o rzetelną wycenę uwzględniającą nie tylko koszty, ale i ryzyka, nie jest aktualnie możliwe, co także narusza zasadę uczciwej konkurencji. Brak jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia godzi w interes Odwołującego. W sytuacji, gdy postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty konkurencyjnej, spełniającej wszystkie wymagania SWZ i rzetelnie skalkulowanej. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody przy kwestionowaniu postanowień SWZ. W przypadku odwołania wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu, dla uznania istnienia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, wystarczająca jest jego deklaracja o zainteresowaniu udziałem w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, zaś szkoda, na którą jest narażony, wynika z niedozwolonych postanowień SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 12 sierpnia 2022 r., KIO 1972/22, w którym Izba przyjęła, iż: *„Biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i specyfikacją warunków zamówienia, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu określonych postanowień specyfikacji warunków zamówienia”*.

- IX. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 29 października 2024 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Tytułem wstępu Odwołujący wskazuje, że stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Trzeba przy tym pamiętać, że jakkolwiek przygotowanie projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, leży w zakresie uprawnień (i zarazem obowiązków) Zamawiającego, to zgodnie z art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Nadto, także z art. 58 § 1 i 2 kc wynika, że czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współzycia społecznego.

Zamawiający w dniu 24 października br. roku ogłosił SWZ wraz z projektem umowy. Wobec treści zawartych tam postanowień konieczne i usprawiedliwione stało się poszukiwanie przez Wykonawcę ochrony prawnej poprzez wniesienie odwołania do KIO. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ naruszają zarówno przepisy ustawy Pzp jak i kc.

I Odnośnie naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20, oraz w zw. z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp , a

także art. 5 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we Wzorze umowy (w zakresie wskazanym poniżej), w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co przejawia się w szczególności w braku wskazania przez Zamawiającego wszystkich materiałów dających podstawę do wyceny, co uniemożliwia dokładne ustalenie kosztów świadczenia Wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie zaś z art. 103 ustawy Pzp zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także za pomocą za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

2. Jednocześnie, w świetle art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp niedopuszczalne jest przenoszenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, m.in. wyroki:

- KIO 1555/19: *„Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.”*
- KIO 1265/17: *„Zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty.”*

3. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” w zakresie zadania „Nadbudowa części budynku szpitalnego - Pawilonu K Szpitala Specjalistycznego w Brzozowie, Podkarpackiego Ośrodka Onkologicznego im. Ks. B. Markiewicza”.

W ramach realizacji zamówienia Wykonawca wykona dokumentację projektową a następnie na jej podstawie wykona roboty budowlane polegające na wykonaniu nadbudowy części budynku szpitalnego - Pawilonu K.

Na przedmiot zamówienia składa się następujący zakres rzeczowy:

a) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, zgodnie z zakresem i wytycznymi wskazanymi w „Programie funkcjonalno-użytkowym” w tym: uzyskania wszelkiego typu decyzji, pozwoleń, zgód i uzgodnień.

b) uzyskanie w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę lub prawomocnego zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych dla całości inwestycji wymaganych przepisami prawa, w tym ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U.2024.725 t.j.) koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia.

c) wykonanie robót budowlanych polegających na nadbudowie dwóch kondygnacji na wschodniej połowie budynku o łącznej powierzchni projektowej 740 m²- po 370 m² ma jeden poziom.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa: program funkcjonalno-użytkowy - załącznik nr 6 do SWZ, decyzja 12/24 z mapką oraz projektowane postanowienia umowy wraz z załącznikami.

4. Odwołujący, po dokonaniu szczegółowej analizy opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego, wskazuje na następujące uchybienia, niezgodności oraz braki w udostępnionym przez Zamawiającego PFU:

A. PFU jest niezgodne z postanowieniami § 18 ust. 2 Rozporządzenia ws. szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, ze względu na:

- brak charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu,
- brak szczegółowych właściwości funkcjonalno-użytkowych wyrażonych we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych;

B. PFU jest niezgodne z postanowieniami § 18 ust. 4 Rozporządzenia ws. szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, ze względu na:

