

**prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała**  
Radca prawny

**Andrzej Sokołowski**  
Radca prawny

**dr Marcin Chomiuk**  
Radca prawny

**Maciej Chrzan, LL.M.**  
Radca prawny

**Wojciech Bazan**  
Adwokat

**Jakub Majewski**  
Adwokat

**Wojciech Merkwa**  
Radca prawny

**Jakub Abramowicz**  
Adwokat

**Adrian Andrychowski**  
Adwokat

**Magdalena Bartnik**  
Adwokat

**Małgorzata Daniluk**  
Radca prawny

**Dorota Dąbrowska**  
Doradca podatkowy

**Michał Drozdowicz**  
Radca prawny

**Piotr Duma**  
Radca prawny

**Iwo Franaszczyk**  
Adwokat

**dr Łukasz Goniak**  
Adwokat

**Konrad Gortad**  
Adwokat

**Arkadiusz Górski**  
Adwokat

**Daria Gromotka**  
Radca prawny

**Maciej Grzybowski**  
Radca prawny

**Jakub Oliver Hottewitzsch**  
Adwokat

**Michał Jagielski**  
Ekspert podatkowy

**Katarzyna Jakubowska-Kaleta**  
Radca prawny

**Zbigniew Jara**  
Radca prawny / Rechtsanwalt

**Barbara Kaczała**  
Radca prawny

**Ewelina Kęciek**  
Adwokat

**Ludwina Klein, LL.M.**  
Adwokat

**Artur Krępa**  
Radca prawny

**dr Jacek Kudła, LL.M.**  
Radca prawny

**dr hab. Bogusław Lackoroński**  
Radca prawny

**Marcin Lewiński**  
Adwokat

**Maria Łabno**  
Adwokat

**Jaśmina Łyczewska**  
Adwokat

**Karol Macias**  
Radca prawny

**Anna Matusiak-Wekiera**  
Radca prawny

**Ewa Mońdział**  
Radca prawny

**Mariusz Nowakowski, MLE**  
Adwokat

**Anna Nowodworska**  
Adwokat

**dr Joanna Ostojńska-Kołodziej**  
Adwokat

**Emilia Putra**  
Radca prawny

**Wiktor Rainka**  
Adwokat

**Justyna Solarska**  
Adwokat

**Honorata Twaróg**  
Radca prawny

**Michał Urbański**  
Adwokat

**Anna Wójcik**  
Adwokat

**Kinga Zagrajek**  
Adwokat

**Magdalena Zasiewska**  
Doradca podatkowy

Warszawa, 15 stycznia 2024

**Do:**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Adamietz Warszawa Sp. z o.o.**

ul. Pryzmaty 4a, 02-226 Warszawa

KRS: 0001000151

*reprezentowany przez:*

adw. Łukasza Goniaka

r.pr. Wojciecha Merkwę

JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.

*adres do doręczeń:*

ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa

tel: +48 22 246 00 30

e-mail: [lukasz.goniak@jdp-law.pl](mailto:lukasz.goniak@jdp-law.pl)

[wojciech.merkwa@jdp-law.pl](mailto:wojciech.merkwa@jdp-law.pl)

**Zamawiający:**

**Mazowieckie Centrum Rehabilitacji  
STOCER Sp. z o.o.**

ul. Antoniego Wierzejewskiego 12, 05-510

Konstancin-Jeziorna

tel.: +48 22 711 90 48

e-mail: [kancelaria@stocer.pl](mailto:kancelaria@stocer.pl)

[inwestycje@stocer.pl](mailto:inwestycje@stocer.pl)

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy: Adamietz Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”, „**Adamietz**”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest: „*Rozbudowa, przebudowa i modernizacja budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie*” (nr postępowania: PN 95/2023, „**Postępowanie**”), prowadzonym przez zamawiającego: Mazowieckie Centrum

Rehabilitacji STOCER Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („**Pzp**”),

I. wnoszę odwołanie wobec następujących postanowień dokumentów zamówienia:

- (1) Specyfikacji Warunków Zamówienia („**SWZ**”):
  - (a) **Rozdziału VI** – warunki udziału w Postępowaniu  
w treści którego Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się doświadczeniem przy realizacji dwóch zamówień o określonej specyfikacji oraz wartości (w szczegółach opisane poniżej);
- (2) Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy („**Projekt Umowy**”)
  - (a) §5 [Obowiązki Wykonawcy] ust. 4 Projektu Umowy;
  - (b) §14 [Odbiory] ust. Projektu Umowy;
  - (c) §15 [Kary umowne] ust. 3 Projektu Umowy;
  - (d) §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy;
  - (e) §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 8 pkt 1 Projektu Umowy;
  - (f) §17 [Zmiana Umowy] ust. 16 pkt 2 lit. f Projektu Umowy;

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- (1) **art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i abstrahujący od zdolności wykonawcy niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, tj.:
  - (a) postawienie wymogu, zgodnie z którym wykonawcy zobligowani są do wykazania się doświadczeniem w postaci wykonania w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), o wartości nie mniejszej niż 100 000 000, 00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych) każde,
  - (b) wykluczenie możliwości sumowania wartości robót budowlanych kilku wykonawców by uzyskać żadaną przez Zamawiającego wartość;

*a w konsekwencji*

- (2) **art. 16 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;
- (3) **art. 353<sup>1</sup> k.c.<sup>1</sup>, jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu”, w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy i jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego; co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:
- (a) nieprecyzyjnej regulacji w zakresie kluczowych kwestii bezpośrednio związanych z procesem odbiorowym robót budowlanych, w tym definicji wad lub usterek istotnych oraz nieistotnych;
  - (b) nieprecyzyjnej regulacji w zakresie rozgraniczenia obowiązków wykonawcy i od obowiązków zamawiającego;
  - (c) **braku przewidzenia uprawnień wykonawcy do naliczenia Zamawiającemu kary umownej w związku z odstąpieniem od Umowy – nawet w przypadku gdyby powyższe nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego** i to nawet wobec przewidzenia takiego uprawnienia Zamawiającego w stosunku do wykonawcy, zarazem przewidzenia możliwości dochodzenia „odszkodowania przenoszącego” naliczone kar umownej jedynie przez Zamawiającego;
  - (d) przewidzenia zobowiązania wykonawcy do pokrycia wszystkich kosztów dodatkowych zabezpieczenia przerwanych robót (w zakresie uzgodnionym w protokole inwentaryzacji) **niezależnie do tego, kto i z jakich przyczyn odstąpił od Umowy**, w tym nawet w przypadku, gdyby do odstąpienia przez wykonawcę od umowy doszło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego;

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, Dz.U.2023.1610 t.j. z dnia 2023.08.14 („k.c.”)

- (e) zaburzenia pozycji stron umowy wzajemnej o zamówienie publiczne poprzez **dopuszczenie możliwości spóźniania się przez Zamawiającego ze świadczeniem wzajemnym** (zapłatą wynagrodzenia wykonawcy) nawet w wymiarze dwóch miesięcy w stosunku do skierowania rozliczenia przez wykonawcę – przy braku negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego;
- (f) **wprowadzenie dodatkowej, nieznanej ustawie, przesłanki warunkującej dokonanie waloryzacji umownej** przez strony w postaci „terminowej realizacji robót” przez wykonawcę, która nadmiernie osłabia pozycję wykonawcy i powoduje, że mechanizm waloryzacyjny jest ostatecznie nieadekwatny w stosunku do wymagań obrotu;

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w następujący sposób<sup>2</sup>:

(1) w odniesieniu do postanowień **SWZ**:

(a) w odniesieniu do rozdziału VI – warunki udziału w Postępowaniu:

*„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwa zamówienia, w tym co najmniej **jedno z nich** polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu **opieki zdrowotnej typu: szpitale kliniczne, szpitale więzienne i wojskowe, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne, sanatoria etc. o wartości nie mniejszej niż ~~100 000 000,00 zł brutto~~ (słownie: ~~sto milionów złotych~~) każde 50 000 000,00 zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych), oraz jedno (drugie z nich) polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych).***

*ewentualnie*

*„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu **opieki zdrowotnej typu: szpitale kliniczne, szpitale więzienne i wojskowe, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne, sanatoria etc. o wartości nie mniejszej niż ~~100 000 000,00~~***

<sup>2</sup> Wnioskowane zmiany zostały wytluszczone.

