

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

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

Warszawa, dnia 24 listopada 2023 r.

Zamawiający:	<b>SZPITAL WOJEWÓDZKI W POZNANIU</b> Juraszów 7/19 60-479 Poznań Tel.: 061 8212359 Adres poczty elektronicznej: <a href="mailto:minska@lutycka.pl">minska@lutycka.pl</a> adres strony internetowej: <a href="http://www.lutycka.pl">www.lutycka.pl</a>
Odwołujący:	<b>SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie</b> Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa KRS: 0000033102, NIP: 7780001070 Adres do korespondencji: Al. Solidarności 173, 00 – 877 Warszawa, Polska Numer telefonu: 48 22 561 23 00 e – mail: <a href="mailto:patrycja.zamojska@skanska.pl">patrycja.zamojska@skanska.pl</a> <a href="mailto:kelly.ojo@skanska.pl">kelly.ojo@skanska.pl</a>
Przedmiot zamówienia:	Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu
Ogłoszenie o zamówieniu:	2023/S 219-689369  Dz.U./S 219 14/11/2023 689369-2023-PL
Numer referencyjny (sprawy)	SZW/DZP/129/2023

**Dotyczy:** Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu

## ODWOŁANIE od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

### Spis treści:

I.	ODWOŁANIE.....	2
II.	TERMIN NA ZŁOŻENIE ODWOŁANIA.....	2
III.	INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA. ....	3
IV.	ZARZUTY (WSKAZANIE PRZEPISÓW, KTÓRE NARUSZYŁ ZAMAWIAJĄCY).....	3
V.	UZASADNIENIE WRAZ Z WNIOSKAMI (WSKAZANIE ŻĄDAŃ ODWOŁUJĄCEGO).....	7
A.	UWAGI OGÓLNE – NARUSZENIE ZASAD POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	7
B.	NARUSZENIE ZASAD ZAPEWNIENIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, PRZEJRZYSTOŚCI, PROPORCJONALNOŚCI, ZAPEWNIENIA PRECYZYJNEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. ....	8
C.	WNIOSKI I UZASADNIENIE DO KONKRETNÝCH POSTANOWIEŃ UMOWNÝCH. ....	12
VI.	PODSUMOWANIE.....	33

### I. Odwołanie.

Działając w imieniu SKANSKA S.A., zwaną dalej Odwołującym lub Wykonawcą, w oparciu o pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.), dalej jako „ustawa Pzp” albo „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na Wzór umowy – Załącznika nr 7 do SWZ (dalej jako „umowa” lub „Umowa”), które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

### II. Termin na złożenie odwołania.

Zamawiający w dniu 14.11.2023 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (witryna TED) co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu.

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

### III. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

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

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

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

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

1. **art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 ust. 1 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP** poprzez ukształtowanie postanowień 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, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:
  - 1.1. Wprowadzenie postanowień, które powodują uznaniowość Zamawiającego przy odbiorach, brak przejrzystości i jasnych reguł odbioru oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za nieznane ryzyka lub ryzyka, które nie powinny obciążać Wykonawcę, m. in. poprzez:

- 1.1.1. sformułowanie definicji „Wady” i „Usterki” w taki sposób, że obejmują one również okoliczności nie zawinione przez Wykonawcę, za które odpowiedzialność ponosić mogą osoby trzecie działające na zlecenie Zamawiającego, w tym np. autor dokumentacji projektowej dot. przedmiotowej inwestycji lub Zamawiający (**§1 ust 32 oraz 33 Umowy**);
    - 1.1.2. sformułowanie definicji „Wady” w taki sposób, że może ona obejmować również drobne nieistotne nieprawidłowości, które nie wpływają na możliwość korzystania z przedmiotu zamówienia (**§1 ust 33 Umowy**), z jednoczesnym zastrzeżeniem braku możliwości odbioru przedmiotu Umowy w przypadku wystąpienia takiej Wady co w rzeczywistości może prowadzić do **bezusterkowego odbioru robót**;
    - 1.1.3. Przewidzenie krótkiego sztywnego terminu na usunięcie Wad i Usterek nie uwzględniającego warunków technicznych czy też obiektywnych okoliczności takich jak konieczność wyprodukowania i dostarczenia elementu Robót (**§48 ust 3 i 4 Umowy**);
  - 1.2. Przewidzenie rażąco wygórowanej kary umownej w odniesieniu do:
    - 1.2.1. nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - wysokości 100.000,00 zł za każdy nieprzedłożony do zaakceptowania projekt umowy lub jej zmiany (**§57 pkt 7 Umowy**);
    - 1.2.2. nieprzedłożenia Zamawiającemu poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, w terminie 14 dni - wysokości 100.000,00 zł za każdą nieprzedłożoną kopię umowy lub jej zmiany (**§57 pkt 8 Umowy**);
    - 1.2.3. braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - wysokości 100.000,00 zł za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców (**§57 pkt 9 Umowy**);
    - 1.2.4. zwłoki Wykonawcy, w dochowaniu któregokolwiek z innych terminów wynikających z Umowy, w wysokości 0,02 % Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia (**§57 pkt 4 Umowy**);
    - 1.2.5. odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a więc w wysokości 15 % wynagrodzenia (**§57 pkt 5 Umowy**);
    - 1.2.6. przyjęciu limitu kar umownych na wygórowanym poziomie 35% wynagrodzenia (**§ 58 ust. 5 Umowy**);
  - 1.3. zmodyfikowanie ustawowego wynagrodzenia ryczałtowego na wynagrodzenie „maksymalne” które zgodnie z definicją może ulec jedynie umniejszeniu w przypadkach przewidzianych w umowie, co sugeruje, iż wynagrodzenie wykonawcy nie będzie ulegało podwyższeniu nawet w uzasadnionych przypadkach (**§ 1 ust. 7 Umowy**);
  - 1.4. obciążenie Wykonawcy ryzykiem wystąpienia robót dodatkowych lub ewentualnego zwiększenia ilości robót i to niezależnie od przyczyny ich wystąpienia (**§12 ust 3 Umowy oraz § 64 ust 2 Umowy**);
  - 1.5. Nieuprawnione przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowe zainwentaryzowanie instalacji oraz za ewentualne uszkodzenia dróg, rowów

odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót oraz zobowiązanie Wykonawcy do niezwłocznego naprawienia powstałych uszkodzeń na własny koszt nawet w przypadku gdy elementy te nie zostały w sposób prawidłowy zinwentaryzowane przez Zamawiającego co narusza podstawowy obowiązek Zamawiającego dot. dokładnego opisu przedmiotu zamówienia (**§37 ust 1 i 2 Umowy oraz §26 pkt 1 Umowy**);