- brak określonych wymagań w zakresie architektury; Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania ogólnikowych informacji np. „w części pomieszczeń przewiduje się ...” (brak sprecyzowania, o jakie konkretnie pomieszczenia chodzi);
- brak określonych wymagań w zakresie konstrukcji;
- brak określonych wymagań w zakresie instalacji budowlanych a **wyłącznie informacje ogólne, tj. np. wyposażenie pomieszczeń laboratoryjnych w instalacje, tzn. „instalacje sanitarne i elektryczne”**; nie wiadomo o jakie dokładnie instalacje tutaj chodzi;
- brak określonych wymagań w zakresie wykończenia; Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania ogólnikowych informacji np. „w części pomieszczeń przewiduje się ...” (brak sprecyzowania, o jakie konkretnie pomieszczenia chodzi);

C. PFU jest niezgodne z postanowieniami § 18 ust. 5 Rozporządzenia ws. szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, ze względu na:

- brak opisu wymagań w zakresie cech obiektu dot. rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych;

D. PFU jest niezgodne z postanowieniami § 19 ust. 1 *Rozporządzenia ws. szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*, ze względu na:

- brak dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
- brak dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności brak inwentaryzacji lub dokumentacji (w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych) obiektów budowlanych podlegających przebudowie;

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uzupełnienie treści SWZ o ww. brakujące informacje i dokumenty.

E. Rozdz. I pkt 3.2 PFU, cyt.: *„Dokładny sposób, w jaki Wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia (przedmiot umowy), został wskazany w treści umowy, a zatem Wykonawca w ramach realizacji zadania powinien w razie zaistnienia potrzeby zweryfikować zaproponowany przez Zamawiającego program funkcjonalno-użytkowy w sposób zgodny z przepisami prawa, w tym z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie”*

oraz

Rozdz. II pkt 5.4 PFY, cytr.: „Przed rozpoczęciem robót Wykonawca zweryfikuje dane wyjściowe do projektowania przygotowane przez Zamawiającego”

Ww. postanowienia PFU w sposób nieuprawniony przerzucają na wykonawcę obowiązek, ciężar i odpowiedzialność za weryfikację i prawidłowość PFU. W tym miejscu należy wyraźnie zaakcentować, że to na Zamawiającym ciąży przygotowanie i przekazanie wykonawcom takiego opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób maksymalnie szczegółowy wskaże podstawy i zakres prac do oszacowania przez wykonawcę. Innymi słowy, wykonawcy muszą uzyskać od Zamawiającego kompletny materiał o odpowiedniej jakości, który będzie jednoznaczną podstawą do wyceny oferty przetargowej i wymaganego zakresu prac do wykonania.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie z treści SWZ ww. postanowień PFU.

F. Rozdz. II pkt 8 tiret ósme PFU, cyt.: *„wszystkie instalacje uwzględnić jako przedłużenie z budynku istniejącego”*

Odwołujący podnosi, iż nie posiada wiedzy co sposobu, w jaki ma uwzględnić komplet instalacji, z uwagi na brak przekazania przez Zamawiającego jakiegokolwiek dokumentacji projektowej w zakresie obiektu istniejącego lub opisu istniejących instalacji w PFU.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez uzupełnienie jej treści o dokumentację projektową w zakresie obiektu istniejącego lub dokonanie w PFU szczegółowego opisu istniejących instalacji.

- G. **Rozdz. II pkt 8 tiret dziesiąte PFU, cyt.: „przeprojektować wentylację mechaniczną w części nad dachem istniejącego budynku”.**

Odwołujący podnosi, iż nie posiada wiedzy co sposobu, w jaki ma dokonać przeprojektowania ww. wentylacji z uwagi na brak dokumentacji pierwotnej.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez przekazanie wykonawcom dokumentacji pierwotnej.

- H. **Rozdz. II pkt 8 tiret dwunaste PFU, cyt.: „przeprojektować windę osobową (max 4 osoby)”**

Odwołujący podnosi, iż nie posiada wiedzy co sposobu, w jaki ma dokonać przeprojektowania windy osobowej z uwagi na brak dokumentacji pierwotnej.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez przekazanie wykonawcom dokumentacji pierwotnej.

- I. **Rozdz. II pkt 8 tiret trzynaste PFU, cyt.: „przedłużyć istniejącą klatkę schodową”**

Przedmiotowe postanowienie PFU jest niejednoznaczne i niezrozumiałe. Odwołujący nie posiada wiedzy i informacji, w jaki sposób i o ile przedłużyć istniejącą klatkę schodową. Zamawiający w tym zakresie nie udostępnił wykonawcom jakiegokolwiek dokumentacji pierwotnej.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez przekazanie wykonawcom dokumentacji pierwotnej oraz uszczegółowienie wymagania co do przedłużenia istniejącej klatki schodowej.