~~zł brutto (słownie: sto milionów złotych)~~ 50 000 000,00 zł  
brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych) każde.

- (b) Wykreślenie fragmentu, zgodnie z którym wykluczona jest możliwość sumowania wartości robót budowlanych kilku wykonawców by uzyskać żadaną przez Zamawiającego wartość;
- (2) w odniesieniu do postanowień **Projektu Umowy**:

- (a) nadanie §5 [Obowiązki Wykonawcy] ust. 4 Projektu Umowy następującej treści:

*„Wykonawca będzie odpowiedzialny za uzyskanie na rzecz Zamawiającego wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (o ile będą konieczne do uzyskania w ramach realizacji Umowy), związanych z organizacją i realizacją robót, dostawą konstrukcji, materiałów i urządzeń, sprzętu i zapewnienia siły roboczej niezbędnej dla zrealizowania całości zakresu Przedmiotu Umowy, tj. w szczególności uzgodnienia wynikające z decyzji administracyjnej o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, innych decyzji i postanowień administracyjnych, wytycznych gestorów uzbrojenia i zarządcy dróg oraz z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z właściwymi organami. Wszelkie ewentualne koszty z tym związane poniesie Zamawiający.”*

- (b) nadanie §14 [Odbiory] ust. 14 Projektu Umowy następującej treści:

*„14. Jeżeli w toku czynności odbioru przedmiotu Umowy zostaną stwierdzone wady i usterki:*

*1) istotne – gdy wady lub usterki uniemożliwiają lub zasadniczo utrudniają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem lub gdy użytkowanie Przedmiotu Umowy stanowi zagrożenie, Zamawiający przerwie odbiór, odmawiając jego dokonania do czasu usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę, przy czym na usunięcie wad lub usterek Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Jeżeli wskutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1-3), skutkuje to odpowiedzialnością Wykonawcy za zwłokę na podstawie § 15 ust. 1 pkt 1;*

*2) nieistotne – w przypadku wystąpienia wad lub usterek, które nie stanowią wad lub usterek istotnych, Zamawiający dokona odbioru z zastrzeżeniem obowiązku usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę i wyznaczy Wykonawcy*

*termin określony przez Zamawiającego wynikający z właściwości tych wad lub usterek – jednak nie dłuższy niż 30 dni. Po przekroczeniu tego terminu Zamawiający ma prawo do naliczenia kar umownych w wysokości określonej w § 15 ust. 1 pkt 9; jeżeli Strony stwierdzą, że usunięcie przez Wykonawcę stwierdzonych przez Zamawiającego wad lub usterek wiązałoby się z nadmiernymi trudnościami, w tym z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w nadmiernej wysokości – w stosunku do stwierdzonej wady lub usterki – bądź nadmiernym wydłużeniem zakończenia realizacji Umowy (za jaki uważa się termin usunięcia wady lub usterki ponad 30 dni), Zamawiający dokona obioru, jednak będzie miał prawo do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy, biorąc za podstawę przede wszystkim wymaganą wysoką jakość i należyłą staranność wykonania robót.”*

- (c) dodanie w §15 [Kary umowne] Projektu Umowy ust. 1a – po §15 ust. 1 – następującej treści:

*„Wykonawcy przysługuje prawo do naliczenia Zamawiającemu kary umownej za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 10 % wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 12 ust. 1.”*

- (d) nadanie §15 [Kary umowne] ust. 3 Projektu Umowy następującej treści:

*„Niezależnie od odpowiedzialności Wykonawcy i Zamawiającego przewidzianej w niniejszym paragrafie Wykonawcy i Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych aż do pokrycia pełnej szkody spowodowanej niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem Umowy przez drugą stronę.”*

- (e) nadanie §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy następującej treści:

*„5. W przypadku odstąpienia od Umowy:*

*[...]*

*2) Wykonawca przerwie i zabezpieczy przerwane roboty w zakresie uzgodnionym w protokole inwentaryzacji; koszty wykonania ww. czynności ponosi strona umowy odpowiedzialna za wygaśnięcie Umowy w wyniku złożenia drugą stroną oświadczenia o odstąpieniu od Umowy; jeżeli do odstąpienia od Umowy doszło z przyczyn leżących zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego – obie strony ponoszą koszty wykonania ww. czynności w*

*częściach równych; jeżeli do odstąpienia od Umowy doszło w większym stopniu z przyczyn leżących po stronie jednej strony Umowy - obie strony ponoszą koszty wykonania ww. czynności – proporcjonalnie do stopnia przyczynienia”*

- (f) nadanie §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 8 pkt 1 Projektu Umowy następującej treści:

*„8. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie do 14 dni kalendarzowych, jeżeli:*

*1) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania w terminie 14 dni kalendarzowych od upływu terminu na zapłatę faktur określonego w niniejszej Umowie.”*

- (g) **wykreślenie** §17 [Zmiana Umowy] ust. 16 pkt 2 lit. f Projektu Umowy **w całości**;

- IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- V. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

### **Interes we wniesieniu odwołania**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa.

Odwołujący jest wykonawcą, który zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu.

Wymogi, które określił Zamawiający w SWZ na obecnym etapie, mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim nie zostały ustanowione na minimalnym poziomie umożliwiającym należyłą realizację zamówienia, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do postępowania, w tym utrudniają złożenie oferty wykonawcom jak Odwołujący, którzy są zdolni do realizacji zamówienia. W tym kształcie warunki skutkują ograniczeniem konkurencji.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Dokumentacja Postępowania została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2024 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 15 stycznia 2024 r., tym samym odwołanie zostało złożone w terminie.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie, wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości wyższej niż progi unijne, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

### **Pozostałe wymogi formalne**

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Numer publikacji ogłoszenia o zamówienia w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: 00002049-2024, numer wydania Dz.U. S: 1/2024, data publikacji: 2024-01-02Z.

## **UZASADNIENIE**

### **I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest rozbudowa, przebudowa i modernizacja budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie.
2. W dniu 5 stycznia 2023 roku opublikował ogłoszenie, w którym postawił m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej:

*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), o wartości nie mniejszej niż 100.000.000,00 PLN brutto (słownie: sto milionów złotych) każde,*

*Zamawiający przez budowę obiektu budowlanego rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane.*

*Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości robót budowlanych (umów) kilku wykonawców – by uzyskać żądaną przez Zamawiającego wartość.*

3. W szczególności Zamawiający oczekuje wykazania się przez wykonawców realizacją co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych („PKOB”) należących do klasy 1264, wśród których są np. budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi, sanatoria, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne, przychodnie, poradnie, żłobki, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka, stacje krwiodawstwa, kliniki weterynaryjne itp., a także budynki instytucji



ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych. Ponadto, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, każde z zamówień opiewać miało na wartość nie mniejszą niż 100 tys. zł brutto. Zamawiający nie dopuszcza przy tym sumowanie wartości robót budowlanych by uzyskać żadaną wartość.

4. Wraz z publikacją SWZ Zamawiający przekazał również Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy.
5. Jak zostanie wykazane, **Zamawiający skonstruował warunki udziału w Postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, które istotnie i w nieuzasadniony sposób ograniczają konkurencję w Postępowaniu**, a z pewnością nie są – na co wskazuję art. 112 ust. 1 Pzp – minimalnymi poziomami zdolności niezbędnymi do realizacji zamówienia.
6. Ponadto podkreślenia wymaga, że wiele postanowień Projektu Umowy budzi wątpliwości z punktu widzenia ich zgodności z przepisami prawa.