- 1.6. Przerzucenie na Wykonawcę ryzyka wszelkich skutków finansowych z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy obiektów sąsiadujących z Terenem budowy nawet jeśli zaktócenia spowodowane przez Wykonawcę są normatywne (**§36 ust 1 i 2 Umowy**);
- 1.7. Przyznanie Zamawiającemu jednostronnego uprawnienia do narzucenia Wykonawcy harmonogramu w przypadku braku możliwości jego uzgodnienia z Wykonawcą (**§ 11 ust 3 Umowy**);
- 1.8. Narzucenie przez Zamawiającego 60 dniowego terminu płatności faktur wystawionych przez Wykonawcę z jednoczesnym zastrzeżeniem terminu płatności na rzecz Podwykonawców i/lub dalszych Podwykonawców nie dłuższego niż 30 dni, co skutkuje przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka kredytowania inwestycji (**§ 15 ust 1 Umowy**);
- 1.9. Nieuwzględnieniu w katalogu zmian umowy okoliczności niezależnych od Wykonawcy, których wystąpienie może wiązać się z koniecznością zmiany umowy, co może skutkować brakiem możliwości zmiany umowy skutkiem czego ryzyka związane z tym okolicznościami będą musiały być poniesione przez Wykonawcę (**§ 64 ust 2 Umowy** )
- 1.10. sformułowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w sposób niezgodny z przepisami PZP poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zasadę proporcjonalności, a także zasadę opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący poprzez:
  - 1.10.1. nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania i uzupełnienia wszelkich bliżej nieokreślonych pozwoleń, decyzji, uzgodnień, opinii, niezbędnych dla wybudowania i funkcjonowania Inwestycji (w tym zezwolenia planistycznego, projektowego lub innego podobnego zezwolenia na Roboty oraz każdego inne zezwolenia niezbędne dla realizacji Inwestycji) bez doprecyzowania, że obejmuje to tylko te, pozwolenia, decyzje, uzgodnienia i opinie, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej) (**§10 ust 1 pkt 4, 5 Umowy**) w tym pozwoleń na budowę i ewentualnych pozwoleń zamiennych przy jednoczesnym braku opisanie czego dokładnie ww. procedury i decyzje mają dotyczyć (**§9 ust 2 pkt 5, §7 pkt 1 i 2 Umowy**);
  - 1.10.2. przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie biżej niesprecyzowane czynności zmierzające do realizacji obowiązków nałożonych w trybie administracyjnym na Wykonawcę lub Zamawiającego w związku z realizacją Umowy (**§59 ust 1 Umowy**);

- 1.10.3. nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonania pełnego zakresu prac, który jest konieczny dla uzyskania finalnego efektu określonego Umową, a więc wykonania przedmiotu Umowy bez względu na występujące trudności, jakie mogą wystąpić na etapie realizacji (§9 ust 6 Umowy), a także wszystkich prac i czynności, które są niezbędne do osiągnięcia zakładanych parametrów technicznych inwestycji oraz przekazania jej do eksploatacji zgodnie z celem, któremu ma służyć (§9 ust 4 Umowy), co wiąże się z ryzykiem konieczności wykonania czynności dodatkowych, które nie są opisane w przedmiocie zamówienia;
- 1.10.4. opisanie przedmiotu zamówienia poprzez udostępnienie projektu budowlanego oraz PFU dot. innego postępowania przetargowego (SZW/DZP/25/2022), które zostało już zrealizowane przez inny podmiot co wprowadza wątpliwości dot. zakresu prac objętych niniejszym postępowaniem przetargowym (załącznik nr 8 do SWZ)
2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 241 ust 1 i 2 art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy PZP poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z:
- 2.1. wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 1 (**Wykaz robót wykonanych**) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę ukończeniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch (2) zadań budowlanych polegających na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/budynki szpitalne (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264), o powierzchni użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup> (dziewięć tysięcy) i obejmujące między innymi Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) lub Bloku Operacyjnego nie mniejsza niż 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych), przy czym każde zadanie winno polegać na realizacji:
- a) robót konstrukcyjnych,
  - b) robót ogólnobudowlanych w tym drogowych,
  - c) robót elektrycznych,
  - d) robót sanitarnych (wentylacja i klimatyzacja, wod-kan, c.o., c.t., sieci)
  - e) certyfikowanej instalacji gazów medycznych wraz z dostawą paneli nad łóżkowych
- 2.2. wprowadzeniem w treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym Standardów Jakości Realizacji Inwestycji, o którym mowa w pkt 22.2 nr kryterium 4 SWZ



nieuzasadnionego, nadmiernego i niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymogu w postaci konieczności wykazania się -w celu zdobycia maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium 4 „Standardy Jakości Realizacji Inwestycji”- posiadaniem: a/ Systemu zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 lub równoważny z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt; b/ Systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt; oraz c/ Systemu zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;

- 2.3. wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 2 (**Wykaz osób**) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę **dysponowaniem osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiadającym** minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy,
- 2.4. wprowadzeniem w ramach warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 2 (**Wykaz osób**) SWZ nieuzasadnionego ograniczenia w postaci konieczności wykazania się przez Wykonawcę **dysponowaniem osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych posiadającym** minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy

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

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

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

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

647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

Zamawiający w dniu 23.10.2023 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.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 353(1) kc i art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP, 16 pkt 1-3 PZP, 99 ust. 1 i 4 PZP, 431 PZP poprzez ukształtowanie postanowień 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, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

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

**B. Naruszenie zasad zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.**

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 Umowy. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 1)-3) PZP, ale i art. 99 ust. 1 PZP. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Elementem **zasady przejrzystości** jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w



taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg”<sup>1</sup>.

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

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy przetarg Zamawiający w szeregu postanowień Umowy **przerzucił na Wykonawcę ryzyka**, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16<sup>6</sup> i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Za Ewą Wiktorowską<sup>7</sup> cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i

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

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 431.

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

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

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

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

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

---

<https://sip.lex.pl/#/commentary/587871317/668757/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:01);

<sup>8</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431.

<https://sip.lex.pl/#/commentary/587860010/657450/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:06);

<sup>9</sup> Tamże;

---

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, przy Al. „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy pod numerem 0000033102 NIP 778-00-01-070. Kapitał zakładowy: 220 252 500,00 zł - opłacony w całości

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

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

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia<sup>10</sup>. Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia<sup>11</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 1.1. Umowy w § 1 (Definicje) ust. 32 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dot. zarzutu z pkt IV ppkt 1.1.):

*„Usterka” - drobne Roboty wykonane niezgodnie ze sztuką budowlaną, normami, warunkami ich wykonania, itp. lub niezgodnie z Dokumentacją projektową, która to niezgodność powstała z winy Wykonawcy i nie uniemożliwia używania lub korzystania z przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem. ~~na może zostać~~ obiektywnie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, usunięta w terminie 7 dni, o ile strony nie ustalą inaczej.*

##### 1.2. Umowy w § 1 (Definicje) ust. 33 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dot. zarzutu z pkt IV ppkt 1.1.):

*„Wada” - zawinione przez Wykonawcę jawne lub ukryte właściwości tkwiące w stanowiących przedmiot Umowy Robotach powstałych w związku z nienależytym wykonaniem przedmiotu Umowy lub w jakimkolwiek ich elemencie, powodujące niemożność używania lub korzystania z przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, ~~zmniejszenie wartości przedmiotu Umowy, obniżenie stopnia użyteczności przedmiotu Umowy, obniżenie jakości lub inne uszkodzenia w przedmiocie Umowy.~~ Inne niż określone w zdaniu poprzedzającym zawinione przez Wykonawcę nie spełnianie przez przedmiot Umowy wymogów określonych w Umowie, załącznikach do Umowy, przepisach lub normach. Za wadę uznaje się również sytuację, w której przedmiot Umowy nie stanowi własności Wykonawcy albo jeżeli jest obciążony prawem osoby trzeciej.*

**Uzasadnienie – wspólne dla pkt 1.1 do 1.2**

Powyższe postanowienia w proponowanym przez Zamawiającego kształcie i brzmieniu powodują, że w istocie Zamawiający mógłby odmówić dokonania odbioru inwestycji nawet w przypadku wystąpienia drobnych nieprawidłowości nie mających wpływu na możliwość korzystania z obiektu, a co ważniejsze, Zamawiający mógłby odmówić dokonania odbioru obiektu i żądać usunięcia nieprawidłowości nawet w przypadku gdy nieprawidłowość ta byłaby konsekwencją okoliczności zupełnie niezależnych od wykonawcy jak np. wada projektowa albowiem w dotychczasowym brzmieniu definicje Wady oraz Usterki nie były w żaden sposób uzależnione od winy Wykonawcy czy też sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.

Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego Zamawiający ma uprawnienie do odmowy odbioru robót, ale tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym Wykonawca wniósł w tym zakresie o zmianę definicji Wad albowiem obejmowała ona „zmniejszenie wartości przedmiotu Umowy, obniżenie stopnia użyteczności przedmiotu Umowy, obniżenie jakości lub inne uszkodzenia w przedmiocie Umowy”. Każda, nawet najmniejsza nieprawidłowość zmniejsza wartość przedmiotu Umowy i może obniżyć stopień użyteczności przedmiotu Umowy, a także obniża jakość robót. W myśl obowiązujących przepisów oraz ugruntowanej linii orzeczniczej taka nieprawidłowość nie powinna jednak z automatu przesądzać o uprawnieniu Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru. Podobnie możliwość/brak możliwości usunięcia nieprawidłowości w terminie 7 dni nie powinien przesądzać o charakterze wady z uwagi chociażby na fakt, iż często termin usuwania wady uzależniony jest od technologii wykonywania robót, warunków atmosferycznych czy też czasu oczekiwania na zamówione elementy.

Reasumując, zgodnie z przepisami i zasadami (naturą umowy o roboty budowlane) obowiązującymi w prawie cywilnym (umowa o roboty budowlane) Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy do przystąpienia, a w tym do 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), **powodującą ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).**

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

A także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r. I ACa 860/13:



„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."

Reasumując, należy przytoczyć także orzecznictwo KIO (Wyrok KIO z 13.12.2019, KIO 2416/19), które potwierdza, że „(...)nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, postanowienia w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady (...)”.

W związku z tym, również przewidziane w zaskarżonym punkcie postanowienie, że inna niezgodność Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwia użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem **choćby w części, jako przesłanka do odmowy odbioru jest nadużyciem prawa przez Zamawiającego**.

Konkludując, żeby doszło do przekazania inwestycji Zamawiającemu i otrzymania przez Wykonawcę wynagrodzenia musi dojść do gotowości przekazania przez Wykonawcę obiektu (dzieła), które to dzieło nie może mieć wad istotnych. W zamian za to Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty umówionego wynagrodzenia. Warto w tym miejscu przywołać wyrok SN z dnia 5 marca 1997 r. II CKN 28/97 „Protokół odbioru końcowego robót nie jest czynnością wchodzącą w skład robót budowlanych. Jest on **jedynie potwierdzeniem faktu spełnienia świadczenia w określonym terminie i o określonej jakości**. Natomiast samo świadczenie (roboty budowlane) zostało spełnione (wykonane) z dniem zgłoszenia przez Podwykonawcę robót do odbioru (wykonania ostatniej faktycznej czynności pozostającej w związku z realizacją robót budowlanych czy budowlano-montażowych).

Po drugie, zaskarżona bardzo szeroka definicja Wady ma nie tylko znaczenie na kwestię odbiorową, o czym powyżej, ale ma równie ważne znaczenie na etapie usuwania wad. Otóż, według tej definicji Wykonawca miałby być odpowiedzialny za każdą właściwość określoną czy to w definicji Usterki czy to w definicji Wady. Z uwagi na fakt, że dotrzymanie tych postanowień nie zależy tylko od Wykonawcy, jest to nałożenie na Wykonawcę obowiązków, na które nie ma on wpływu. Innymi słowy jest to przyjęcie odpowiedzialności za ryzyka nieidentyfikowane lub leżące w gestii innych podmiotów, np. projektanta. To projektant bowiem decyduje o doborze urządzeń i ich parametrach. Wykonawca powinien być odpowiedzialny za właściwe wbudowanie urządzeń, które są dobrane przez inny podmiot. W innym wypadku Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność, na którą nie ma wpływu. Co więcej Wykonawca nie ma kompetencji do oceny poprawności dokumentacji projektowej z



punktu widzenia wiedzy projektowej, albowiem jest on profesjonalistą, ale z uwzględnieniem jego działalności jako generalnego wykonawcy (a nie projektanta). Nie jest wykonawcą zatem specjalistą w kwestiach obliczeniowych projektu, doboru urządzeń, doboru i obliczeń parametrów jakie powinny być zagwarantowane ze względu na cel przedsięwzięcia.

Dlatego zostały dodane (zaproponowane) przez Wykonawcę postanowienia wprowadzające zasadę zawinienia Wykonawcy za spowodowanie wady/usterki. Nadal Wykonawca byłby odpowiedzialny za powstanie wady, ale tylko wtedy, gdy jako generalny wykonawca, swoim postępowaniem (a więc działaniem i zaniechaniem) doprowadziłby do tego. Jego odpowiedzialność, nadal szeroka, została jednak wtłoczona w pewne ramy, tzn. wymagania uwzględniające jego kompetencje i obowiązki jako generalnego wykonawcy (a nie projektanta), ale i wynikające z Umowy, a nie dowolne wymagania Zamawiającego.

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

Zaproponowane przez Wykonawcę postanowienia przywracają równowagę stron w postaci usunięcia postanowień tworzących odbiór bezusterkowy.

**1.3. Umowy w § 48 ust. 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.1.3):**

*Stwierdzenie Wad podczas któregośkolwiek z Odbiorów Robót uniemożliwia dokonanie Odbioru. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia Wady w ciągu 14 dni od dnia jej stwierdzenia, a w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia Wady w tym terminie, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia Wady w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony.*

**1.4. Umowy w § 48 ust. 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.1.3):**

*W przypadku stwierdzenia Usterki podczas któregośkolwiek z Odbiorów, Strony sporządzą i podpiszą Protokół odbioru, w którym Usterki zostaną wyszczególnione. Usterki zostaną przez Wykonawcę usunięte w terminie 7 dni od dnia podpisania protokołu, a w przypadku obiektywnego braku możliwości usunięcia Usterki w tym terminie, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia Usterki w odpowiednim terminie (uwzględniającym charakter wady, dostępność materiałów oraz możliwości techniczne usunięcia wady) ustalonym przez Strony chyba że Strony w Protokole zgodnie ustalą inny termin ich usunięcia.*

**Uzasadnienie wspólne dla pkt 1.3 i 1.4**

Zaskarżone postanowienia zbyt rygorystycznie podchodzą do kwestii terminowości w przystępowaniu do usunięcia wad, jak i samego ich usunięcia. Zdarzają się okoliczności, że Wykonawca pomimo zachowania należytej staranności, bez swojej winy nie będzie w stanie dotrzymać terminów umownych, choćby w przypadku wystąpienia przyczyn technologicznych uniemożliwiających dotrzymanie terminu (technologia wykonania robót) czy też konieczności zamówienia materiałów bądź urządzeń, a także w przypadku niekorzystnych warunków atmosferycznych. To powoduje, że takie argumenty Wykonawcy powinny zostać uwzględnione i nie powodują w żaden sposób naruszenia interesu Zamawiającego, a przede wszystkim nie udzielają Wykonawcy nieuzasadnionej i zbyt daleko idącej ochrony prawnej.