- J. **Rozdz. II pkt 12.5: „Zamawiający zastrzega sobie prawo odmowy akceptacji materiałów lub urządzeń jeżeli nie będą dostosowane pod względem estetycznym lub funkcjonalnym do innych materiałów lub urządzeń, jak również jeżeli Zamawiający będzie miał uzasadnione wątpliwości co do źródła ich uzyskania, ich jakości, trwałości, funkcjonalności, estetyki lub renomy producenta, z zastrzeżeniem, że ostateczny wybór i odpowiedzialność obciąża Wykonawcę”**

Ww. postanowienie PFU w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę ciężar i odpowiedzialność za dobór materiałów i urządzeń w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił

w SWZ żadnych parametrów estetycznych oraz funkcjonalnych. Kwestionowane postanowienie w sposób nieuprawniony dopuszcza dowolność i uznaniowość, co może doprowadzić do nieuzasadnionych perturbacji na etapie realizacji umowy.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez uzupełnienie i określenie w treści PFU parametrów estetycznych i funkcjonalnych, w odniesieniu do których nastąpi dostosowanie do innych materiałów lub urządzeń.

K. Pkt 6.4 PFU, cyt.: „(...) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym, dokonał wizji lokalnej w realizowanym obiekcie oraz na terenie planowanego przebudowy w obecności Jego przedstawiciela”

oraz

Rozdział IV pkt 7 SIWZ, cyt.: „Zamawiający proponuje odbycie wizji lokalnej.”

Odwołujący podnosi, iż treść PFU pozostaje sprzeczna z postanowieniami części zasadniczej SWZ. O ile w treści SWZ Zamawiający jedynie sugeruje odbycie wizji lokalnej, o tyle PFU przewiduje wprost obowiązek jej przeprowadzenia przez wykonawcę.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację SWZ poprzez ujednoczenie jej postanowień i jednoznaczne określenie, czy wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia wizji lokalnej.

5. Odwołujący podnosi, że pozostawienie postanowień SWZ w obecnym kształcie oznaczałoby, że wykonawcy zmuszeni byłiby do szacowania elementów prac w oparciu o nieznane im wytyczne i dokumenty, które mogą powstać dopiero w przyszłości. Takie założenie, nie dość, że prowadziłoby w istocie do spekulacyjnej wyceny prac niweczącej ryczałtowy charakter wynagrodzenia, to dodatkowo generowałoby stan nieporównywalności składanych w ramach Postępowania ofert, godząc w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje bowiem, że każdy z wykonawców może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty.

6. Nie może umknąć uwadze, że specyfikacja warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciąży w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu specyfikacja warunków zamówienia winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego¹.

¹ wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1533/12

Biorąc pod uwagę powyższe, a także konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawców, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydująca dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że *okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę*. W związku z tym, jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06), z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp) wynika, iż *„opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)”*.

8. Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku błędów i braków w opisie przedmiotu zamówienia żaden z wykonawców nie jest w stanie wycenić należycie przedmiotu zamówienia i złożyć prawidłowej oferty, co może skutkować unieważnieniem postępowania. Wykonawca w pkt 4 uzasadnienia niniejszego Odwołania wskazał szczegółowo jakie błędy i braki w opisie przedmiotu zamówienia popełnił Zamawiający oraz jakich zmian od niego oczekuje. Dopiero wyeliminowanie tych uchybień pozwoli na prawidłową interpretację wymagań i prawidłowe złożenie oferty z jej wyceną.

II **Odnośnie naruszenia art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”), art. 353¹ kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 433 pkt 4 ustawy 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.

9. Po dokonaniu analizy postanowień Załącznika nr 5 do SWZ (Wzór umowy) Odwołujący podnosi, że Zamawiający w szeregu postanowień umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy lub też niedookreślony, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami umowy nie powinno mieć miejsca. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i art. 431 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

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 do projektu ustawy Pzp 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”.*

Przepis ten (art. 431 ustawy Pzp) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. 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 ustawy Pzp jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego², że art. 431 ustawy Pzp ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron.

² J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 431.

W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób kwestionowany poniżej w odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 ustawy Pzp, jak i art. 431 ustawy Pzp.

10. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na następujące uchybienia, niespójności, niezgodności czy braki w istotnych postanowieniach umowy (Załącznik nr 5 do SWZ):

- A. § 2 ust. 1** – *W ramach tego zadania Wykonawca zobowiązany jest do wykonania robót budowlanych polegających na: nadbudowie części budynku szpitalnego Pawilonu K o dwie kondygnacje wraz z wykonaniem i przebudową wszystkich niezbędnych elementów konstrukcyjnych budynku, urządzeń, instalacji oraz innego wyposażenia budynku celem przystosowania dla pomieszczeń laboratorium wraz z zapleczem **niezbędnym do funkcjonowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem***

Odwołujący podnosi, że PFU nie określa szczegółowo przeznaczenia obiektu (pomieszczeń).

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uzupełnienie treści PFU o ww. brakujące informacje.

- B. § 3 ust. 2** – *Za zakończenie robót uznaje się podpisanie protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy **bez uwag** przez zamawiającego*

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z dominującym podejściem w orzecznictwie, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, uznać należy za nieważne jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 kc. (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Konieczność odbioru „bezusterkowego” jest przesłanką nieprzewidzianą w kc., a art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót” (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. V ACa 1302/17).

Roboty budowlane należy uznać za zrealizowane, jeśli zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu zidentyfikowanie przez zamawiającego nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2017 r., sygn. I ACa 321/17). Dlatego też wystąpienie nieistotnych wad i usterek nie uzasadnia odmowy odbioru robót. Co więcej, nawet wystąpienie licznych uchybień w wykonanym obiekcie budowlanym nie stanowi podstawy do odmowy jego przyjęcia, tylko do ich zgłoszenia wykonawcy i skorzystania z uprawnień jakie daje rękojmia, gwarancja lub treść zawartej umowy.

Ww. postanowienie umowy wywołuje więc daleko idącą nierówność stron, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie ww. postanowienia umowy poprzez usunięcie z treści sformułowania „bez uwag”.

- C. § 5 ust. 2 – Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy uzyskał od Zamawiającego wszystkie informacje, które mogłyby mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji Przedmiotu Umowy, w tym na ustalenie wysokości wynagrodzenia umownego, a nadto oświadcza, że zapoznał się ze wszystkimi dokumentami oraz warunkami, które są niezbędne i konieczne do wykonania przez niego umowy bez konieczności uzupełnień i ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów i w związku z tym nie wnosi i nie będzie wnosił w przyszłości żadnych roszczeń**

Odwołujący podnosi, że PFU nie określa szczegółowo warunków niezbędnych do ustalenia wysokości wynagrodzenia umownego oraz nie zawiera jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uzupełnienie treści PFU o ww. brakujące dokumenty oraz informacje.

- D. § 5 ust. 3 – Wykonawca oświadcza, że przed zawarciem Umowy zapoznał się z zakresem prac oraz warunkami technicznymi**

Odwołujący podnosi, że PFU nie określa szczegółowo zakresu prac do wykonania.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uzupełnienie treści PFU o szczegółowy zakres prac, jakie zobowiązany jest wykonać Wykonawca.

- E. § 6 ust. 1 lit. d) – Do obowiązków Zamawiającego należy dokonanie zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy po jej odbiorze**

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z zapisami § 9 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy wynagrodzenie płatne będzie co kwartał fakturami częściowymi.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie postanowień § 6 ust. 1 lit. d) wzoru umowy i dostosowanie ich do zapisów § 9 ust. 1 i ust. 3 wzoru umowy.

- F. § 6 ust. 2 lit. b), c) i d) wzoru umowy**

Odwołujący podnosi, iż w zakresie wskazanych obowiązków |Wykonawcy brak jest odniesienia do Projektu Budowlanego będącego podstawą do uzyskania Pozwolenia na budowę.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie stosownej modyfikacji wzoru umowy.

- G. § 6 ust. 2 lit. i)** – *Do obowiązków Wykonawcy należy usuwanie na bieżąco na własny koszt i niebezpieczeństwo wszystkich odpadów i opakowań, powstałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy oraz postępowania z odpadami w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzkiego, w szczególności zgodnie z zapisami ustawy z dnia 4 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587, z późn. zm.) i ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 54, z późn. zm.), w szczególności Wykonawca nabywa własność odpadów (materiałów), uzyskanych w wyniku realizacji przedmiotu umowy, z **wyłączeniem materiałów, które Zamawiający wskaże na piśmie.***

Z powyższego wynika, że dopiero na etapie realizacji umowy Zamawiający zamierza określić i doprecyzować materiały, których w/w postanowienie umowy nie dotyczy, co utrudnia wykonawcy prawidłowe, rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej.