## II. UZASADNIENIE PRAWNE

### II.1. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu

#### II.1.1. Obowiązki zamawiającego w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

7. Już na wstępie wskazać należy, że fundamentalnym obowiązkiem każdego zamawiającego na etapie formułowania treści warunków udziału w postępowaniu jest ustalenie takiego ich poziomu, który zapewni prawidłowość wydatkowania środków publicznych (w tym wybory wykonawcy, który gwarantuje należyte i pełne wykonanie zamówienia). Wymóg ten generuje oczywisty wniosek, iż każdy warunek udziału stanowi pewne ograniczenie konkurencji. Ograniczenie to korzysta z ochrony prawnej jednak jedynie tak długo, jak nie prowadzi do nieuzasadnionego i nadmiernego wpływu na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym drugim obowiązkiem zamawiającego jest troska o zapewnienie potencjalnym wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia dostępu do możliwości ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”, „Izba”): *„Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej”*<sup>3</sup>.
8. Zamawiający powinien „zważyć” w toku przygotowania warunków udziału w Postępowaniu dwa dobra – z jednej strony dochowanie zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a z drugiej strony – własne, uzasadnione potrzeby sposobu wykonania zamówienia.

<sup>3</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2020 r., sygn. KIO 1988/20

9. Wskazać również należy na podnoszone niejednokrotnie w kontekście proporcjonalności zagadnienie adekwatności warunku. Pojęcie to oznacza, iż opis warunku powinien być odpowiedni (adekwatny) do zamierzonego celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność (rozumiana jako adekwatność) utożsamiana jest w orzecznictwie z uprawnieniem do wyznaczenia warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza przy tym - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu<sup>4</sup>. Prawo zamawiającego, jakim jest określanie poziomu warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ogranicza się do ustalenia poziomu zapewniającego zamawiającemu, że wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienia w sposób z oczekiwaniami opisanymi w dokumentacji Postępowania. Warunek powinien zatem wskazywać na zdolności **niezbędne (minimalne)** do realizacji zamówienia.
10. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 24 kwietnia 2018 r.<sup>5</sup>: *„Adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ma to również odzwierciedlenie w naczelnych zasadach Prawa zamówień publicznych unormowanych w art. 7 p.z.p., zaś dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych (art. 22 ust. 1a p.z.p.) należy również uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad prawa zamówień publicznych, będących dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm”*.
11. Odwołujący w tym miejscu podkreśla, że postawiony przez Zamawiającego w Postępowaniu warunek udziału ma charakter nadmierny i nieuzasadniony. Jak zostanie wykazane poniżej, konstrukcja wymagań zaproponowanych w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy dot. realizacji dwóch zamówień o niebagatelnej wartości, w tym w szczególności ściśle określonego zakresu obiektów, jest wadliwa – stanowi nieuzasadnione ograniczenie w dostępie do zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Tym samym Zamawiający nie wywiązał się ze swoich obowiązków jako „gospodarz postępowania”, a przygotowana przez niego dokumentacja (warunek udziału w Postępowaniu) jest wadliwa, co zostanie niniejszym wykazane przez Odwołującego.

#### **II.1.2. Nadmierny charakter warunku udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy**

12. Zamawiający w rozdziale VI SWZ określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, wskazując, że celem wzięcia udziału w Postępowaniu, wykonawca musi wykazać, iż w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

<sup>4</sup> Wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r., sygn. KIO 650/16.

<sup>5</sup> Sygn. akt KIO/KU 15/18.

krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie obiektu wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264 (budynki szpitali i zakładów opieki medycznej), o wartości nie mniejszej niż 100 000 000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych) każde.

13. W ocenie Odwołującego warunek udziału skonstruowany w powyższy sposób jest nadmierny i nieuzasadniony, co może skutkować znacznym ograniczeniem kręgu wykonawców zdolnych do ubiegania się o niniejsze zamówienie.
14. Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż na nieuzasadnione zawężenie warunku udziału wskazuje rodzaj obiektów, których wykonaniem muszą wykazać się poszczególni oferenci. Jak już wskazano kilkakrotnie, Zamawiający w tym zakresie zreferował do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264. Wśród wymienionych w tym zakresie budynków wskazano m.in. na **żłobki, przychodnie, poradnie, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka czy budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi**. Potwierdza to poniższy fragment PKOB:

Klasa	
1264	<p><b>Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej</b></p> <p>Klasa obejmuje:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi,</li> <li>– Sanatoria, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne, przychodnie, poradnie, żłobki, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka,</li> <li>– Szpitale kliniczne,</li> <li>– Szpitale więzienne i wojskowe,</li> <li>– Budynki przeznaczone do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacje krwiodawstwa, laktaria, kliniki weterynaryjne, itp.,</li> <li>– Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarczą dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp.</li> </ul>

15. Wykonanie tych przykładowo powołanych powyżej budynków zasadniczo niczym nie różni się od realizacji różnego rodzaju innych budynków użyteczności publicznej, w tym np. budynków na potrzeby oświaty, szkolnictwa wyższego, **wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej**, a nawet usług, w których to nierzadko dostępne są właśnie usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacji dla ludzi. Wydaje się, że w sposób jasny potwierdzają to i obrazują poniższe fotografie budynków, które dopuścił na obecnym etapie Zamawiający.

#### **Ośrodek pomocy społecznej:**



**Żłobek:**



**Przychodnie, poradnie:**



16. Obiekty te, jak widać, stanowią „zwykłe” budynki. Niczym nie różnią się np. od teatrów, budynków usługowo-biurowych czy w końcu nawet centrów handlowych, w których nierzadko mieszczą się przecież też poradnie, przychodnie czy inne tego typu placówki świadczące usługi medyczne. Mimo takiego stanu rzeczy Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się realizacją jedynie ściśle określonych budynków (wyselekcjonowanych), wykluczając w ten sposób inne podobne, do realizacji których wymagane są zasadniczo tożsame umiejętności (doświadczenie). Zachowanie to jest całkowicie niezrozumiałe. Poprzez takie działanie Zamawiającego doszło jednak do niesłusznego ograniczenia konkurencji i ukształtowania warunku udziału w sposób całkowicie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dlatego też, biorąc choćby pod uwagę specyfikę dopuszczonych przez Zamawiającego budynków, w związku z brakiem jakiegokolwiek zasadniczej różnicy między nimi a innymi budynkami użyteczności publicznej, w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mogą wykazać się właśnie realizacją budynków użyteczności publicznej. Jak już wspomniano, trudno zrozumieć bowiem, dlaczego Zamawiający uznaje możliwość wykazania się budową np. żłobka, jednocześnie wykluczając dopuszczalność wykazania się wykonaniem np. teatru.
17. W powyższym kontekście Odwołujący wskazuje, że za w pełni uzasadnione i wystarczające do realizacji zamówienia należy uznać postawienie wymagania dot. doświadczenia wykonawcy w zakresie realizacji określonych obiektów – budynków użyteczności publicznej o wskazanej przez Zamawiającego wartości – 100 000 000,00 zł – oraz, o ile Zamawiający chciałby, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem zasadniczo zbliżonym do przedmiotu zamówienia, budynku opieki zdrowotnej, ale o mniejszej wartości, tj. 50 000 000,00 zł. Także bowiem obwarowanie zamówień (obiektów aktualnie wymaganych przez Zamawiającego) wymogiem rażąco wysokiej wartości nie sposób uznać za uzasadnione.
18. *Po pierwsze*, celem wykazania, że wymagania Odwołującego wyrażone niniejszym odwołaniem nie są bezpodstawne, a Adamietz domaga się ustanowienia wymagań w swojej istocie „minimalnych” i „adekwatnych” z perspektywy zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, słusznie należy zwrócić uwagę na inne, zbieżne przedmiotowo postępowania przeprowadzone przez innych zamawiających. **Istotne znaczenie ma bowiem fakt, że w zasadniczej większości postępowań zamówieniowych, dotyczących obiektów szpitalnych, występują warunki *de facto* zbieżne z żądaniem Odwołującego wyrażonym niniejszym pismem, które należy traktować jako przyjęte przez uczestników rynku w kategorii ustanowionych właściwie.**
19. Przykładowo w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii pn. „Budowa szpitala onkologicznego we Wrocławiu” (nr postępowania: ZP/PN/41/22/RN/AW) postawiono jeden tylko warunek udziału, który referuje do realizacji obiektu (dwóch) użyteczności publicznej (por. poniżej):