**1.5. Umowy w § 57 pkt. 4 poprzez jego wykreślenie (dotyczy zarzutu z pkt 1.2.4).****1.6. Umowy w § 57 pkt. 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.2.5):**

*odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia,*

**1.7. Umowy w § 57 pkt. 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.2.1):**

*nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany w wysokości 10 000,00 zł za każdy nieprzedłożony do zaakceptowania projekt umowy lub jej zmiany;*

**1.8. Umowy w § 57 pkt. 8 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.2.2):**

*nieprzedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, w terminie 14 dni w wysokości w wysokości 10 000,00 zł za każdą nieprzedłożoną kopię umowy lub jej zmiany;*

**1.9. Umowy w § 57 pkt. 9 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.2.3):**

*braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 10 000,00 zł za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców;*

**1.10. Umowy w § 58 ust 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.2.6):**

*Łączna wysokość kar umownych jakie Zamawiający może naliczyć wykonawcy nie może przekroczyć **20 %** Maksymalnej Kwoty Wynagrodzenia.*

**Uzasadnienie dla pkt od 1.5 do 1.10.**

Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna nie pełni funkcję stymulującą, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r.V ACa 483/08).

Podkreślenia wymaga fakt, iż kary umowne na poziomie 100.000 zł dot. niewykonania czynności formalnych związanych z angażowaniem podwykonawców, takich jak przedłożenie kopii podpisanej umowy mogą prowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której wartość umowy której przewinienie dotyczy okaże się być dużo niższa niż wartość naliczonej kary umownej. Wobec powyższego zasadny jest wniosek Odwołującego dot. Obniżenia wartości tych kar umownych.

Odnosząc się zaś w ostatniej kolejności do kary umownej określonej w § 57 pkt. 4 Umowy Odwołujący wskazuje na rażąco dysproporcje jej wysokości wobec charakteru przewinień (i ilości przewinień) których może ona dotyczyć. W tym stanie rzeczy oczywistym staje się, iż kara umowna przewidziana w § 57 pkt. 4 Umowy jest rażąco sprzeczna z zasadą proporcjonalności.

**1.11. Umowy w § 1 ust 7 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.3):**

*„**Maksymalna Kwota Wynagrodzenia**” - wskazane w Umowie ~~maksymalne~~ wynagrodzenie brutto Wykonawcy podane z uwzględnieniem podatków, opłat i innych obciążeń publicznoprawnych, zawarte w ofercie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy, może jednak ulec ~~umniejszeniu~~ **zmianie** w przypadkach Umową przewidzianych*

**Uzasadnienie**

Zastosowane przez Zamawiającego postanowienia umowne naruszają zasadę proporcjonalności, zapewniania uczciwej konkurencji, przejrzystości i zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności

przytoczone powyżej postanowienia umowy określają odpowiedzialność wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych partnerskich relacjach nie występuje. W ocenie Odwołującego przytoczona powyżej definicja wynagrodzenie modyfikuje wynagrodzenie ryczałtowe w taki sposób, iż brak będzie możliwości jego podwyższania, i to nawet w przypadku wystąpienia okoliczności, które zgodnie z ustawą lub umową uprawniałyby wykonawcę do podwyższenia takiego wynagrodzenia. Tak zmodyfikowane wynagrodzenie ryczałtowe nakłada na wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

**1.12. Umowy w § 12 ust 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.4):**

*Wykonawca oświadcza, że uwzględnił w ofercie wszelkie dane udostępnione przez Zamawiającego oraz wszelkie warunki lokalne rozpoznane we własnym zakresie z należytą starannością, a niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. Nieuwzględnienie przez Wykonawcę robót lub ich zakresu, z winy Wykonawcy, obciąża wyłącznie Wykonawcę, który w takim przypadku nie może żądać od Zamawiającego zmiany Kwoty Maksymalnego Wynagrodzenia z ww. tytułu ewentualnego wystąpienia robót dodatkowych lub ewentualnego zwiększenia ilości robót — ~~żądać od Zamawiającego zmiany Kwoty Maksymalnego Wynagrodzenia.~~*

**Uzasadnienie**

Zastosowane przez Zamawiającego postanowienia umowne naruszają zasadę proporcjonalności, zapewniania uczciwej konkurencji, przejrzystości i zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności przytoczone powyżej postanowienia Umowy określają odpowiedzialność wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych partnerskich relacjach nie występuje, albowiem nakładają na wykonawcę obowiązek uwzględnienia w swojej ofercie wszelkich robót dodatkowych i zwiększenia ilości robót niezależnie od tego czy nieuwzględnienie takich robót powstało z jego winy czy też nie. W ocenie Odwołującego ww. postanowienia nakłada na wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka związane z możliwością wystąpienia robót dodatkowych, których wykonawca nawet przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od wykonawcy nie mógł przewidzieć w dniu złożenia oferty, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

**1.13. Umowy w § 64 ust 2 poprzez dodanie pkt 9, 10 i 11 o następującym brzmieniu (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.4.):**

9) wystąpienia niemożliwych do przewidzenia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie Robót - pod warunkiem wykazania wpływu zaistnienia takich warunków na przyjęty harmonogram realizacji robót;

10) wystąpienia konieczności realizacji robót dodatkowych lub robót zamiennych, niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy.

11) wystąpienia opóźnień lub przestojów z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

12) działania siły wyższej mającej bezpośredni wpływ na termin wykonania umowy.