Dodatkowo w świetle zapisów PFU:

- a) pkt 9.1 – Wywzowowi podlega cały materiał z demontażu/rozbiórek
- b) pkt 13 – Urządzenia, aparatura i armatura przewidziana do wymiany lub demontażu pozostaje własnością Zamawiającego

co powoduje, że ww. postanowienia wykluczają się wzajemnie.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o określenie i doprecyzowanie materiałów objętych wyłączeniem już na obecnym etapie Postępowania, a także usunięcie sprzeczności pomiędzy przywołanym wyżej pkt 9.1 a pkt 13.

- H. § 6 ust. 2 lit. k)** – *Do obowiązków Wykonawcy należy okazanie na każde żądanie Zamawiającego w stosunku do wskazanych materiałów:*
- a) *certyfikatu na znak bezpieczeństwa*
 - b) deklaracji zgodności**
 - c) *atestów lub aprobat technicznych*

Odwołujący zwraca uwagę, że podstawowymi dokumentami potwierdzającymi dopuszczenie do obrotu i stosowania w budownictwie są:

- a) Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych – w przypadku wyrobów budowlanych oznakowanych znakiem B
- b) Deklaracja Właściwości Użytkowych – w przypadku wyrobów budowlanych oznakowanych znakiem CE.

Odwołujący wnosi o modyfikację ww. postanowień umowy poprzez zastąpienie deklaracji zgodności Krajową Deklaracją Właściwości Użytkowych –dla wyrobów budowlanych

oznakowanych znakiem B bądź Deklaracją Właściwości Użytkowych – dla wyrobów budowlanych oznakowanych znakiem CE.

- I. **§ 6 ust. 2 lit. I)** – *Do obowiązków Wykonawcy należy **zapewnienie potrzebnego oprzyrządowania, potencjału ludzkiego oraz materiałów** wymaganych do zbadania na żądanie Zamawiającego jakości prac wykonanych z materiałów Wykonawcy na terenie realizacji prac, a także **do sprawdzenia ciężaru i ilości** zużytych materiałów*

Odwołujący zwraca uwagę, że w niniejszym postępowanie wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co czyni bezcelowym weryfikację ciężaru i ilości zużytych materiałów.

Wykonawca wnosi o usunięcie kwestionowanego postanowienia wzoru umowy.

- J. **§ 10 ust. 1 wzoru umowy**

Odwołujący wskazuje na brak w ww. postanowieniu umowy odbiorów częściowych.

Odwołujący wnosi o uzupełnienie ww. postanowienia wzoru umowy o odbiory częściowe.

- K. **§ 10 ust. 5** – *Zamawiający zobowiązany jest do dokonania lub odmowy dokonania odbioru końcowego w terminie 10 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia tego odbioru. W trakcie prowadzenia czynności odbiorowych **Zamawiający** w razie powzięcia wątpliwości co do jakości i zakresu wykonanych robót **ma prawo do dokonania pomiarów** w szczególności dotyczących jakości i ilości wbudowanych materiałów. Wyniki badań będą uwzględniane przy podejmowaniu decyzji co do odbioru lub braku możliwości odbioru wykonanych robót. Aby dotrzymać termin wykonania przedmiotu umowy wskazany w § 3 ust. 2 niniejszej umowy – wykonawca winien zgłosić przedmiot umowy do odbioru na 10 dni przed terminem wskazanym w § 3 ust. 2*

Odwołujący zwraca uwagę, że w niniejszym postępowanie wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co czyni bezcelowym dokonywanie pomiarów ilości wbudowanych materiałów.

Wykonawca wnosi o usunięcie kwestionowanego postanowienia wzoru umowy.

- L. **§ 10 ust. 7 pkt 2) lit. a)** – *Jeżeli w trakcie odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia – jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, to: jeżeli nie uniemożliwiają one używania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie o 20% wartości robót będących przedmiotem odbioru*

Odwołujący zwraca uwagę, że ww. postanowienie umowy nie reguluje sytuacji, w której łączna wartość wadliwych robót będzie mniejsza niż 20% wartości całego kontraktu. Obniżanie wówczas wynagrodzenia wykonawcy aż o 20% wartości robót będzie bezpodstawne.