5.4.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – wykonawca musi wykazać, że:

- 1) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy), których zakres przedmiotowy każdego obejmował budowę obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej **15 tys. m<sup>2</sup>**;
20. Zamawiający – co warto również podkreślić – nie określił przy tym minimalnej wartości robót, które miały zostać zrealizowane przez wykonawcę.
21. Podobnie na uwagę zasługuje postępowanie prowadzone przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” zadania inwestycyjnego pn. „Budowa i wyposażenie Ośrodka Radioterapii na terenie Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku (nr postępowania: SIR.2910.05.(15/sir/11/Z0/21.2021), w którym to od wykonawców oczekiwano **tylko i wyłącznie realizacji dwóch obiektów budowlanych (bez podziału na konkretny jego typ):**

## 2. Zdolność techniczna lub zawodowa

1. Warunek w rozumieniu Zamawiającego spełni Wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich dziesięciu latach (par.9 ust.4 pkt 1 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej **dwa** zamówienia polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu budowlanego. Każde z zamówień musi spełniać łącznie następujące wymagania:

- a) wartość brutto zamówienia (robót budowlanych) wynosiła co najmniej 20.000.000zł;
- b) powierzchnia użytkowa obiektu była nie mniejsza niż 5.000m<sup>2</sup>;
- c) kubatura obiektu była nie mniejsza niż 25.000m<sup>3</sup>

W przypadku podania wartości w walucie innej niż PLN, Zamawiający jako kurs przeliczeniowy waluty przyjmie średni kurs NBP, który jest dostępny pod adresem [www.nbp.pl](http://www.nbp.pl) opublikowany w dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

22. W tym przypadku wartość zamówienia została ustalona na poziomie co najmniej 20 mln zł.
23. I dalej – w postępowaniu pn. „Wykonanie robót budowlanych dotyczących realizacji zadania pn.: „Rozbudowa Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w Radomskim Szpitalu Specjalistycznym oraz budowa dróg wewnętrznych” (nr postępowania: RSS/SZP/P-49/2023) prowadzonym przez Radomski Szpital Specjalistyczny, wymagano tylko doświadczenia w realizacji budynków użyteczności publicznej (trzech):

### 5.7.2) dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej

#### a. Doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 7 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej trzy zamówienia, z których każde polegało na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości min. 30.000.000,00 PLN brutto każda, przy czym pojęcie budowy jest rozumiane zgodnie z art. 3 pkt. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tj. „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”.

Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby:

- każde z trzech wykonanych zamówień obejmowało co najmniej branże: architektoniczną, konstrukcyjną oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych,
- co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień polegało na budowie budynku o powierzchni całkowitej co najmniej 2 500 m<sup>2</sup> oraz kubaturze co najmniej 12 000 m<sup>3</sup>;
- wymienione budynki uzyskały decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

24. Wartość robót budowlanych określona została na poziomie 30 mln zł.
25. Powyższe, jedynie przykładowo przytoczone przez Odwołującego, warunki udziału w innych, istotnie zbliżonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego już „na pierwszy rzut oka” dowodzą, że Zamawiający postawił wymagania nieadekwatne i nieproporcjonalne, daleko odbiegające od przyjętej praktyki rynkowej przez pozostałe instytucje zamawiające. Zamawiający bowiem – po pierwsze – jak wskazał Odwołujący, wprost referują do obiektów użyteczności publicznej – po drugie – wskazują na znacznie niższą wartość robót.
26. Opisane powyżej przez Odwołującego uwagi i propozycje wydają się być o tyle zasadne, że Zamawiający, otwierając się na szerszą konkurencję, dzięki czemu może uzyskać w postępowaniu większą liczbę ofert, a przez to atrakcyjniejszą cenę, jednocześnie zapewnia sobie wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia. Każdy bowiem oferent legitymował się będzie doświadczeniem w wykonaniu jednego obiektu użyteczności publicznej o istotnym stopniu skomplikowania, za czym przemawia wartość robót (100 tys. zł), i jednocześnie obiektem nawiązującym do specyfiki przedmiotu zamówienia. Pierwszy z warunków pozwala Zamawiającemu dopuścić do udziału wykonawców, którzy mają „generalne” zdolności i doświadczenie w realizacji robót kubaturowych (budynków użyteczności publicznej), drugi natomiast zapewnia Zamawiającemu, iż wykonawcy Ci legitymować się będą również doświadczeniem związanym z przedmiotem zamówienia. Podejście to wydaje się być racjonalne, w pełni uzasadnione i z korzyścią dla podmiotu publicznego. -
27. Należy pamiętać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, iż warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia, co potwierdza chociażby wyrok Izby z dnia 12 lutego 2021 r.<sup>6</sup>: **„Oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca do uznania wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia. Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 457/20) wskazać należy, że „Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym”.**
28. *Po drugie*, w powyższym kontekście oraz przy uwzględnieniu omawianych kwestii nie sposób nie odnieść się również do liczby zrealizowanych w Polsce obiektów, których oczekuje Zamawiający obecnie, a których wartość przekracza 100 000 000,00 zł. Dane takie oczywiście pozwalają również zidentyfikować faktyczną liczbę wykonawców, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienia. Wszak Zamawiający planuje dopuścić do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy zrealizowali, z i tak istotnie ograniczonej „puli” obiektów, przynajmniej **dwa** z nich.
29. W powyższym kontekście warto przede wszystkim wskazać na liczbę szpitali i zakładów opieki zdrowotnej, które zostały zrealizowane w przeciągu ostatnich pięciu lat (wyłącznie takimi danymi dysponuje na obecną chwilę Odwołujący;

---

<sup>6</sup> Sygn. akt KIO 184/21

pochodzą one z innego postępowania, w którym wykonawcy również kwestionowali warunki udziału jako nadmiarowe; jak wynika jednak z przytoczonych poniżej informacji, z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, iż „dodanie” kolejnych 3 lat nie zmienia w sposób istotny sytuacji).

30. Jak wynika z przedstawionej tabeli, zdecydowana większość inwestycji ma wartość poniżej 100 mln zł. Zaledwie **siedem** pozwala na spełnienie warunku udziału w tym postępowaniu.