#### Uzasadnienie

Katalog zmian Umowy nie obejmuje okoliczności niezależnych od wykonawcy typowych dla realizacji robót budowlanych. Nieuwzględnienie ww. przesłanek w katalogu zmian skutkować będzie najprawdopodobniej odmową dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego w przypadku ziszczenia się takich przesłanek, w skutek czego, ryzyka z tym związane będą obciążać wykonawcę. Zważywszy na fakt, iż wskazane przesłanki nie są okolicznościami zawinionymi przez wykonawcę, oraz że są typowe dla procesu budowlanego, brak przewidzenia zmiany umowy w ww. przypadkach stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady proporcjonalności, zapewniania uczciwej konkurencji, przejrzystości i zapewnienia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności w przypadku braku możliwości zmiany umowy w ww. przypadkach istnieje duże ryzyko, iż wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za zdarzenia od niego niezależne, przyszłe i niepewne co stanowi niedopuszczalną praktykę (por. wyrok KIO 2479/15 z dnia 25.11.2015). Zaskarżone postanowienie również podobnie jak inne postanowienia Umowy narusza zasadę proporcjonalności oraz nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

#### 1.14. Umowy w § 37 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.5):

*Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących zinwentaryzowanych w Dokumentacji projektowej instalacji jak i dokona ich inwentaryzacji poprzez sprawdzenie ich położenia w rzeczywistości na Terenie Budowy, takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje.*

#### 1.15. Umowy w § 37 ust 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.5):

*Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia zinventoryzowanych w Dokumentacji projektowej dróg, rowów odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót. W takim przypadku Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt.*

**1.16. Umowy w § 26 pkt 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt 1.5):**

*kształtu i charakteru Terenu budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturę techniczną w zakresie wynikającym z Dokumentacji projektowej*

**Uzasadnienie wspólne dla pkt 1.14, 1.15. oraz 1.16**

Zaskarżone postanowienie umowy również w rażący sposób narusza zasadę proporcjonalności i wynikający z niej postulat proporcjonalnego rozkładania obowiązków umownych pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę. Przede wszystkim jednak nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie oraz brakiem możliwości przedstawienia przez oferentów konkurencyjnych i porównywalnych ofert. Podkreślenia wymaga fakt, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym przedmiot zamówienia winien być opisany za pomocą dokumentacji projektowej, która to dokumentacja została przygotowana przez podmiot trzeci w ramach odrębnego postępowania przetargowego i powinna uwzględniać obecność wszelkich instalacji na terenie budowy albowiem stanowi ona podstawę do przygotowania ofert przez wszystkich oferentów. Brak naniesienia instalacji na dokumentacji projektowej oznacza, że dokumentacja ta została przygotowana w sposób wadliwy, a oferenci biorący udział w niniejszym postępowaniu przetargowym nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji takiej okoliczności.

**1.17. Umowy w § 36 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.6):**

*Wykonawca, na własną odpowiedzialność i na swój koszt, podejmie wszelkie środki zapobiegawcze wymagane przez rzetelną praktykę budowlaną oraz aktualne okoliczności, aby zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem budowy i unikać powodowania tam jakiegokolwiek ponadnormatywnych zakłóceń czy szkód.*



**1.18. Umowy w § 36 ust 2 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.6):**

*Wykonawca przejmuje ryzyko wszelkich skutków finansowych z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy obiektów sąsiadujących z Terenem budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie ponadnormatywne zakłócenia czy szkody.*

**Uzasadnienie wspólne dla pkt 1.17 i 1.18**

W ocenie Odwołującego sam fakt prowadzenia inwestycji wiąże się pewnymi utrudnieniami dla właścicieli posesji czy obiektów sąsiadujących z Terenem budowy. W przypadku gdy zakłócenia te nie przekraczają normatywnych zakłóceń typowych dla budowy ryzyko ewentualnych roszczeń finansowych powinno spoczywać na Zamawiającym jako beneficjencie inwestycji. Dopiero w przypadku gdy zakłócenia te przybiorą charakter ponadnormatywny i będą wynikać z nienależytego wykonywania obowiązków przez wykonawcę, konsekwencje takiego działania powinny spoczywać na wykonawcy. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 471 ustawy kodeks cywilny. Przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie zakłócenia związane z prowadzeniem budowy narusza zasadę proporcjonalności oraz nakłada na Wykonawcę niezidentyfikowane, nie dające się wycenić ryzyka, co wiąże się z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

**1.19. Umowy w § 11 ust 3 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.7):**

*Przedmiot Umowy będzie realizowany zgodnie z przygotowanym przez Wykonawcę i zaakceptowanym przez Nadzór Harmonogramem z zachowaniem terminów pośrednich w nim wskazanych. Harmonogram, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, po uzyskaniu ostatecznego zatwierdzenia przez Nadzór, będzie stanowił załącznik nr 3 Umowy. ~~Strony ustalą ostateczne brzemienie treści Harmonogramu w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy. W braku współdziałania Wykonawcy w przygotowaniu harmonogramu, W przypadku nie przedłożenia Harmonogramu przez Wykonawcę lub w przypadku odmowy uwzględnienia w Harmonogramie wymagań określonych w Umowie przez Wykonawcę, Harmonogram zostanie przygotowany przez Zamawiającego.~~*

**Uzasadnienie**

Zaskarżone postanowienie jest sprzeczne 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, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, albowiem nadaje Zamawiającemu jednostronne uprawnienie do decydowania o kształcie harmonogramu niezależnie od potrzeb, wymagań i możliwości wykonawcy. Zamawiający winien sprecyzować swoje potrzeby w zakresie harmonogramu w opisie przedmiotu zamówienia lub w Umowie, tak aby każdy z oferentów miał możliwość zapoznania się z tymi wymaganiami jeszcze przed złożeniem oferty.

**1.20. Umowy w § 15 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.8):**

*Wynagrodzenie będzie płatne na podstawie prawidłowo wystawionej faktury przez Wykonawcę, zaakceptowanej przez Nadzór, przelewem bankowym z rachunku Zamawiającego na rachunek Wykonawcy wskazany na fakturach i zgłoszony do rejestru Ministra Finansów tzw. białej listy podatników, w terminie do 30 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu.*

**Uzasadnienie**

Zaskarżone postanowienie jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron, stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, albowiem z jednej strony Zamawiający oczekuje, że wszelkie należności podwykonawców regulowane będą przez wykonawcę w terminie 30 dni, a z drugiej strony wymaga aby termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy przez Zamawiającego był nie krótszy niż 60 dni, z tym zastrzeżeniem, że płatność będzie dokonana dopiero po uregulowaniu przez wykonawcę należności wobec podwykonawców. Tak skonstruowane zasady płatności naruszają zasadę proporcjonalności i obciążają wykonawcę dodatkowym ryzykiem związanym z kredytowaniem inwestycji na rzecz zamawiającego które to ryzyko nie jest możliwe do wycenienia w dniu złożenia oferty.

**1.21. Załącznika nr 8 do SWZ (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA) poprzez wykreślenie następującego fragmentu (dotyczy zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.4):**

~~Pierwotny projekt budowlany oraz PFU znajdują się na stronie szpitala w ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH SZW/DZP/25/2022, Link: <http://przetargi.propublico.pl/OgloszeniaSzczegoly.aspx?MasterPage=EmptyMasterPage&id=56125&archive=true>.~~

**Uzasadnienie**

W przypadku opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający jest obowiązany nie tylko opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ale także w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji (art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z Art. 103. Ust. 1. Ustawy PZP Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Dopiero w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Odwołujący podnosi naruszenie przepisów dot. opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności art. 103 PZP oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp albowiem Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w załączniku **nr 8 do SWZ** odwołał się do projektu budowlanego oraz PFU dotyczącego innego postępowania. W skutek tak dokonanej czynności powstały duże wątpliwości co do tego co jest objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. W ocenie Odwołującego taka praktyka miała na celu przerzucenie na wykonawców ewentualnej odpowiedzialności za pominięcia i braki powstałe na poprzednim etapie tj. na etapie tworzenia dokumentacji projektowej dot. przedmiotu zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję, narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zasadę proporcjonalności, a także zasadę opisaną przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący.