Wykonawca wnosi o wprowadzenie do ww. postanowienia umowy regulacji obejmującej sytuację, w której łączna wartość wadliwych robót będzie mniejsza niż 20% wartości całego kontraktu.

- M. § 12 ust. 5 – *Strony uzgadniają, że w przypadku realizowania umowy niezgodnie z **Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót**, Zamawiający dopuszcza możliwość rozwiązania niniejszej umowy w trybie natychmiastowym z winy Wykonawcy*
Odwołujący wnosi o usunięcie ww. zapisu umowy albo doprecyzowanie , co należy rozumieć pod pojęciem „Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru Robót”, ponieważ przepisy ustawy Prawo budowlane oraz ustawy Pzp (oraz akty wykonawcze do tych ustaw) nie definiują takiego dokumentu ani nie posługują się takim określeniem.
- N. § 13 ust. 2 – *Strony ustalają, że okres rękojmi z tytułu wykonania przedmiotu niniejszej umowy odpowiada okresowi obowiązywania gwarancji jakości. Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady fizyczne przedmiotowej umowy Wykonawca ponosi na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym z zastrzeżeniem jak w niniejszym paragrafie.34. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia zgłoszonych przez Zamawiającego wad tkwiących w całym zakresie przedmiotu umowy, które wystąpią w okresie gwarancji i rękojmi. Zamawiający dokonuje zgłoszenia wady co najmniej drogą elektroniczną (e-mail). Za datę zgłoszenia należy rozumieć datę wysłania zgłoszenia wady drogą elektroniczną (e-mail) lub doręczenia zgłoszenia drogą pisemną. Podjęcie działań przez Wykonawcę zmierzających do usunięcia wad i usterek nastąpi do 24 godzin od daty zgłoszenia przez Zamawiającego. Natomiast ostateczne usunięcie wad i usterek nastąpi do 7 dni od daty zgłoszenia. W uzasadnionych przypadkach podyktowanych względami eksploatacyjnymi, technologicznymi i technicznymi, Zamawiający może w/w termin przedłużyć. Dostępność serwisowa określona w niniejszym ustępie obejmuje także dni ustawowo wolne od pracy.45. W przypadku, gdy Wykonawca nie dokona likwidacji zgłoszonej wady lub usterki w określonym terminie, Zamawiający, bez dodatkowego uprzedzenia, ma prawo dokonać tej likwidacji we własnym zakresie i obciążyć kosztami Wykonawcę lub zlecić usunięcie wad lub usterek podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądowego, z zachowaniem prawa do kary umownej określonej w § 12 niniejszej umowy **oraz bez utraty gwarancji** w zakresie usuniętych wad lub usterek. Gwarancja Wykonawcy **w zakresie usuniętych wad lub usterek przez Zamawiającego lub podmiot trzeci** biegnie na nowo od daty usunięcia wad lub usterek*

Odwołujący wnosi o usunięcie ww. kwestionowanych postanowień, gdyż wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za zakres prac nie wykonany bezpośrednio przez niego.

- O. § 14 ust. 4 lit. a) – Zamawiający zgodnie z art. 455 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje dopuszczalne zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia – zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku **gdy zostanie ograniczony zakres rzeczowy** przedmiotu umowy – to zakresy nie wykonane nie podlegają zapłacie i wynagrodzenie wskazane w § 8 ust. 1 lit. c) niniejszej umowy zostanie stosownie pomniejszone o wartość niewykonanej części przedmiotu umowy

Odwołujący wnosi o doprecyzowanie, czy ww. postanowienie dotyczy „ograniczenia” czy też „wyłączenia”.

Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę na brak określonego zakresu procentowego prac, które Zamawiający może ograniczyć, stąd też konieczne jest doprecyzowanie tego zakresu.

11. Odwołujący przypomina, że naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp).

Należy także zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

12. Zamawiający nie powinien konstruować projektu umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie prawidłowo skalkulować cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Tytułem przykładu powołać można w tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia

powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwił skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach infrastrukturalnych, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku z 14 września 2016.r (sygn. akt: KIO 1607/16) „*opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy ; niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować, nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert*”.

W tym stanie rzeczy wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. pełnomocnictwa wraz z dowodami uiszczenia opłaty skarbowej
2. odpis z KRS dla Odwołującego
3. dowód uiszczenia wpisu
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu