

Celestynów, dnia 31 marca 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający: **Specjalistyczny Szpital**
im. dr Alfreda Sokołowskiego

KRS: 0000046016

NIP: 8862385315

REGON: 890047446

adres do korespondencji:

ul. Sokołowskiego 4

58-309 Wałbrzych

e-mail: sekretariat@szpital.walbrzych.pl

natalia@prudenspdp.pl

andrzej.nowinski@zdrowie.walbrzych.pl

Odwołujący: **ARCUS TECHNOLOGIE Sp. z o.o.**

KRS: 0000588323

NIP 5322055386

REGON 363072455

reprezentowany przez:

Arkadiusza Masny – Prezesa Zarządu

uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji

adres do korespondencji:

Wincentego Witosa 17,

05-430 Celestynów

e-mail: biuro@arcus-technologie.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), pn. **„Budowa budynku pediatrycznego z oddziałem onkologicznym / budynek "H" / Specjalistycznego Szpitala im. dra A. Sokołowskiego w Wałbrzychu”** nr postępowania: **Zp/19/PN/25** (dalej: „**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy **ARCUS TECHNOLOGIE Sp. z o.o.** (dalej: „**Odwolujący**”), na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) (dalej: „**ustawa Pzp**”), wnoszę Odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Specjalistycznego Szpitala im. dr Alfreda Sokołowskiego z siedzibą w Wałbrzychu (dalej: „**Zamawiający**”), do których doszło w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Budowa budynku pediatrycznego z oddziałem onkologicznym / budynek "H" / Specjalistycznego Szpitala im. dra A. Sokołowskiego w Wałbrzychu”** nr postępowania: **Zp/19/PN/25**.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego, **zarzucam**:

1. naruszenie art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 353¹ kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez oznaczenie w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Projektowanych postanowieniach Umowy terminu wykonania zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności oraz obowiązujących przepisów prawa, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na

- rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współzycia społecznego, a także prowadząc do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2. naruszenie **art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp**, poprzez sformułowanie postanowień Umowy oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, w sposób niejednoznaczny i wzajemnie sprzeczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział nierealny termin realizacji zamówienia;
 3. co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji (**art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp**), naruszenia **art. 17 ust. 2 ustawy Pzp**, poprzez dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy dopuszczonemu do składania ofert niezgodnie z ustawą Pzp, a także innych przepisów wskazanych z treści uzasadnienia niniejszego Odwołania;
 4. naruszenie **art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp**, w związku z **art. 16 ustawy Pzp**, poprzez ustalenie w Projektowanych postanowieniach Umowy terminów odbioru robót w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem, tj. protokołu odbioru robót bez wad. Powyższe bezsprzecznie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
 5. naruszenie **art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 568 § 1 k.c. i 577 § 4 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp**, w związku z **art. 16 ustawy Pzp**, poprzez ustalenie w Projektowanych postanowieniach Umowy terminów rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem, tj. od daty bezusterkowego odbioru robót;
 6. naruszenia **art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. i art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez zastrzeżenie w §16 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy rażąco wygórowanych kar umownych;
 7. naruszenia **art. 353¹ k.c., art. 354 §1 i 2 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp**, poprzez skonstruowanie Projektowanych zapisów Umowy w sposób powodujący uprzywilejowanie Zamawiającego oraz naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługujących mu praw podmiotowych, prowadząc do naruszenia podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez ustanowienie rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych kar umownych, a więc zastosowanie przez Zamawiającego środków nadmiernych i

wykraczających poza działania, które są konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna.

Na podstawie podniesionych zarzutów, wnoszę o:

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania postanowień Umowy z §5 ust. 4 Umowy i nadanie mu następującej treści: Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę **w terminie 3 miesięcy** od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego/ **w terminie 80 dni** od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia postanowień dotyczących terminów wykonania Przedmiotu Umowy, a więc doprecyzowanie, ile dokładnie czasu Zamawiający przewidział na każdy z etapów (dla budynku tlenowni i budynku pediatrii) określonych w §2 ust 1 Umowy oraz w §5 Umowy;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokładnego określenia, **kiedy dokładnie Wykonawca powinien uzyskać ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie (czy łącznie w zakresie budynku tlenowni i pediatrii, czy też osobno dla każdej z robót)**;
- 5) nakazanie Zamawiającemu, w konsekwencji punktu 3) powyżej, określenia, od której daty powinna być liczona gwarancja i rękojmia, a ponadto rozdzielenie gwarancji i rękojmi dla każdego z realizowanych budynków;
- 6) nakazanie Zamawiającemu rozdzielenia wynagrodzenia należnego za wykonane roboty budowlane, tj. zmodyfikowanie postanowienia z §11 ust. 5 Umowy oraz z §11 ust. 6 Umowy, tak aby nie było wątpliwości w jakiej wysokości i za jakie roboty budowlane i w jakim czasie przysługuje Wykonawcy wynagrodzenie;
- 7) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany postanowienia §9 ust. 7 Umowy, polegającej na usunięciu z postanowień Umowy protokołów bez wad i pozostawienie „protokołu odbioru końcowego”, „protokołu odbioru częściowego” oraz „protokołu robót zanikających lub podlegających zakryciu”;
- 8) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmiany postanowienia §10 ust. 3 zd. 2 Umowy, polegającej na usunięciu z postanowień Umowy odbioru bez wad i usterek i nadanie mu następującej treści: (...) Termin gwarancji biegnie od daty podpisania protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w §9 ust. 7 Umowy.
- 9) zmniejszenie wysokości kar umownych i maksymalnej wysokości kar umownych i nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania postanowień z §16 ust. 1 Umowy oraz § 16 ust. 4 Umowy i nadanie im następującej treści:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1) za zwłokę w opracowaniu i przekazaniu Zamawiającemu Koncepcji w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 2, w wysokości **0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 1) Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 2) za zwłokę w opracowaniu kompletnego projektu budowlanego oraz złożeniu kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 3, w wysokości **0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 1) Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 3) za zwłokę w wykonaniu w Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3), w stosunku do określonego w Umowie terminu jego wykonania, w wysokości **0,01 %**

- łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 2) Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 4) za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4) w stosunku do określonego w Umowie terminu jego wykonania, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 3) Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
 - 5) za zwłokę w usunięciu stwierdzonych podczas odbiorów wad Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w Dokumentacji Projektowej lub w robotach budowlanych, w stosunku do terminów wskazanych w Umowie lub określonych zgodnie z jej postanowieniami przez Zamawiającego, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 1) lub 2) bądź 3) Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki – w zależności od tego, której części przedmiotu Umowy wady dotyczą,
 - 6) za zwłokę w realizacji któregośkolwiek z obowiązków z tytułu gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminów określonych w Umowie lub OPZ, w szczególności w zakresie usuwania zgłoszonych wad, awarii lub usterek, w stosunku do terminów wskazanych w Umowie lub określonych zgodnie z jej postanowieniami przez Zamawiającego, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
 - 7) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości **0,1 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w umowie podwykonawczej, której brak zapłaty lub nieterminowa zapłata dotyczy, za każdy taki przypadek;
 - 8) w przypadku nieprzedłożenia zgodnie z postanowieniami Umowy do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 2) lub 3) Umowy (w zależności od tego, jaki zakres realizacji przedmiotu Umowy został zlecony danemu podwykonawcy), za każdy taki przypadek,
 - 9) w przypadku nieprzedłożenia zgodnie z postanowieniami Umowy poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 1), 2) lub 3) Umowy (w zależności od tego, jaki zakres realizacji przedmiotu Umowy został zlecony danemu podwykonawcy), za każdy taki przypadek;
 - 10) w przypadku braku zgodnie z postanowieniami Umowy zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, w wysokości **0,01 % łąnego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 pkt 1), 2) lub 3) Umowy (w zależności od tego, jaki zakres realizacji przedmiotu Umowy został zlecony danemu podwykonawcy), za każdy taki przypadek;
 - 11) w przypadku niezrealizowania zgodnie z postanowieniami Umowy obowiązku zatrudnienia osób, o których mowa w § 18 ust. 6 na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Umowie lub nieprzedłożenia przez Wykonawcę zgodnie z żądaniem Zamawiającego, o którym mowa w § 18 ust. 11 Umowy któregośkolwiek z dokumentów tam określonych we wskazanym tam terminie, w wysokości **1 000,00 zł odpowiednio za każdą osobę lub, za każdy przypadek naruszenia obowiązku przekazania dokumentów**;
 - 12) w przypadku uniemożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 18 ust. 10 pkt. 3 lub nieudzielenia wyjaśnień, o których mowa w § 18 ust. 10 pkt. 2, w wysokości **500,00 zł za każde uniemożliwienie przeprowadzenia kontroli lub nieudzielenie wyjaśnień**;

- 13) w przypadku, gdy roboty objęte zamówieniem będą realizowane przez podmiot inny niż Wykonawca lub Podwykonawca zaakceptowany przez Zamawiającego zgodnie z Umową - w wysokości **3 000,00 zł za każdy taki przypadek**;
- 14) w przypadku zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnienie obowiązku posiadania ubezpieczenia zgodnie z postanowieniami § 13, w wysokości **0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 15) za niedotrzymanie zasad poufności, o których mowa w § 19 Umowy - w wysokości **3 000 zł za każdy stwierdzony przypadek**,
- 16) za zwłokę w stosunku do terminów określonych w Umowie w przedłożeniu przez Wykonawcę szczegółowego Harmonogramu lub zwłokę w dokonaniu wskazanych przez Zamawiającego zmian w nim, w wysokości **0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 17) za zwłokę w przedłożeniu przez Wykonawcę kosztorysu, o którym mowa w § 6 ust. 3 w stosunku do terminu określonego w Umowie, w wysokości **0,01 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 18) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości **10% wartości łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy.

4. Kary umowne, o których mowa w ust. 1 pkt 1 – 17 mogą podlegać sumowaniu, ale nie mogą przekroczyć 20% łącznego wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 11 ust. 1 Umowy.

Ponadto, wnoszę o:

- 10) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego Odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu Odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą;
- 11) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie

I. Termin na wniesienie Odwołania

1. Termin na wniesienie Odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp). W dniu 19 marca 2025 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej Ogłoszenie o zamówieniu oraz inne dokumenty dotyczące niniejszego Postępowania. Z uwagi na fakt, że termin 10 dni liczony od dnia 19 marca 2025 r. upływa w dniu 29 marca 2025 r. (sobota), termin na wniesienie niniejszego Odwołania dotyczące zmiany postanowień SWZ oraz Projektowanych postanowień Umowy został zachowany, ponieważ zgodnie z treścią art. 115 Kodeksu cywilnego, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Tym samym, Odwołanie wniesione w dniu 31 marca 2025 r. jest Odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego

2. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego Odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa modułowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego

zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty, ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

3. Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, działając w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w obszarze objętym zakresem zamówienia, jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu oraz złożeniem oferty. Jednakże, czynności i zaniechania Zamawiającego wskazane w niniejszym Odwołaniu, mogą uniemożliwić Odwołującemu skuteczny udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji. Pozbawia to Odwołującego faktycznych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz jego wykonanie w warunkach uczciwej konkurencji, a tym samym możliwości osiągnięcia korzyści z tytułu wykonania zamówienia. Odwołujący ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania w warunkach uczciwej konkurencji, a także równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności.
4. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem: „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ oraz wzoru umowy przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkoda jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty oraz możliwość dotrzymania warunków umownych, co przekłada się na należyte wykonanie przedmiotu zobowiązania umownego” (wyrok KIO z dnia 19.12.2018r.; sygn. akt: KIO 2525/18).

III. Uwagi ogólne

5. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach dalszej części Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Projektowanych postanowień Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazuję, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz Postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacji zamówienia, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinna być tak ukształtowana, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.
6. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiąza się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich

¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05

wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że **swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa** (art. 353¹ k.c.).

7. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako **równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.**
8. Badając zatem umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego **umowy służą realizacji woli stron je zawierających.** O naruszeniu zasad współzycia społecznego, w postaci wymogu sprawiedliwości umowy, można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, **gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego.** Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. **Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.** Tak też jednoznacznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienia publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

IV. Stan faktyczny

9. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Budowa budynku pediatrycznego z oddziałem onkologicznym / budynek "H" / Specjalistycznego Szpitala im. dra A. Sokołowskiego w Wałbrzychu”.**
10. W dniu 19 marca 2025 r. Zamawiający opublikował Ogłoszenie o zamówieniu oraz pozostałe dokumenty dot. Postępowania, w tym OPZ, SWZ oraz Projektowane postanowienia Umowy.
11. Zgodnie z treścią Rozdziału I Opisu Przedmiotu Zamówienia – Opis stanu faktycznego – Zamawiający, w ramach realizacji zamówienia pn. „Budowa budynku pediatrycznego Specjalistycznego Szpitala im. dr Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu”, zamierza zlecić szereg robót budowlanych mających na celu kompleksową realizację inwestycji. Zadanie to pierwotnie zostało podzielone na dwa etapy, jednak w związku z brakiem ofert, które spełniałyby wymagania Zamawiającego, w celu optymalnej realizacji przedsięwzięcia podjął decyzję o **przeprowadzeniu Postępowania obejmującego wykonanie robót budowlanych dwóch obiektów łącznie.**
12. Podkreślenia wymaga fakt, że obiekty te, w ocenie Zamawiającego, muszą łącznie funkcjonować, aby móc zapewnić prawidłowe funkcjonowanie Szpitala, w szczególności bez budynku tlenowni nie będzie mógł funkcjonować przyszły obiekt budynku pediatrycznego.
13. Zamawiający poinformował także, że w miejscu, w którym ma powstać budynek pediatrii, usytuowane są dwa budynki magazynowe o łącznej kubaturze 177,00 m³, których rozbiórki

² Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2949/13

³ Wyrok KIO sygn. akt: KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

należy dokonać. Dodatkowo, na terenie znajdują się również drzewa liściaste, które - po uzyskaniu decyzji - należy wyciąć. W związku z powyższym, wszystkie wymienione powyżej zadania i czynności należy uwzględnić w kosztach realizacji.

14. Zamawiający wskazał także, że w ramach przedmiotu zamówienia można wyróżnić następujące główne zadania:
- 1) wykonanie robót budowlanych polegających na budowie wolnostojącego budynku tlenowni do obsługi sieci tlenowej dla potrzeb Specjalistycznego Szpitala im. dr Alfreda Sokołowskiego, zlokalizowanego przy ul. Sokołowskiego 4 w Wałbrzychu wraz z przeniesieniem istniejącego zbiornika ciekłego tlenu wraz z parownikami atmosferycznymi oraz niezbędną armaturą i tablicą redukcyjną. Dla wskazanych robót budowlanych Zamawiający posiada już dokumentację projektową oraz niezbędne dokumenty formalno - prawne. Zamawiający poinformował, że dysponuje ważną decyzją administracyjną zatwierdzającą projekt budowlany oraz udzielającą pozwolenia na budowę;
 - 2) opracowanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej budowę budynku pediatrycznego Specjalistycznego Szpitala im. dr Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym;
 - 3) uzyskania pozwolenia na budowę dla budynku pediatrycznego;
 - 4) następnie, wykonanie robót budowlanych na podstawie wykonanego i zatwierdzonego przez Zamawiającego projektu oraz po wydaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę oraz dokumentacji powykonawczej;
 - 5) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla obu budynków;
 - 6) dostawę i montaż wyposażenia;
 - 7) wykonanie rozbiórki obiektów budowlanych wskazanych na rzutach terenu oraz mapach, które znajdują się na terenie realizacji zadania;
 - 8) wykonanie inwentaryzacji dendrologicznej oraz uzyskanie zgody wraz z uiszczeniem opłat (jeżeli dotyczy) za wycinkę drzew i krzewów znajdujących na terenie realizacji zadania.

V. Uzasadnienie zarzutów Odwołania

[Nierealny i niezgodny z obowiązującymi przepisami termin zrealizowania Przedmiotu Umowy]

15. Na wstępie warto wskazać, że zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
16. W prawie zamówień publicznych zasada ta doznaje wielu ograniczeń, niemniej zgodnie z at. 187 k.c. nie można zawrzeć umowy o świadczenie niemożliwe, gdyż będzie ona nieważna.
17. Do obligatoryjnych postanowień umów o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp należy określenie planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.
18. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 września 2018r. (sygn. akt: KIO 1826/18) i z dnia 19 grudnia 2018r. (sygn. akt: KIO 2525/18), termin wykonania zamówienia musi być realny, zgodny z obowiązującymi przepisami, uwzględniający wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia.

19. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, że **zgodnie z treścią pkt 3.8. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz zgodnie z treścią Rozdziału V Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), termin wykonania zamówienia został określony w następujący sposób:**
- 1) **Prace projektowe, w tym opracowanie Koncepcji, projektu budowlanego wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę – w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy;**
 - 2) **Opracowanie projektów wykonawczych – w terminie 3 miesięcy od uzyskania pozwolenia na budowę;**
 - 3) **Przeniesienie budynku tlenowni – do 6 miesięcy od zawarcia Umowy;**
 - 4) **Roboty budowlane w zakresie budowy budynku pediatrycznego z oddziałem onkologicznym/ budynek „H”/ Specjalistycznego Szpitala im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – w terminie do 9 miesięcy od uzyskania od dnia ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.**
20. Podczas gdy **w Projektowanych postanowieniach Umowy (dalej: „Umowa”), które zostały opublikowane przez Zamawiającego w tym samym dniu, wykonawca jest zobowiązany do zachowania następujących terminów w zakresie prac projektowych i nadzoru autorskiego (§5 ust. 2 – 5 Umowy):**
- 1) **Wykonawca w terminie 1 miesiąca od zawarcia Umowy opracuje i przedstawi Zamawiającemu Koncepcję (...);**
 - 2) **W terminie 2 miesięcy od zatwierdzenia przez Zamawiającego Koncepcji, Wykonawca opracuje kompletny projekt budowlany oraz złoży kompletny wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę;**
 - 3) **W terminie 1 miesiąca od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego, Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę;**
 - 4) **W terminie 3 miesięcy od uzyskania ostatecznego pozwolenia na budowę, Wykonawca zobowiązany jest do opracowania wszystkich projektów wykonawczych.**
21. Jak wynika z przytoczonych postanowień Umowy, **Zamawiający przewidział 1 miesiąc na uzyskanie przez Wykonawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Powyższe, co należy podkreślić ze stanowczością, jest niemożliwe do zrealizowania, a ponadto jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa m.in. z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.**
22. **Zgodnie z treścią art. 35 ust 6 ustawy Prawo budowlane, organ administracji architektoniczno – budowlanej jest zobowiązany wydać pozwolenie na budowę w terminie do 65 dni od daty złożenia kompletnego wniosku. Należy pamiętać, że otrzymanie pozwolenia na budowę jest procesem podlegającym określonym zasadom czasowym i procedurom administracyjnym. W terminie 65 dni, o którym mowa powyżej, organ administracji dokonuje starannej analizy dokumentacji pod kątem zgodności z wymogami formalnymi oraz zgodnością projektu z obowiązującymi przepisami i standardami technicznymi, w tym oceną bezpieczeństwa konstrukcji.**
23. **Niemniej, należy mieć na uwadze, że termin 65 dni na wydanie pozwolenia może ulec wydłużeniu z uwagi na wpływające odwołania np. ze strony sąsiadów danej nieruchomości czy też z powodu innej sytuacji, która będzie wymagała dodatkowej analizy. Co więcej, trzeba także pamiętać o tym, że uzyskanie pozwolenia na budowę, nie oznacza automatycznie gotowości do rozpoczęcia prac budowlanych. Zarówno inwestor, jak i inne zainteresowane strony, mają ograniczony czas na ewentualne skorzystanie z prawa do odwołania się od tej decyzji. Termin ten wynosi 14 dni od momentu otrzymania zawiadomienia o wydaniu pozwolenia (art. 127 § 1 w zw. z art. 129 §2 k.p.a.). Dopiero po jego upływie, decyzja staje się wiążąca, otwierając drogę do rozpoczęcia prac.**

24. Odnosząc powyższe do treści Umowy, podkreślenia wymaga, że po pierwsze wskazany przez Zamawiającego miesięczny termin na uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, m.in. z ustawą Prawo budowlane, a ponadto – jest terminem nierealnym i niemożliwym do zachowania m.in. z uwagi na czas potrzebny do przeprowadzenia wniosku przez organ czy umożliwienia zainteresowanym wniesienia odwołania od decyzji. Zakładając, że w miesiącu jest około 20 dni roboczych, podczas których organ pracuje, a od wydania decyzji musi upłynąć 14 dni aby stała się ostateczna, to organ administracji musiałby ją wydać w terminie 6 dni od wniesienia wniosku, co jest niewykonalne, o czym Zamawiający jako doświadczony w uzyskaniu zamówień publicznych podmiot powinien wiedzieć. Już ten fakt czyni ustalony przez Zamawiającego termin wykonania tej części zamówienia, terminem nierealnym i całkowicie nieadekwatnym do zobowiązań nałożonych na wykonawcę, abstrahujący od tendencji rynkowych dotyczących analogicznych inwestycji.
25. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (wyrok z 7 kwietnia 2016 r., KIO 443/16).
26. Pozostawienie zaskarżonego postanowienia w niezmienionej formie i treści spowoduje, że tylko nieliczna grupa wykonawców lub żaden z nich będzie skłonny złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy doprowadzi do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzi do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych.
27. W ocenie Odwołującego, niezbędny czas, który należałoby przewidzieć dla uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę powinien wynosić co najmniej 79 dni, wobec tego, aby uniknąć zmiany umowy, uzasadnionym wydaje się zmiana postanowienia z §5 ust. 4 Umowy i nadanie mu następującej treści: Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę w terminie 3 miesięcy od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego/ w terminie 80 dni od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego. Jak łatwo policzyć, minimalny czas procedowania i uzyskiwania ostatecznej decyzji administracyjnej właściwej dla przedmiotowego Postępowania, kluczowych dla etapu projektowania, przekracza czas zabezpieczony przez Zamawiającego na realizację całego zamówienia.
28. Mając na uwadze powyższe, czas przewidziany przez Zamawiającego na realizację etapu dotyczącego uzyskania pozwolenia na budowę jest nieadekwatny do rzeczywistego czasu, w którym możliwe będzie uzyskanie takiej decyzji, a więc jest nierealny do zachowania.

[Brak jednoznacznych postanowień w dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego, brak analogii postanowień SWZ, OPZ i Umowy]

29. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
30. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13,

Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 PZP (obecnie art. 99 PZP). **To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami nienależytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.** W innym przypadku dochodziłoby do przerzucenia na wykonawcę ustawowego obowiązku precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia.

31. Zgodnie z wyrokiem KIO z 15 lutego 2018 r., KIO 173/18, nie można akceptować przerzucania nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówieniach publicznych. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona, m.in. obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. **Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, to Zamawiający zobowiązany jest przekazać Wykonawcy te informacje i dane, które stwarzają podstawy do kalkulacji przez Wykonawców porównywalnych ofert.**
32. W realiach niniejszego Postępowania przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację Zamawiającego, a także opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na jej podstawie.
33. **Zgodnie z treścią pkt 3.8. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz zgodnie z treścią Rozdziału V Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), termin wykonania zamówienia został określony w następujący sposób:**
 - 1) **Prace projektowe, w tym opracowanie Koncepcji, projektu budowlanego wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę – w terminie 3 miesięcy od zawarcia Umowy;**
 - 2) **Opracowanie projektów wykonawczych – w terminie 3 miesięcy od uzyskania pozwolenia na budowę;**
 - 3) **Przeniesienie budynku tlenowni – do 6 miesięcy od zawarcia Umowy;**
 - 4) **Roboty budowlane w zakresie budowy budynku pediatrycznego z oddziałem onkologicznym/ budynek „H”/ Specjalistycznego Szpitala im. dr A. Sokołowskiego w Wałbrzychu wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – w terminie do 9 miesięcy od uzyskania od dnia ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.**
34. Podczas gdy **w Projektowanych postanowieniach Umowy** (dalej: „Umowa”), które zostały opublikowane przez Zamawiającego w tym samym dniu, **wykonawca jest zobowiązany do zachowania następujących terminów w zakresie prac projektowych i nadzoru autorskiego** (§5 ust. 2 – 5 Umowy):
 - 1) **Wykonawca w terminie 1 miesiąca od zawarcia Umowy opracuje i przedstawi Zamawiającemu Koncepcję (...);**
 - 2) **W terminie 2 miesięcy od zatwierdzenia przez Zamawiającego Koncepcji, Wykonawca opracuje kompletny projekt budowlany oraz złoży kompletny wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę;**
 - 3) **W terminie 1 miesiąca od zatwierdzenia projektu budowlanego przez Zamawiającego, Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę;**
 - 4) **W terminie 3 miesięcy od uzyskania ostatecznego pozwolenia na budowę, Wykonawca zobowiązany jest do opracowania wszystkich projektów wykonawczych.**
35. Łatwo można policzyć, że **zgodnie z treścią SWZ i OPZ, Zamawiający przewidział na prace projektowe wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę 3 miesiące** od podpisania Umowy, zaś **w samej Umowie – na te same czynności - został przewidziany termin 4 miesięcy,** z zastrzeżeniem, że samo procedowanie wniosku przez organ będzie trwało 1 miesiąc. Pomijając kwestię uzyskania pozwolenia na budowę w terminie nierealnym, o którym szerzej mowa w

uzasadnieniu powyżej, warto także zwrócić uwagę na rozbieżności oraz niedookreślone wymagania w udostępnionych przez Zamawiającego dokumentach.

36. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że z Umowy nie wynika, **kiedy dokładnie powinien uzyskać ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie**. Zgodnie z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego, Przedmiotem Umowy jest wybudowanie budynku tlenowni w terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy, a także wybudowanie budynku pediatrycznego /budynku H/ - w terminie 12 lub 13 miesięcy od zawarcia Umowy (w zależności od dokumentu). Dla każdej z wykonanych robót, Wykonawca musi uzyskać ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie. W żadnym z dokumentów Zamawiający nie określił, czy oczekuje, że Wykonawca uzyska pozwolenie na użytkowanie w dwóch terminach (po ukończeniu każdej z robót), czy złoży wniosek po ukończeniu wszystkich robót budowlanych, a więc wniosek dotyczący tlenowni zostanie złożony po ukończeniu budynku H, razem z wnioskiem dot. budynku H.
37. Nie jest określone też jednoznacznie, **od jakiej daty powinna być liczona gwarancja i rękojmia**. Czy Wykonawca powinien udzielić gwarancji i rękojmi na wykonane roboty w dwóch niezależnych terminach, tj. jeden po ukończeniu tlenowni, a drugi – po ukończeniu budowy budynku H? W ocenie Odwołującego zasadnym byłoby rozdzielenie gwarancji i rękojmi dla każdego z budynków.
38. Niewyjaśniona jest też kwestia płatności, tzn. zgodnie z §11 ust.5, zapłata wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane została podzielona na cztery części - 4 płatności częściowe - do 70% łącznego wynagrodzenia za roboty budowlane budynku H i tlenowni. Powyższe także wprowadza niejasność w realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego, bardziej czytelne dla obu Stron byłoby rozdzielenie płatności za każdą z robót, tym bardziej, że tlenownia ma być wybudowana do 6 miesięcy od zawarcia Umowy, a budynek pediatrii - do 12 lub 13 miesięcy od zawarcia Umowy, w zależności od dokumentu.
39. Na koniec w ust. 6 wskazano, że płatność końcowa - do 30% łącznego wynagrodzenia za roboty – zostanie uiszczona po podpisaniu protokołu odbioru końcowego i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie. Powstaje kolejne pytanie, od którego pozwolenia na użytkowanie Wykonawca powinien liczyć?
40. Sformułowanie sprzecznych postanowień w dokumentach Postępowania pozostaje niezgodne z wymogiem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i nie może działać niekorzystnie dla wykonawcy. W wyroku z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13, gdzie rozstrzygnięto, iż: "Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu".
41. Dokonany w niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wskazanych przepisem art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. **Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.** Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. 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 decydującą 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), wskazując m.in. że okoliczność, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazując, że z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 99 ust. 1 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 zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)**”.

42. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona m.in. obowiązkiem zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 maja 2015r. sygn. akt KIO 897/15, wskazała również w odniesieniu jeszcze do poprzednio obowiązującego art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale zdaniem Odwołującego nadal pozostającym aktualnym, że: „(...) Art. 29 ust. 1 **PZP zobowiązuje Zamawiającego do 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.** Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje”.

[Protokoły bez uwag i bez wad]

43. W Projektowanych postanowieniach Umowy kilkakrotnie pojawia się sformułowanie „protokół odbioru końcowego **bez wad**”, „protokół odbioru częściowego **bez wad**”, „protokół odbioru robót zanikających lub podlegających zakryciu **bez wad**” (§9 ust. 7 Umowy).
44. Zgodnie z treścią art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.
45. Z powyższej definicji jasno wynika, że dokonanie odbioru stanowi obowiązek inwestora. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.02.2000 r., I ACa 1027/99).
46. Podkreślić jednak trzeba, że obowiązek dokonania odbioru prac zgłoszonych przez wykonawcę i dokonanie za nie zapłaty nie ma charakteru bezwzględnie. Inwestor może odmówić odbioru, gdy w wykonanych robotach występują tego rodzaju wady, że należy je oceniać jako

niewykonanie umowy przez wykonawcę, co oznacza także, że wykonawcy nie przysługuje zapłata wynagrodzenia. (wyrok SA w Lublinie z 3.11.2017 r., I ACa 292/16, LEX nr 2449759). Zamawiający, któremu wykonawca zgłasza do odbioru obiekt z wadami, ma przede wszystkim prawo odmowy jej odbioru (J.P. Naworski, Glosa do wyroku SN z 5.03.1997 r., II CKN 28/97, s. 76).

47. Odbiór następuje po stwierdzeniu przez inwestora prawidłowości wykonania obiektu. Odmowa dokonania odbioru może mieć miejsce w przypadku jego istotnych wad, a więc wykonania go w sposób poważnie odbiegający od projektu, treści umowy, zasad wiedzy technicznej, norm wynikających z przepisów budowlanych. (B. Gliniecki [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Balwicka - Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, art. 647).
48. Postanowienia umowne, z których wynika, że zakończeniem robót jest ich bezusterkowy odbiór, są nieważne. W wyroku z 3 sierpnia 2017 r., I ACa 689/16, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że **"... 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 k.c.** W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, choćby zawierały pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 k.c. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym."
49. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12).
50. Przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór „skuteczny”. **Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku** (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lipca 2013 r., V ACa 332/13).
51. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, nie ma wątpliwości, że **użyte w Umowie postanowienia dotyczące wszelkich protokołów bez wad czy usterek są nieważne.** Mając na uwadze przeprowadzoną analizę, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia zmian w Umowie zgodnie z wnioskiem z petitum pisma.
52. Mając na uwadze powyższe, **uzasadniona jest wnioskowana zmiana §9 ust. 7 Umowy, polegająca na usunięciu z postanowień Umowy protokołów bez wad i pozostawienie „protokołu odbioru końcowego”, „protokołu odbioru częściowego” oraz „protokołu robót zanikających lub podlegających zakryciu”.**
53. Ponadto, **Zamawiający uzależnił także od bezusterkowego odbioru robót, termin od którego jest liczona gwarancja, co również jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.** Zganie z treścią §10 ust. 3 zd. 2 Projektowanych postanowień Umowy, (...) Termin gwarancji biegnie od daty podpisania protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w §9 ust. 7 Umowy, a jeżeli przy odbiorze stwierdzono wady i usterek – wówczas termin ten biegnie od podpisania protokołu ich usunięcia.
54. Stosownie do treści art. 568 § 1 zd. pierwsze k.c., sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości – przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jednocześnie w

świecie art. 577 § 4 k.c., jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

55. **Z tych też przepisów wynika, że okres gwarancji i rękojmi powinien biec od wydania przedmiotu umowy. Inaczej mówiąc, żaden z tych przepisów nie stanowi o odbiorze bezusterkowym.**
56. Nadal w projektach umów podnoszone są próby wprowadzenia bezprawnych rozwiązań do umowy o zamówienie publiczne uzależniających rozpoczęcie biegu okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości od daty bezusterkowego odbioru robót budowlanych. Jest to niezwykle doniosły problem, **bowiem przy złej wierze inwestorów, w praktyce oznacza, że okresy te nie rozpoczynają swojego biegu z uwagi na wadę bądź usterkę nieistotną.**
57. Zamawiający wprowadzając takie postanowienia do projektu umowy często zakładają, iż umkną one uwadze wykonawców. Dlatego należy podkreślić, że **zamawiający nie może ustalać, iż termin rozpoczęcia okresu gwarancji i rękojmi biegnie od odbioru bezusterkowego, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadami dotyczącymi wskazanych instytucji.**
58. W licznych orzecznictwie sądowym akcentuje się, iż odbior robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, jest nieważne w rozumieniu art. 647 k.c. (wyrok SA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Dodaje się także, iż konieczność odbioru „bezusterkowego” jest przesłanką nieprzewidzianą w k.c., a art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”. Tym samym, w sytuacji gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy 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.
59. Podsumowując, **okres gwarancji i rękojmi biegnie od dnia dokonania odbioru robót, nie zaś od odbioru bezusterkowego.**

[Niewspółmiernie wysokie kary umowne]

60. W ocenie Odwołującego, mając na względzie treść §16 ust. 1 Umowy, Zamawiający określając wysokość kar umownych nie dopasował ich wysokości proporcjonalnie do danego naruszenia, a więc każda z kar jest liczona od całości wynagrodzenia brutto, tj.:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 19) za zwłokę w opracowaniu i przekazaniu Zamawiającemu Koncepcji w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 2, w wysokości **0,3 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 20) za zwłokę w opracowaniu kompletnego projektu budowlanego oraz złożeniu kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 3, w wysokości **0,3 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 21) za zwłokę w wykonaniu w Przedmiocie Zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3), w stosunku do określonego w Umowie terminu jego wykonania, w wysokości **0,3 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 22) za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4) w

- stosunku do określonego w Umowie terminu jego wykonania, w wysokości **0,3 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 23) za zwłokę w usunięciu stwierdzonych podczas odbiorów wad Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w Dokumentacji Projektowej lub w robotach budowlanych, w stosunku do terminów wskazanych w Umowie lub określonych zgodnie z jej postanowieniami przez Zamawiającego, w wysokości **0,3 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 24) za zwłokę w realizacji któregośkolwiek z obowiązków z tytułu gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminów określonych w Umowie lub OPZ, w szczególności w zakresie usuwania zgłoszonych wad, awarii lub usterek, w stosunku do terminów wskazanych w Umowie lub określonych zgodnie z jej postanowieniami przez Zamawiającego, w wysokości **0,2 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 25) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości **1 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy taki przypadek;
- 26) w przypadku nieprzedłożenia zgodnie z postanowieniami Umowy do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości **1 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy taki przypadek,
- 27) w przypadku nieprzedłożenia zgodnie z postanowieniami Umowy poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości **1 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy taki przypadek;
- 28) w przypadku braku zgodnie z postanowieniami Umowy zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, w wysokości **1 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy taki przypadek;
- 29) w przypadku niezrealizowania zgodnie z postanowieniami Umowy obowiązku zatrudnienia osób, o których mowa w § 18 ust. 6 na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Umowie lub nieprzedłożenia przez Wykonawcę zgodnie z żądaniem Zamawiającego, o którym mowa w § 18 ust. 11 Umowy któregośkolwiek z dokumentów tam określonych we wskazanym tam terminie, w wysokości **3 000,00 zł odpowiednio za każdą osobę lub, za każdy przypadek naruszenia obowiązku przekazania dokumentów**;
- 30) w przypadku uniemożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenia kontroli, o której mowa
- 31) w § 18 ust. 10 pkt. 3 lub nieudzielenia wyjaśnień, o których mowa w § 18 ust. 10 pkt. 2, w wysokości **2 000,00 zł za każde uniemożliwienie przeprowadzenia kontroli lub nieudzielenie wyjaśnień**;
- 32) w przypadku, gdy roboty objęte zamówieniem będą realizowane przez podmiot inny niż Wykonawca lub Podwykonawca zaakceptowany przez Zamawiającego zgodnie z Umową - w wysokości **10 000,00 zł za każdy taki przypadek**;
- 33) w przypadku zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu dokumentów potwierdzających spełnienie obowiązku posiadania ubezpieczenia zgodnie z postanowieniami § 13, w wysokości **0,2 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 34) za niedotrzymanie zasad poufności, o których mowa w § 19 Umowy - w wysokości **10 000 zł za każdy stwierdzony przypadek**,

- 35) za zwłokę w stosunku do terminów określonych w Umowie w przedłożeniu przez Wykonawcę szczegółowego Harmonogramu lub zwłokę w dokonaniu wskazanych przez Zamawiającego zmian w nim, w wysokości **0,2 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 36) za zwłokę w przedłożeniu przez Wykonawcę kosztorysu, o którym mowa w § 6 ust. 3 w stosunku do terminu określonego w Umowie, w wysokości **0,2 % łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- 37) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości **20% wartości łącznego wynagrodzenia brutto**, określonego w § 11 ust. 1 Umowy.
61. W ocenie Odwołującego, mając na uwadze także treść §11 ust. 1 Umowy, w którym wynagrodzenie zostało podzielone za wykonanie prac projektowych, za wykonanie robót budowlanych dot. budynku tlenowni oraz za roboty budowlane dot. budynku pediatrycznego, zasadnym byłoby ustalenie kar umownych proporcjonalnych i naliczanych zgodnie z wynagrodzeniem ustalonym za dane prace i tak:
- a) za wszelkie naruszenia dotyczące prac projektowych, a więc określone w §2 ust. 1 pkt 1 i 2 Umowy – wysokość kar umownych powinna być liczona od wynagrodzenia wskazanego w §11 ust.1 pkt 1 Umowy;
 - b) za wszelkie naruszenia dotyczące robót budowlanych w zakresie budynku tlenowni, a więc określone w §2 ust. 1 pkt 3 Umowy – wysokość kar umownych powinna być liczona od wynagrodzenia wskazanego w §11 ust. 1 pkt 2 Umowy;
 - c) za wszelkie naruszenia dotyczące robót budowlanych w zakresie budynku pediatrycznego /budynek H/, a więc określone w §2 ust. 1 pkt 3 Umowy -wysokość kar umownych powinna być liczona od wynagrodzenia określonego w §11 ust. 1 pkt 3 Umowy.
62. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że wysokości kar umownych także są niewspółmiernie wysokie. Zakładając, że np. za prace projektowe Wykonawca otrzymałby wynagrodzenie w wysokości 500 000,00 zł, to kara za zwłokę w opracowaniu i przekazaniu Zamawiającemu Koncepcji wyniosłaby 1 500,00 zł za każdy dzień zwłoki. Podobnie kary określone przez Zamawiającego kwotowo także powinny zostać zmiarkowane zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum pisma.
63. W myśl art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu.
64. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach

publicznych.

65. Z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. wynika, że treść lub cel stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się jego właściwości (naturze), ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak się przyjmuje w orzecznictwie, „Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.” (wyrok KIO z dnia 2.02.2021r.; sygn. akt: KIO 3512/20).
66. Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien kształtować treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób umożliwiający jego prawidłową realizację. Natomiast w niniejszym przypadku Zamawiający wymaga wykonania zamówienia przenosząc całe ryzyko na wykonawcę, polegające m.in. na naliczaniu nieproporcjonalnych i wygórowanych kar umownych, pozostawiając przy tym szerokie możliwości interpretacyjne przesłanek dot. zasadności naliczania kar umownych.
67. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia Umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
68. „To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 30.10.2017r.; sygn. akt: KIO 2163/17).
69. Ponadto, takie ukształtowanie postanowień przyszłej umowy należy zakwalifikować jako nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.
70. Jednocześnie, Zamawiający zastrzegając kary umowne w obecnym kształcie, narusza zasadę proporcjonalności postępowania.
71. „W zakresie warunków zamówienia określanych przez zamawiającego, w tym postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego – zachowanie proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców (por. wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.)” (Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M. Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2021). Zaskarżona czynność Zamawiającego nie wpisuje się w powyższy standard postępowania.
72. Zaskarżone postanowienia umowne naruszają zatem wprost przepisy Kodeksu cywilnego i przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym Odwołaniu oraz kształtują

uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

73. Z uwagi na powyższe, uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej Umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego w petitum pisma.
74. Odwołujący zauważa, że Projektowane postanowienia Umowy prowadzą do nieuzasadnionego uprzywilejowania Zamawiającego oraz naruszają zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, która i tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doznaje znaczącego ograniczenia wobec braku możliwości negocjowania przez strony warunków przyszłej umowy o zamówienie publiczne.
75. Stosownie do treści art. 353¹ k.c., statuującego zasadę swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, jakkolwiek treść lub cel tego stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Do podobnych kryteriów odwołuje się art. 354 k.c. określający reguły wykonywania zobowiązań. W myśl przywołanego przepisu zarówno dłużnik, jak i wierzyciel powinni wykonywać swoje zobowiązania zgodnie z ich treścią i w sposób odpowiadający ich celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Reguły te znajdują zastosowanie także do umów w sprawie zamówienia publicznego.⁴
76. Zarówno w doktrynie⁵, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego⁶ wskazuje się, że **postanowieniami umownymi naruszającymi zasady współżycia społecznego są takie klauzule, które kształtują prawa i obowiązki stron w sposób nieodpowiadający słuszości kontraktowej, a w szczególności rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki stron.**
77. Jak zostało to już zasygnalizowane, nie ulega żadnej wątpliwości, że w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zamawiający posiada zdecydowanie silniejszą pozycję, samodzielnie kształtując zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak również warunki umowy. Wykonawcy, poza nielicznymi wyjątkami wskazanymi w ustawie Pzp, nie mają możliwości oddziaływania na treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego, a w szczególności negocjowania poszczególnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. **Powyższe jednak nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy będą stawiani przed wyborem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści narzuconej przez zamawiającego bądź rezygnacji z udziału w postępowaniu, a tym samym realizacji swoich celów gospodarczych i osiągania zysku.**
78. Mając na względzie poczynione powyżej uwagi, w ocenie Odwołującego, **brak wprowadzenia zmian, o które wnioskuje Odwołujący, będzie prowadziło do istotnego zaburzenia równowagi**

⁴ wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.01.2012 r., sygn. akt: IV CSK 219/11

⁵ A. Olejniczak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 353(1)

⁶ wyrok SN z dn. 06.01.1976 r., sygn. akt: I CR 713/75; wyrok SN z dn. 07.01.1980 r., sygn. akt: II CR 464/79; uchwała SN (7) z dn. 22.05.1991 r., sygn. akt: III CZP 15/91; wyrok SN z dn. 11.09.2003 r., sygn. akt: III CKN 579/01; wyrok SN z dn. 23.06.2005 r., sygn. akt: II CK 739/04

kontraktowej stron przyszłej umowy, a tym samym ograniczy krąg podmiotów, które mogłyby być zainteresowane złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu.

79. Zgodnie bowiem z art. 16 ustawy Pzp, zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oznacza, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji.⁷
80. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza „zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (Przystępujący) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie” (podobnie w wyroku z 7 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 443/16 oraz wyroku z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 582/16)” (wyrok KIO z dnia 1.02.2022r.; sygn. akt: KIO 126/22).
81. Pozostawienie postanowień dotyczących kar umownych w niezmienionej formie może prowadzić do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, a w konsekwencji – może skutkować nie tylko sporami na etapie realizacji Umowy, ale przede skalkulowaniem ryzyk w cenie ofertowej przez wykonawców na dużo wyższym poziomie. To z kolei może prowadzić zarówno do zwiększenia kosztów wykonania Zamówienia po stronie wykonawców, a w skrajnym przypadku – powodować nieporównywalność ofert złożonych w Postępowaniu, gdyż brak będzie informacji na temat tego, jakie konkretnie ryzyka i w jaki sposób zostały skalkulowane przez każdego z wykonawców.
82. Konkludując, skonstruowany w dotychczasowym brzmieniu sposób nakładania kar umownych nie tylko pozostaje niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz z Kodeksem cywilnym, jak również jest niekorzystny i niecelowy zarówno z punktu widzenia Odwołującego jak i Zamawiającego i powinien zostać zmieniony.
83. Wobec powyższego, zasadnym jest wprowadzenie modyfikacji postanowień Projektowych zapisów umowy, umożliwiając realizację zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wobec powyższego, Odwołanie stało się nie tylko możliwe, ale wręcz konieczne i w pełni uzasadnione. Biorąc po uwagę przedstawioną argumentację, wnoszę i wywodzę jak na wstępie Odwołania.

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2017 roku, sygn. akt: VIII SA/Wa 13/17

Załączniki:

- 1) Potwierdzenie uiszczenia wpisu od Odwołania;
- 2) Potwierdzenie przekazania Odwołania Zamawiającemu;
- 3) Odpis KRS Odwołującego;

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej;
2. Zamawiający;
3. a/a.