**1.22.Umowy w § 7 pkt 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.1):**

*Wykonawca uzyska wszelkie pozwolenia określone w Umowie, zapłaci podatki, cła i opłaty oraz uzyska na swój koszt wszelkie zezwolenia, w tym zezwolenia i pozwolenia na zajęcia pasa drogowego, ~~na wycinkę drzew i krzewów~~, licencje i zatwierdzenia wymagane przez prawo w odniesieniu do wykonania i ukończenia przedmiotu Umowy oraz usuwania Wad i Usterek, oraz poniesie związane z tym wszelkie koszty i opłaty. Wykonawca ochroni Zamawiającego od wszelkich następstw swoich uchybień w tym zakresie i pokryje mu wszelkie wyniki z tych uchybień koszty*

**1.23.Umowy w § 7 pkt 2 poprzez jego wykreślenie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.1):**

~~*Wykonawca uzyska zezwolenia planistyczne, projektowe lub inne podobne zezwolenia na Roboty oraz każde inne zezwolenia niezbędne dla realizacji inwestycji.*~~

**1.24.Umowy w § 9 ust 2 pkt 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.1):**

*przeprowadzenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego ~~wszelkich niezbędnych~~ procedury administracyjnej ~~(w tym obejmujących uzyskanie pozwoleń na budowę i ewentualnych pozwoleń zamiennych)~~ wraz z obejmującej uzyskanie ostatecznego i bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie Obiektu*

**1.25. Umowy w § 9 ust 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.3):**

*Uznaje się, że Oferta Wykonawcy wybrana w toku postępowania przetargowego, a w szczególności wskazana w niej cena i termin realizacji uwzględnia wszystkie prace i czynności na etapie realizacji, które są niezbędne do ~~osiągnięcia zakładanych parametrów technicznych inwestycji oraz przekazania jej do eksploatacji zgodnie z celem, któremu ma służyć~~ wykonania przedmiotu zamówienia*

**1.26. Umowy w § 9 ust 6 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.3):**

*W razie jakichkolwiek wątpliwości podkreśla się, iż Wykonawca jest zobowiązany wykonać Inwestycję kompleksowo, tj. wykonać pełny zakres prac, który jest konieczny dla uzyskania finalnego efektu określonego Umową, a więc wykonać przedmiot Umowy bez względu na występujące trudności, jakie Wykonawca winien był przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych mogą wystąpić na etapie realizacji*

**1.27. Umowy w § 10 ust 1 pkt 4 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.1):**

*~~przeprowadzenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszelkich niezbędnych~~ procedur administracyjnych wraz z uzyskanie ostatecznego i bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie Obiektu,*

**1.28. Umowy w § 10 ust 1 pkt 5 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.1):**

*~~uzupełnienie oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. wszelkich niezbędnych dla wybudowania i funkcjonowania Inwestycji pozwoleń i uzgodnień gestorów wszelkich sieci~~*

**1.29. Umowy w § 59 ust 1 poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 1.10.2):**

*Zakres odpowiedzialności Wykonawcy obejmuje wszelkie czynności zmierzające do realizacji umownych i ustawowych obowiązków Wykonawcy, jak i nałożonych w trybie administracyjnym na Wykonawcę lub Zamawiającego*

w związku z realizacją Umowy o ile wynikają one z niewykonania bądź nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę.

**Uzasadnienie wspólne dla pkt od 1.22 do 1.29:**

Zaskarżone postanowienia umowne również w nieuprawniony, co za tym idzie nieprecyzyjny rozszerzają obowiązki Wykonawcy o niedające się zidentyfikować ryzyka. Istnieje bowiem możliwość, że w związku z niedokładną dokumentacją przygotowaną przez Zamawiającego (np. projektową) zostaną pominięte istotne okoliczności wpływające na konieczność uzyskania konkretnej decyzji lub pozwolenia. To z kolei nie pozwoli na wycenienie (kosztu) i założenie czasu przez Wykonawcę w ofercie. Dlatego również i to postanowienie narusza wskazane przepisy i zasady PZP. Jeżeli zamawiający oczekuje od wykonawcy uzyskanie decyzji, pozwoleń, uzgodnień itp. to powinien wyraźnie wskazać jakie decyzje, pozwolenia i uzgodnienia winien uzyskać wykonawca. Co więcej, przedmiot umowy obejmuje wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego dlatego zupełnie niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający oczekuje od wykonawcy uzyskania pozwolenia na budowę, bądź zamiennego pozwolenia na budowę, czy też zezwolenia planistycznego, projektowego lub innego podobnego zezwolenia na Roboty. Użycie nieostrych sformułowań np. wszelkich pozwoleń, niezbędnych pozwoleń czy też odnoszenie się do funkcjonalności budynku w przyszłości nie spełnia wymogu wynikającego z treści Art. 99. Ust 1 ustawy PZP tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dlatego też przywrócenie zgodności temu postanowieniu umownemu powinno nastąpić poprzez postulowane jego brzmienie (jak wyżej wskazano). W wyniku powyższych postanowień także istnieje teoretycznie możliwość (ryzyko), że Wykonawca będzie obciążony obowiązkiem, który wyniknie ze zmian w prawie.

**1.30.SWZ w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 1 (Wykaz robót wykonanych) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 2.1):**

***Wykaz robót wykonanych** - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwa (2) zadania budowlane polegające na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/budynki ~~szpitalne (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264)~~ użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup> (dziewięć tysięcy) i obejmujące między innymi Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) lub Bloku Operacyjnego nie*

*mniej niż 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych) – załącznik nr 4 do SWZ.*

*Każde zadanie polegało na realizacji:*

- a) robót konstrukcyjnych,*
- b) robót ogólnobudowlanych w tym drogowych,*
- c) robót elektrycznych,*
- d) robót sanitarnych (wentylacja i klimatyzacja, wod-kan, c.o., c.t., sieci)*
- ~~*e) certyfikowanej instalacji gazów medycznych wraz z dostawą paneli nad łóżkowymi*~~

~~*Pod pojęciem budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej należy rozumieć obiekty budowlane sklasyfikowane w klasie 1264 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).*~~

**Każda wymieniona w tabeli robota budowlana powinna być poparta dokumentem potwierdzającym, że została wykonana należyście**

**Uzasadnienie:**

Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do inwestycji referencyjnych w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, pozbawiając tym samym możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców dających Zamawiającemu realną rękojmię prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, iż warunki udziału w postępowaniu powinny zostać określone zgodnie z wymogami określonymi m.in. art. 112 ust. 1 PZP, zgodnie z którym, „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. Wskazane warunki powinny zatem zostać określone przez Zamawiającego w sposób, który zabezpieczy go przed dostępem do postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym warunki te nie powinny prowadzić do ograniczenia dostępu do postępowania podmiotom obiektywnie dającym Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie chociażby w uzasadnieniu wyroku z 16 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1500/19), gdzie wskazano iż: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez minimalny poziom. Zachowanie zasady



proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu.”.

Wskazać należy, iż nieuzasadnione i nadmierne jest oczekiwanie Zamawiającego aby budynek referencyjny był obiektem szpitalnym. Takie zawężenie kategorii budynków referencyjnych z jednej strony prowadzi do nieuprawnionego ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu dla wykonawców obiektywnie dających rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie daje Zamawiającemu praktycznie żadnych korzyści, albowiem zakres i sposób wykonania obiektów szpitalnych w zasadzie nie różni się od zakresu i sposobu wykonywania innych budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego do wykazania rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia nie jest niezbędne, aby inwestycja referencyjna była inwestycją o przedmiocie tożsamym zakresowo z inwestycją objętą postępowaniem przetargowym, a jednocześnie mając na uwadze ilość obiektów szpitalnych o podobnym zakresie i wartości zrealizowanych w ostatnich 5 latach w Polsce, skutecznie eliminuje konkurencyjne firmy wykonawcze dające rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Wobec powyższego tym bardziej zasadny jest wniosek Odwołującego dot. rozszerzenia kategorii budynków referencyjnych do budynków użyteczności publicznej celem wykazania doświadczenia potencjalnych wykonawców.

**1.31.SWZ w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 1 (Wykaz robót wykonanych) poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 2.2):**

***Standardy Jakości Realizacji Inwestycji***

*W kryterium "Standardy Jakości" Zamawiający oceniać będzie standardy jakości stosowane w trakcie prowadzenia prac budowlanych. Ocena standardów zostanie dokonana na podstawie oferty poprzez ocenę treści oferty i punktację w zakresie systemów zarządzania i jakości stosowanych w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego, potwierdzonych certyfikatami dołączonymi do oferty przez Oferenta (ważnymi na dzień złożenia oferty). Maksymalna ilość małych punktów przyznanych w tym kryterium wynosi 6. Każda oferta otrzyma punkty za każdy z wymienionych poniżej certyfikatów. Brak dołączenia certyfikatu do oferty lub dołączenie certyfikatu nieważnego na dzień złożenia ofert, oznacza, że oferta nie otrzymuje punktów za dany certyfikat. ~~Dołączenie do oferty certyfikatu nie spełniającego wszystkich warunków, np. nie dotyczącego budownictwa medycznego oznacza niższą ocenę. Dołączenie certyfikatu dotyczącego np.; usług projektowych a nie wykonawstwa oznacza ocenę "0" pkt. dla danego certyfikatu.~~*

*Zamawiający przyzna ofercie punkty za każdy z wymienionych certyfikatów Oferenta, dołączonych do oferty:*

~~a/ System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 lub równoważny z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;~~  
~~System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 lub równoważny z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa ogólnego - 2 pkt;~~  
~~Brak certyfikatu - 0 pkt.~~

~~b/ System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;~~

~~System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N ISO 45001:2018 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa ogólnego - 2 pkt;~~

~~Brak certyfikatu - 0 pkt.~~

~~c/ System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;~~

~~System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa ogólnego - 2 pkt;~~

~~Brak certyfikatu - 0 pkt.~~

*Ilość pkt. przyznana porównywanej ofercie dzielone przez max. ilość pkt. (6) pomnożone przez 15.*

#### **Uzasadnienie:**

Nieuprawnione i dyskryminujące jest dodatkowe punktowanie przez Zamawiającego w ramach oceny ofert (Standardy Jakości) posiadania przez Wykonawcę:

a/ System zarządzania jakością wg wymagań ISO 9001:2015 lub równoważny z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;

b/ System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy wg wymagań PN-N 18001:2004 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;

c/ System zarządzania wg wymagań ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 z zakresem certyfikacji: wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego - 2 pkt;

W tym miejscu wskazać należy, że w odniesieniu do wskazanych norm, dodanie w certyfikacie rozszerzeń „wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” w praktyce nie przekłada się na żadne dodatkowe korzyści czy atuty dla Zamawiającego, ani też nie determinuje większego doświadczenia, jakości czy też profesjonalizmu konkretnego wykonawcy. Wskazać także należy, że zakres certyfikacji jest ustalany przez podmiot będący przedmiotem certyfikacji, w konsekwencji czego jest on opisany tak, jak wnioskuje dany wykonawca ubiegający się o certyfikację, a sam wykonawca ubiegający się o taki zakres certyfikacji nie musi wykazywać się żadnymi dodatkowymi kompetencjami przed jednostką certyfikującą. Obiekty medyczne na tożsamym poziomie profesjonalizmu i jakości jest w stanie wykonać podmiot posiadający w zakresie certyfikacji wykonawstwo

obiektów budownictwa ogólnego, jak i podmiot mający szczegółowo wskazane wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego. Zatem samo z siebie wskazanie w certyfikacie rozszerzenia „wykonawstwo obiektów budownictwa medycznego” nie przekłada się na żaden zwiększony poziom profesjonalizmu czy doświadczenia wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek zrealizować prawidłowo inwestycję, tj. m.in. zgodnie z przepisami, normami itp., a do wykonania tego nie jest niezbędne ani kluczowe posiadanie przez wykonawcę certyfikatów z rozszerzeniami wskazanymi przez Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę, iż obiekt szpitalny jest jednym z obiektów budownictwa ogólnego dlatego też podmiot posiadający certyfikaty w zakresie obiektów budownictwa ogólnego spełnia wymogi ISO w zakresie obiektów budownictwa medycznego. Tym samym posiadanie certyfikatów w zakresie obiektów budownictwa ogólnego (tj. nie ograniczonych jedynie do obiektów budownictwa medycznego) nie może być utożsamiany z gorszymi standardami jakościowymi stosowanymi w trakcie prowadzenia prac budowlanych przez wykonawcę. Wręcz przeciwnie, posiadanie certyfikatów w zakresie obiektów budownictwa ogólnego oznacza, że wykonawca posiada szersze spektrum w zakresie systemów zarządzania i jakości stosowanych w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego. W świetle powyższego zupełnie niezrozumiałe jest faworyzowanie przez Zamawiającego tych wykonawców, którzy legitymują się certyfikatami w zakresie „wykonawstwa obiektów budownictwa medycznego”

Na marginesie jedynie Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w swoich wymaganiach powołał się m.in. na normę ISO 18001, która została już zastąpiona międzynarodowa norma w zakresie systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy ISO 45001. **Norma ta zastępuje dotychczasowe normy w zakresie systemu zarządzania BHP** tj. polską normę PN-N 18001:2004 i brytyjską normę BS OHSAS 18001:2007.

**1.32.SWZ w pkt 9.2 ppkt 1 Lp. 2 (Wykaz osób) SWZ poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (dotyczy Zarzutu z pkt IV ppkt 2.3 i 2.4):**

**„Wykaz osób**

**Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą:**

- a) wykształcenie wyższe techniczne,
- b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz drogowej,
- c) minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy, potwierdzone wpisami do dziennika budowy,
- d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy (potwierdzonej wpisami do dziennika budowy) przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o powierzchni

użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup>, z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wyłącznie, o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego.

**Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiadającą:**

- a) wykształcenie wyższe techniczne,
- b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- c) minimum **5 letnie** doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy,
- d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (potwierdzonej wpisami do dziennika budowy) przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264) o powierzchni użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup>, o wartości robót co najmniej 100 000 000 zł brutto (sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego.

**Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, elektroenergetycznych i teletechnicznych posiadającą:**

- a) wykształcenie wyższe techniczne,
- b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- c) minimum **5 letnie** doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy,
- d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (potwierdzonej wpisami do dziennika budowy) przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264), o powierzchni użytkowej min. 9 000 m<sup>2</sup>, o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego.

**Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika/koordynatora dostaw aparatury medycznej/robót technologicznych posiadającą:**

- a) wykształcenie wyższe techniczne,
- b) minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/koordynatora dostaw aparatury medycznej/robót technologicznych,
- c) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/koordynatora przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264), o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych), i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 9 000 m<sup>2</sup>.

W przypadku, gdy Wykonawca dysponuje personelem kierowniczym spoza terytorium RP, osoby te muszą:

- a) posiadać wykształcenie i kwalifikacje wymagane do świadczenia usług we wskazanej branży budowlanej w kraju zamieszkania tych osób,
- b) posiadać decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych we wskazanej branży budowlanej zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. (Dz. U. Nr 63, poz. 394) o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej lub posiadać prawo do świadczenia usług transgranicznych.

**Wykonawca dysponuje** min. 1 osobą lub osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia (z uwagi na charakter zaplanowanych prac polegających na modernizacji zainstalowanych już systemów teletechnicznych), posiadającym/mi odpowiednie certyfikaty, wiedzę i doświadczenie w zakresie instalacji, obsługi i uruchamianiu poniższych systemów:

- a) System sygnalizacji pożarowej (centrale pożarowe POLON 6000 zainstalowane w obszarze Szpitala) – wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „Rozproszonego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 6000”
- b) System dźwiękowego systemu ostrzegawczego (Ambient Multives zainstalowanego w obszarze Szpitala) – wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „instalowania/ programowania/ uruchamiania/ konserwacji dźwiękowego systemu ostrzegawczego MULTIVES”
- c) System liniowej czujki ciepła zainstalowanego w obszarze Szpitala – wymagany ważny certyfikat CIS – „Certyfikowany Integrator Systemu LIST” lub równoważny w zakresie tej funkcji wydany na pracownika Wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia .

Wykaz osób – załącznik nr 5 do SWZ.

**Każda wymieniona w tabeli dostawa powinna być poparta dokumentem potwierdzającym, że została wykonana należycie.”**

#### Uzasadnienie:

Odwotujący wskazuje, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w zakresie kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych dot. co najmniej 10 letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy są nadmierne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego nie zachodzą żadne szczególne przesłanki do zastosowania tak długiego terminu okresu doświadczenia tym bardziej, że długość praktyki zawodowej **jest tylko jednym z elementów sformułowanego przez Zamawiającego warunku.** 10-letni okres doświadczenia należy uznać za stanowczo zbyt długi, w szczególności mając na względzie przedmiot i charakterystykę przedmiotowego zamówienia. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, iż branża budowlana jest branżą, która permanentnie, znacząco i szybko się rozwija. Stały

rozwój branży budowlanej powoduje dezaktualizację rozwiązań technologicznych, uważanych za akceptowalne w okresie 10 lat wstecz. Rozwój ten wynika w szczególności z szybkości z jaką zmieniają się możliwości technologiczne, techniczne i sprzętowe. Ponadto stały rozwój podyktowany jest również oczekiwaniami rynku oraz uwarunkowaniami prawnymi (np. wymogi prawne dot. bezpieczeństwa budynków). W tym ujęciu, powoływanie się na doświadczenie nabyte nawet 10 lat przed terminem składania ofert należy uznać za niezasadne i nieproporcjonalne. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1586/13, odnosząc się do warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, uznała, że wymóg legitymowania się przez inżyniera koordynatora budowy i kierownika budowy dziesięcioletnim doświadczeniem zawodowym jest warunkiem nadmiernym, nieuzasadnionym potrzebą zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywane przez odpowiednio wykwalifikowaną kadrę. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, osobę, która zgodnie z wymaganiami zamawiającego, posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy projektu polegającego na budowie obiektu służby zdrowia o wartości inwestycji nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto, **należy uznać za dającą rękojmię prawidłowego sprawowania tej funkcji w ramach inwestycji będącej przedmiotem zamówienia, również w przypadku, gdy jej staż zawodowy wynosi mniej niż 10 lat.**

Zmiany w technologiach w ostatnich latach diametralnie zmieniają sposoby realizacji inwestycji, co odpowiada nowym możliwością jakie niosą nowe technologie. Nie można uznać, że rozwiązania funkcjonujące 10 lat temu oraz nabyte wówczas doświadczenie będzie pozwalało na właściwe przygotowanie inwestycji, uwzględniające uwarunkowania technologiczne i/lub prawne obowiązujące obecnie. Odwołujący wskazuje, iż wymóg legitymowania się 10 letnim doświadczeniem nie posiada cech niezbędności i nie jest uzasadniony ani przedmiotem zamówienia ani zakresem kompetencji. W ocenie Odwołującego bardzo wątpliwym jest aby przy realizacji robót kierownik robót sanitarnych lub elektrycznych kierował się doświadczeniem zdobytym 10 lat wcześniej, w szczególności mając na względzie dynamiczny postęp technologiczny, który miał miejsce w ostatnich latach, czy też zmiany w zakresie wymogów dot. realizacji robót budowlanych (np. norm) oraz rozwój branży elektrycznej i sanitarnej. Odwołujący wskazuje, iż wiele z rozwiązań i urządzeń sanitarnych i elektrycznych które są stosowane aktualnie nie były powszechnie stosowane bądź dostępne 10 lat temu (np. Instalacja IP DECT, Instalacja cyfrowego systemu przyzywowego zintegrowanego z IPDECT, Instalacja systemu kolejkowego z włączeniem do systemu HIS Szpitala, Instalacja opomiarowania parametrów krytycznych, które to instalacje są przewidziane w niniejszym zamówieniu) . Tak sformułowany warunek udziału, który w sposób nieuzasadniony istotnie ogranicza ilość podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu przetargowym, stanowi postanowienie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie dyskryminuje wykonawców i narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający zachwiał równowagę bowiem uniemożliwił ubieganie się o



zamówienie tym wykonawcom, którzy dysponują porównywalnymi kompetencjami, dającymi rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a którzy nie spełniają opisanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

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

## VI. Podsumowanie.

Wszystkie podniesione zarzuty wychodzą i skupiają się wokół art. 16 PZP oraz art. 431 PZP i zasad nich wytyczących.

Bowiem zasady wyrażone w art. 16 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja (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 [art. 7 poprzedniej ustawy PZP można traktować jako odpowiednik art. 16 PZP]:

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

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

Powyższe z kolei nieodłącznie związane jest z **naruszeniem zasady proporcjonalności (adekwatności) rozwiązań zastosowanych przez Zamawiającego**. Bowiem obowiązki

nałożone na Wykonawcę są zbyt rygorystyczne, w kształcie i treści zaproponowanej uwzględniają tylko źle pojęty interes Zamawiającego i jako takie nie wytrzymują próby spełniania warunków, które uwzględniają zasadę proporcjonalności środków i metod zastosowanych przez Zamawiającego, w szczególności jeśli chodzi o postanowienia regulujące odbiór przedmiotu umowy.

Z tych względów, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

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