Lp	Nazwa	Powierzchnia całkowita	Powierzchnia użytkowa	Wartość	Data zakończenia	Wykonawca	Ocena
1	Ośrodek Radioterapii w Płocku	10005	7695	63,4 mln zł	III kwartał 2023	Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. (Projekt i budowa - Lider Konsorcjum) Alstal Investment Sp. z o.o. (Projekt i budowa - Partner Konsorcjum)	NIE SPEŁNIA
2	Kliniczny Szpital Okulistyczny w Warszawie - rozbudowa	5472	3358	67,7 mln zł	III kwartał 2023	Warbud S.A.	NIE SPEŁNIA
3	Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie - przebudowa	9415	6415	88,4 mln zł	III kwartał 2023	Warbud S.A.	NIE SPEŁNIA
4	Nowe skrzydło Szpitala Bielańskiego - Centralny Blok Operacyjny	10210	7853	118,28 mln zł	II kwartał 2023	Strabag Sp. z o.o. (Konsorcjum - Lider) Ed. Zubin AG (Konsorcjum - Partner)	NIE SPEŁNIA
5	Budynek Główny Szpitala w Rudzie - modernizacja		7230	52,78 mln zł	I kwartał 2023	Firma Remontowo-Budowlana Mel-Pol Krzysztof Wasilewski Zakład Usług Inżynierskich Krzysztof Redelski Koronto Sp. z o.o. Zakład Instalacji Sanitarnej Ce i Gaz, Andrzej Paweł Piotr Łuka Sp. z o.o.	NIE SPEŁNIA
6	Szpital Powiatowy w Wołominie - rozbudowa		10000	50,78 mln zł	IV kwartał 2022	Warbud S.A.	NIE SPEŁNIA
7	Uniwersytecki Szpital Kliniczny UMiM - nowe skrzydło	5895	2955	53 mln zł	IV kwartał 2022	Adamietz Sp. z o.o.	NIE SPEŁNIA
8	Centrum Kliniczno-Dydaktyczne Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - etap II	60900	43500	373,87 mln zł	IV kwartał 2022	Warbud S.A. (II etap - Lider konsorcjum) BUDOMAL Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Rafał Leśniak (II etap Partner konsorcjum)	SPEŁNIA
9	Ośrodek Radioterapii z Brachyterapią przy Szpitalu Wojewódzkim w Zamościu	15000	11000	50 mln zł	III kwartał 2022	Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Rcm-Mel Sp. z o.o.	NIE SPEŁNIA
10	Szpital Kliniczny nr 1 Uniwersytetu Medycznego - etap II	33668	16325	231 mln zł	III kwartał 2022	Budimex S.A.	SPEŁNIA
11	Szpital Specjalistyczny im. F. Cymora - rozbudowa	8912,12		94,7 mln zł	II kwartał 2022	Budimex S.A.	NIE SPEŁNIA
12	Filia Wojskowego Instytutu Medycznego w Legionowie - szpital		11487	83,11 mln zł	IV kwartał 2021	Strabag Sp. z o.o. (Konsorcjum - Lider) Ed. Zubin AG (Konsorcjum - Partner)	NIE SPEŁNIA
13	Szpital im. Św. Wincentego a Paulo - rozbudowa		5701	71,72 mln zł	III kwartał 2021	Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. (Lider konsorcjum) Alstal Property Sp. z o.o. (Partner konsorcjum)	NIE SPEŁNIA
14	Beskidzkie Centrum Onkologii - rozbudowa		4650	73,29 mln zł	III kwartał 2021	Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. (Lider) Alstal Development Sp. z o.o. (Partner)	NIE SPEŁNIA
15	Wielkopolskie Centrum Zdrowia Dziecka	52028	35882	375 mln zł	III kwartał 2021	Warbud S.A.	SPEŁNIA
16	Blok operacyjny szpitala MSWiA w Kielcach	7525,3	6271	65,05 mln zł	I kwartał 2021	Przedsiębiorstwo Elementów Budowlanych Fabet S.A. (stan surowy zamknięty) Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. (Część 3 i 4)	NIE SPEŁNIA
17	Wojewódzki Szpital Zespólny w Toruniu - rozbudowa		49000	336 mln zł	IV kwartał 2022	Budimex S.A. (Lider konsorcjum) Ferroviel Azcozen S.A. Oddział w Polisce (Partner konsorcjum)	NIE SPEŁNIA
18	Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Zielonej Górze	19000	14000	60 mln zł	IV kwartał 2020	Mostostal Zabrze S.A.	NIE SPEŁNIA
19	Zespół Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie	4000	3300	61 mln zł	III kwartał 2020	Eresco Sp. z o.o. Sp.k. (Etap I - lata 2014-2015) Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. (Etapy I, II, III przewidziane na lata 2018-2021)	NIE SPEŁNIA
20	Blok Operacyjny i Oddział Chirurgiczny Szpitala MSW w Rzeszowie	7539	6335	56,73 mln zł	I kwartał 2020	Skanska S.A. (I i II etap), Budimex S.A.	NIE SPEŁNIA
21	Regionalne Zintegrowane Centrum Zębiczne	13595	11519	85 mln zł	I kwartał 2020	Warbud S.A. (Pełnomocnik konsorcjum) BUDOMAL Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Rafał Leśniak	NIE SPEŁNIA
22	Budynek z 8 salami operacyjnymi dla Szpitala Św. Wojciecha	6588	5709	52 mln zł	IV kwartał 2019	Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k.	NIE SPEŁNIA
23	Szpital Poludniowy	61488	42405	206 mln zł	III kwartał 2019	Erbud S.A. (Lider Konsorcjum) Strabag Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)	SPEŁNIA
24	Szpital Uniwersytecki w Krakowie - Prokocimiu	145000	130875	819 mln zł	II kwartał 2019	Warbud S.A. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH&CO KG Pron (Polska) S.A.	SPEŁNIA

31. Co przy tym ważne, spełniające warunek udziału inwestycje realizowane były przez różnych wykonawców i to najczęściej w konsorcjum. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający – jak wskazano – oczekuje dwóch inwestycji, a ponadto wykluczył możliwość sumowania wartości robót budowlanych kilku wykonawców, by uzyskać żądaną przez Zamawiającego wartość.

Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości robót budowlanych (umów) kilku wykonawców – by uzyskać żądaną przez Zamawiającego wartość.

32. Powyższe oznaczałoby to, że Zamawiający faktycznie wykluczył możliwość powoływania się na doświadczenie w konsorcjum (o czym dalej). Dlatego też inwestycji, które rzeczywiście spełniają warunek udziału jest... **zaledwie dwie!** Zrealizowane one przy tym zostały przez dwóch różnych wykonawców – Budimex oraz Warbud, co jednocześnie oznacza, że w świetle obecnej treści warunku udziału, żaden z tym wykonawców nie może wziąć udziału w postępowaniu.
33. W ocenie Odwołującego mamy tutaj do czynienia z bezpośrednim i całkowicie nieuzasadnionym utrudnieniem dostępu do przedmiotowego zamówienia wykonawcom, którzy w rzeczywistości dysponują na tyle dużym potencjałem,



żeby wywiązać się ze swoich wszelkich zobowiązań (w przypadku wyboru złożonej przez nich oferty). Pokazuje to powyższa tabela, zgodnie z którą to właśnie Budimex oraz Warbud w głównej mierze realizują inwestycje podobne do przedmiotu zamówienia.

34. W ocenie Odwołującego, uwzględniając różnego rodzaju prawnie możliwe rozwiązania (stworzenie konsorcjum, udostępnienie zasobów przed podmioty trzecie) w postępowaniu najpewniej (być może) oferty złoży zaledwie dwóch, trzech wykonawców, tj. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Mamy zatem do czynienia z faktycznym wypaczeniem zasady konkurencyjności poprzez ustanowienie wymogu w realizacji dwóch obiektów (które powstają rzadko) o rażąco wysokiej ich wartości, które realizowane są zasadniczo w drodze wyjątku z perspektywy całego rynku. W efekcie – jest to warunek nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i celem, który planował osiągnąć.
35. Zaistniałej sytuacji nie sposób ocenić inaczej, niż jako działanie nieproporcjonalne. Skoro bowiem warunki udziału w Postępowaniu (które winny być **minimalne**), zostały ustalone w ten sposób, że może spełnić je wąska grupa największych wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce (choć nie ma co do tego pewności), to Zamawiający dopuścił się złamania wskazanej już niniejszym pismem zasady proporcjonalności.
36. Konkludując – Zamawiający w sposób nadmierny i wygórowany określił warunek udziału, który jest przedmiotem odwołania, że doprowadził On do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Tym samym – Zamawiający winien sanować własne działanie. Jeśli w ocenie Zamawiającego, nadrzędne znaczenie ma wartość realizowanych obiektów – powinien tego dokonać poprzez dopuszczenie obiektu użyteczności publicznej o wartości przynajmniej 100 000 000,00 zł oraz obiektu opieki zdrowotnej o wartości 50 000 000,00 zł – ewentualnie – jeśli Zamawiający większą wagę przykładą do charakteru (przeznaczenia) obiektu – dopuszczenie wykazania się doświadczeniem w realizacji dwóch obiektów opieki zdrowotnej o wartości co najmniej 50 000 000,00 zł, przez które rozumieć należy obiekty typu: szpitale kliniczne, szpitale więzienne i wojskowe, sanatoria, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne etc.
37. To właśnie wnioskowane niniejszym odwołaniem wymagania (wskazane powyżej) jawią się jako w pełni adekwatne, proporcjonalne i ustanowione w duchu zasady uczciwej konkurencji.
38. Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego fragmentu, zgodnie z którym wykluczona jest możliwość sumowania wartości robót budowlanych kilku wykonawców, by uzyskać żądaną przez Zamawiającego wartość, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż to doprecyzowanie warunku nie jest do końca jasne. Brak jest bowiem możliwości stwierdzenia, czy Zamawiający poprzez wprowadzenie tego postanowienia SWZ starał się ograniczyć udział w postępowaniu do wykonawców, którzy sami (a nie np. z udziałem drugiego konsorcjanta) są w stanie wykazać się doświadczeniem w realizacji dwóch

odpowiednich zamówień, czy też wykluczył możliwość powoływania się na doświadczenie w realizacji robót w konsorcjum. Za pierwszą z opisanych wykładni przemawia fakt, iż Zamawiający z uwadze precyzującej odwołuje się do „uzyskania żądanej przez Zamawiającego wartości”, którą w świetle warunku jest 100 tys. zł (obecnie). Wskazywałoby to, iż uwaga ta ma zastosowanie do jednej wartości 100 tys. zł, a zatem poszczególnych referencyjnych zamówień.

39. Niezależnie od tego, która z interpretacji jest właściwa, obie – w zestawieniu z sformułowanym warunkiem udziału – w sposób znaczny (dodatkowy) ograniczają konkurencję i możliwość wykazania się stosownym doświadczeniem w tym postępowaniu. W ocenie Odwołującego co najmniej dopuszczalna powinna być bowiem możliwość powołania się w tym postępowaniu na doświadczenie przez różnych wykonawców tworzących konsorcjum (np. po jednym zamówieniu). Nie budzi bowiem wątpliwości, iż rozwiązanie takie jest regułą powszechnie stosowaną, a samo rozwiązanie zmierza do zwiększenia konkurencyjności w postępowaniach. Jakiegokolwiek jej ograniczenia należy traktować w kategoriach absolutnego wyjątku. Trudno dopatrzyć się w tym postępowaniu takich okoliczności, które uzasadniałyby wprowadzenie przedmiotowego ograniczenia. Dlatego, o ile w ten właśnie sposób Zamawiający interpretuje to postanowienie SWZ, Odwołujący wnosi o jego usunięcie jako nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ograniczające zbytnio konkurencję.

### II.1.3. Skutki wygórowanych warunków udziału – naruszenie przepisów

40. Odnosząc się w tym miejscu bowiem wreszcie do bezpośredniego naruszenia przez Zamawiającego reguł i zasad, które kształtują cały system prawa zamówień publicznych – tzw. naczelnych zasad zamówień publicznych, nie może ująć uwadze, że powyższe działanie Zamawiającego jawi się jako niedopuszczalne i podjęte wbrew przepisom Pzp, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.
41. Przede wszystkim, w trosce o dochowanie wszelkich zasad obowiązujących uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający winien przygotować i przeprowadzić Postępowanie zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 Pzp. Wśród tych zasad wskazana została zasada konkurencyjności i proporcjonalności, która zezwala zamawiającemu na podejmowanie tylko takich środków ograniczających konkurencję, które są konieczne i jednocześnie wystarczające do osiągnięcia celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty.
42. Mając na uwadze treść art. 112 ust. 1 Pzp, należy podkreślić, za Urzędem Zamówień Publicznych<sup>7</sup>, że *wymagania dotyczące warunków udziału winny być **minimalne**, a art. 112 ust. 1 Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej*

---

<sup>7</sup> Ibidem.

*"[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia". Posłużenie się w art. 112 ust. 1 p.z.p. sformułowaniem "w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia" oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Prawdłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie". Istota niniejszego przepisu obejmuje również realizację ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 16 Pzp).*

43. Zestawiając polską ustawę Pzp z generalną zasadą proporcjonalności w przetargach publicznych, wobec której zamawiający winien wyważyć proporcje pomiędzy koniecznością zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu, należy uznać, że Zamawiający nie wywiązał się z przedmiotowego obowiązku. W tym przede wszystkim zastosował środki niewspółmierne, celem określenia warunków udziału w Postępowaniu.
44. Na istotność zasady proporcjonalności w zakresie wskazywał wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tak m.in. w wyroku z dnia 22 października 2015 r.<sup>8</sup>: „*Niemniej jednak, zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, taki środek nie powinien wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu*” (por. wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili<sup>9</sup>), EU:C:2009:808, pkt 33) oraz zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/05 Werner Mangold: „*Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem*”.
45. W ocenie Odwołującego, za warunki udziału w Postępowaniu, które można by nazwać minimalnymi poziomem zdolności wykonawcy, traktować należy w pierwszej kolejności – dopuścić wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji obiektu szpitalnego o wartości co najmniej 50 000 000,00 zł oraz obok tego – obiektem użyteczności publicznej o wartości co najmniej 100 000 000,00 zł. Ewentualnie – dopuścić dwa zrealizowane obiekty

---

<sup>8</sup> Sprawa C-425/14

<sup>9</sup> Sprawa C-376/08

szpitalne o wartości 50 000 000,00 zł. Przedmiotowe działanie stanowiłoby w istocie pożądaną kompromis pomiędzy obowiązkami Zamawiającego, które nakłada ustawa Pzp a opisaną już wyżej zasadą adekwatności oraz proporcjonalności warunku.

46. Stawianie przez Zamawiającego „wyśrubowanych” wymagań w kontekście doświadczenia wykonawcy, o których mowa powyżej jest z całą pewnością zachowaniem niewspółmiernym i nie powinno mieć miejsca Postępowaniu. Jak wskazuje w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, stanowi to naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego (wyrok z dnia 16 września 2020 r.<sup>10</sup>): *„Warunki udziału w postępowaniu służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W związku z tym muszą być tak określone, aby możliwe było osiągnięcie celu ich postawienia, tj. aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy. **Jednocześnie nie mogą to być warunki nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wynika to z art. 22 ust. 1a p.z.p., który stanowi, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności.**”* (tożsame stanowiska Izba zajęła m.in. na gruncie wyroku z dnia 12 października 2020 r.<sup>11</sup>, wyroku z dnia 18 lipca 2019 r.<sup>12</sup> oraz wyroku z dnia 30 listopada 2020 r.<sup>13</sup>).
47. Jak już wskazano – sama tylko okoliczność, że w ramach zamówienia będącego przedmiotem Postępowania powstanie obiekt szpitalny, nie może stanowić dostatecznego usprawiedliwienia dla żądania wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji dwóch takich obiektów (o znacznej przy tym wartości).
48. Związanie warunku z przedmiotem zamówienia rozumieć należy jako takie jego sformułowanie, które w swojej treści nawiązuje wprost do nabywanego przez instytucje zamawiające przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych. Istotne jest, aby stopień powiązania nie określał konieczności wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia. Z punktu widzenia zamawiającego wystarczające powinno być bowiem ustalenie, iż wykonawca zrealizował zamówienia, których zasadnicze cechy zbieżne są tym, które powierzyć zamierza zamawiający. Dlatego też, „związek z przedmiotem zamówienia” rozpatrywać należy przez pryzmat punktów stykających pomiędzy treścią warunku a przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie istota warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji przyszłego zamówienia, nie natomiast weryfikacji czy w swoim portfolio posiada on doświadczenie czy potencjał zbieżny z przedmiotem zamówienia w zakresie elementów niemających

---

<sup>10</sup> Sygn. akt KIO 2023/20

<sup>11</sup> Sygn. akt KIO 2440/20

<sup>12</sup> Sygn. akt KIO 1233/19

<sup>13</sup> Sygn. akt KIO 2941/20

znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia.

49. Odwołujący pozostaje na stanowisku, że wykazanie się doświadczeniem w realizacji obiektu szpitalnego o wartości co najmniej 50 000 000,00 zł oraz obok tego – obiektem użyteczności publicznej o wartości co najmniej 100 000 000,00 zł. Ewentualnie – dopuszczenie dwóch zrealizowanych obiektów szpitalne o wartości 50 000 000,00 zł jest w pełni wystarczające do potwierdzenia, że wykonawca jest zdolny do potencjalnej realizacji zamówienia otrzymanego w Postępowaniu (i gwarantuje dostateczny poziom związania z przedmiotem zamówienia).
50. Wobec powyższego, postanowienie SWZ dot. warunków udziału w Postępowaniu, będące przedmiotem niniejszego odwołania jednoznacznie narusza wskazane przepisy Pzp, a postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ponadto godzi w naczelną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a Zamawiający winien dokonać jego zmiany zgodnie z żądaniami Odwołującego uwzględnionymi w *petitum*.

## **II.2. Zarzuty dotyczące postanowień umownych**

### **II.2.1. Wprowadzenie**

51. Analiza kwestionowanych postanowień umownych prowadzi do wniosku, że Zamawiający w treści Wzoru Umowy stara się przenieść na wykonawcę szereg ryzyk, za które wykonawca nie będzie *de facto* odpowiedzialny. Skarżone przez Odwołującego postanowienia umowne w znacznym zakresie uwydatniają słabszą pozycję wykonawcę. Postanowienia umowne przewidują rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, a także dysproporcję między uprawnieniami stron umowy, co powoduje sprzeczność celu umowy z zasadami współżycia społecznego.
52. Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający ma możliwość na podstawie przepisów ustawy Pzp narzucić w pewien sposób swoje warunki realizacji zamówienia dotyczący wykonawców biorących udział w postępowaniu (stanowi to konsekwencję adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne). Zakres przysługującej Zamawiającemu swobody nie może jednak naruszać dyrektyw wynikających z art. 353<sup>1</sup> k.c. kształtującego zasadę swobodnego kształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami, przy czym postanowienia umowy, zgodnie z tym przepisem, nie mogą pozostawać w sprzeczności właściwością stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego.
53. Celem przywołanego 353<sup>1</sup> k.c. jest ukształtowanie zasady, zgodnie z którą przyznana stronom stosunków zobowiązaniowych swoboda umów nie ma charakteru absolutnego<sup>14</sup>. Reguła ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku umów o zamówienie publiczne. Jak wskazano powyżej, mamy tu

<sup>14</sup> Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)

bowiem do czynienia z sytuacją, w której równowaga stron w zakresie wpływu na treść stosunku prawnego jest z założenia reglamentowana. To bowiem instytucja zamawiająca opracowuje projekt umowy, wykonawca ma jedynie prawo do formułowania wniosków o wyjaśnienia (przybierających zasadniczo postać wniosków o zmiany) lub skarżenia projektu umowy przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej.

54. Konsekwencją powyższego jest to, że zamawiający publiczny, formułując postanowienia umowne, powinien z wyjątkową ostrożnością kształtować zakres praw i obowiązków stron. Tymczasem, jak wynika z treści Wzoru Umowy, Zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym niezależne od aktywności wykonawcy, a nawet te, które wynikną z zaniedbań samego Zamawiającego lub podmiotów trzecich (w tym organów publicznych). Treść Wzoru Umowy Zamawiającego nie pozwala na rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż nie ma możliwości przewidzenia wszelkich ryzyk, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia.
55. Podnieść wreszcie należy, że zasada swobody umów, która znajduje zastosowanie do umów o zamówienie publiczne (z racji ich cywilnoprawnego charakteru) nie może być nadużywana, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 sierpnia 2005 r.<sup>15</sup>:

*„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”.*

56. Do analogicznych wniosków doszła również Izba, np. w wyroku z dnia 18 maja 2015 r.<sup>16</sup>

*„Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. (...) Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej”.*

57. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie:

*„Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający - wykonawca). W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na*

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 23 listopada 2005 roku, IV Ca 508/05.

<sup>16</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 roku, KIO 897/15.

*zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c. zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.”<sup>17</sup>*

58. Z wyżej opisanych względów, odwołanie w zakresie postanowień umownych zasługuje na uwzględnienie.

## II.2.2. Kwestionowane postanowienia umowne

### II.2.2.1. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §5 [Obowiązki Wykonawcy] ust. 4 Projektu Umowy

59. W odniesieniu do postanowienia §5 [Obowiązki Wykonawcy] ust. 4 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę** ww. postanowienia o treści:

*„Wykonawca będzie odpowiedzialny i poniesie wszystkie koszty związane z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (o ile będą konieczne do uzyskania w ramach realizacji Umowy), związanych z organizacją i realizacją robót, dostawą konstrukcji, materiałów i urządzeń, sprzętu i zapewnienia siły roboczej niezbędnej dla zrealizowania całości zakresu Przedmiotu Umowy.”*

**poprzez** nadanie mu postanowieniu następującej treści:

*„Wykonawca będzie odpowiedzialny **za uzyskanie na rzecz Zamawiającego** wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (o ile będą konieczne do uzyskania w ramach realizacji Umowy), związanych z organizacją i realizacją robót, dostawą konstrukcji, materiałów i urządzeń, sprzętu i zapewnienia siły roboczej niezbędnej dla zrealizowania całości zakresu Przedmiotu Umowy, **tj. w szczególności uzgodnienia wynikające z decyzji administracyjnej o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, innych decyzji i postanowień administracyjnych, wytycznych gestorów uzbrojenia i zarządcy dróg oraz z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót z właściwymi organami. Wszelkie ewentualne koszty z tym związane poniesie Zamawiający.**”*

60. Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
61. Zaskarżone postanowienie w swej istocie wprowadza on nieograniczoną możliwość modyfikacji [rozszerzenia] zakresu przedmiotu zamówienia, przenosząc jednocześnie wszystkie związane z tym ryzyka na wykonawcę.
62. W przypadku realizacji inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj, jednym z elementów które wykonują Wykonawcy – każdorazowo w uzgodnieniu z Zamawiającym – jest uzyskanie aktualizacji uzgodnień czy też wytycznych od zarządców dróg, gestorów sieci czy innych podmiotów trzecich. Podmioty te są dla Wykonawcy podmiotami trzecimi, tj. nie łączy go z nimi żadna relacja

<sup>17</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 roku, KIO 2163/17.

kontraktowa ani prawna, a w swej istocie wszelkie ustalenia dokonywane są zasadniczo przez zamawiającego i tenże podmiot trzeci.

63. Uzgodnienia takie wpływają jednak na zakres prac koniecznych do wykonania przez wykonawcę, przy czym wykonawca nie ma żadnej możliwości dokonania na etapie ofertowania weryfikacji i wyceny takich prac.
64. Wykonawca często dysponuje jedynie wstępnymi uzgodnieniami uzyskanymi przez zamawiającego i to one podlegają wycenie. Kolejno, w razie zmiany takich uzgodnień – na które każdorazowo zgodzić się musi zamawiający – może dojść do zmiany zakresu prac i robót koniecznych do wykonania. Skoro jednak, to zamawiający decyduje czy akceptuje konkretne uzgodnienia przewidujące określony zakres prac i robót do wykonania przez wykonawcę [a niewskazanych w dokumentacji przetargowej], winien on również ponosić koszty ich realizacji. W innej sytuacji, zamawiający uzyska możliwość swobodnej i arbitralnej zmiany zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia.
65. Należy zauważyć, że uzgodnienia takie mogą przewidywać konieczność realizacji prac i robót o zakresie daleko dalej idącym niż konieczne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a Wykonawca w swej istocie jest wyłączony z procesu decyzyjnego.
66. Co kluczowe – dobra i standardową praktyką jest uzyskiwanie przez Zamawiających wstępnych uzgodnień, określających zakres prac koniecznych do wykonania. Powyższe pozwala oferentom na dokonanie wyceny zakresu prac robót do wykonania. Im bardziej szczegółowe dokumenty uzyska Zamawiający, tym lepiej nadają się one do procesu ofertowania. W przypadku jednak gdy wystąpi konieczność ich zmiany poprzez zwiększenie zakresu, to element ten nie jest objęty ofertą i winien podlegać rozliczenia jako roboty dodatkowe.
67. Należy podkreślić, że w reżimie zamówień publicznych na inwestorze [tu: Zamawiający] spoczywa obowiązek sporządzenia i przekazania wykonawcy prawidłowej, wolnej od wad dokumentacji i **to inwestor ponosi ryzyko wadliwie sporządzonej dokumentacji, jak również odpowiada za wyrządzoną wykonawcy szkodę spowodowaną wadliwą dokumentacją projektową (przetargową).**
68. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty..
69. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób: *„jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając **wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**”*<sup>18</sup>.

<sup>18</sup>

Art. 99 ust. 1 Pzp, por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2015 r. KIO 56/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lutego 2016 r. KIO 165/16, wyrok Krajowej Izby



70. W konsekwencji, zaskarżone postanowienie narusza przywołane regulacje i z tegoż względu winno ulec zmianie w ww. zakresie.

#### **II.2.2.2. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §14 [Odbiory] ust. 14 Projektu Umowy**

71. W odniesieniu do postanowienia §14 [Odbiory] ust. 14 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę** ww. postanowienia o treści:

*„14. Jeżeli w toku czynności odbioru przedmiotu Umowy zostaną stwierdzone wady i usterki:*

*1) **istotne, nadające się do usunięcia** – Zamawiający przerwie odbiór, odmawiając jego dokonania do czasu usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę, przy czym na usunięcie wad lub usterek Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Jeżeli wskutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1-3), skutkuje to odpowiedzialnością Wykonawcy za zwłokę na podstawie § 15 ust. 1 pkt 1;*

*2) **istotne, nie nadające się do usunięcia** – gdy wady i usterki uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy lub gdy użytkowanie stanowi zagrożenie, Zamawiający przerwie odbiór i zażąda ponownego wykonania robót tak, aby stwierdzone wady/usterki zostały wyeliminowane – w tym celu wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Jeżeli wskutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3), Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w całości lub w części w terminie kolejnych 21 dni kalendarzowych;*

*3) **nieistotne, nadające się do usunięcia** – Zamawiający dokona odbioru z obowiązkiem usunięcia wad przez Wykonawcę i wyznaczy Wykonawcy termin określony przez Zamawiającego wynikający z właściwości tych wad – jednak nie dłuższy niż 20 dni. Po przekroczeniu tego terminu Zamawiający będzie obciążał Wykonawcę karami umownymi w wysokości określonej w § 15 ust. 1 pkt 9;*

*4) **nieistotne, nienadające się do usunięcia** – Zamawiający dokona obioru, jednak będzie miał prawo do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy, biorąc za podstawę przede wszystkim wymaganą wysoką jakość i należyłą staranność wykonania robót.”*

**poprzez** nadanie mu postanowieniu następującej treści:

---

Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 listopada 2014 r., KIO 2323/14; KIO 2338/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 sierpnia 2015 r. KIO 1738/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 lipca 2015 r., KIO 1254/15.

„14. Jeżeli w toku czynności odbioru przedmiotu Umowy zostaną stwierdzone wady i usterki:

**1) istotne – gdy wady lub usterki uniemożliwiają lub zasadniczo utrudniają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem lub gdy użytkowanie Przedmiotu Umowy stanowi zagrożenie,** Zamawiający przerwie odbiór, odmawiając jego dokonania do czasu usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę, przy czym na usunięcie wad lub usterek Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Jeżeli wskutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1-3), skutkuje to odpowiedzialnością Wykonawcy za zwłokę na podstawie § 15 ust. 1 pkt 1;

**2) nieistotne – w przypadku wystąpienia wad lub usterek, które nie stanowią wad lub usterek istotnych,** Zamawiający dokona odbioru **z zastrzeżeniem obowiązku** usunięcia wad **lub usterek** przez Wykonawcę i wyznaczy Wykonawcy termin określony przez Zamawiającego wynikający z właściwości tych wad **lub usterek** – jednak nie dłuższy niż **30 dni**. Po przekroczeniu tego terminu Zamawiający **ma prawo do naliczenia kar umownych** w wysokości określonej w § 15 ust. 1 pkt 9; **jeżeli Strony stwierdzą, że usunięcie przez Wykonawcę stwierdzonych przez Zamawiającego wad lub usterek wiązałoby się z nadmiernymi trudnościami, w tym z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w nadmiernej wysokości – w stosunku do stwierdzonej wady lub usterki – bądź nadmiernym wydłużeniem zakończenia realizacji Umowy (za jaki uważa się termin usunięcia wady lub usterki ponad 30 dni),** Zamawiający dokona odbioru, jednak będzie miał prawo do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy, biorąc za podstawę przede wszystkim wymaganą wysoką jakość i należyłą staranność wykonania robót.”

72. Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
73. Postanowienie w aktualnej treści wprowadza odrębne kategorie wad lub usterek, których definicje budzą zasadnicze wątpliwości, tj.:
- (a) wady i usterki istotne, **nie nadające się do usunięcia**, które jednak – jak wynika z następującej dyspozycji postanowienia: „gdy wady i usterki uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy lub gdy użytkowanie stanowi zagrożenie, Zamawiający przerwie odbiór i zażąda ponownego wykonania robót tak, aby stwierdzone wady/usterki zostały wyeliminowane – w tym celu wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. [...]” (por. §14 [Odbiory] ust. 14 pkt 2 Projektu Umowy) **mogą zostać „wyeliminowane”;**  
a ponadto
  - (b) wady i usterki nieistotne, **nienadające się do usunięcia**, które – w przypadku stwierdzenia – nie uniemożliwiają dokonania odbioru, jednak

uprawniamy Zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy (por. §14 [Odbiory] ust. 14 pkt 4 Projektu Umowy)

74. W odniesieniu do kategorii „*wady i usterki istotne, nie nadające się do usunięcia*” (§14 [Odbiory] ust. 14 pkt 2 Projektu Umowy). Regulacja Projektu Umowy jest w tym zakresie **wadliwa jako wewnętrznie sprzeczna**.
75. W obecnej treści Projekt Umowy przewiduje bowiem odrębną kategorię wad lub usterek, które z *jednej strony nie nadają się do usunięcia*, a z *drugiej* – w przypadku ich stwierdzenia **Zamawiający może żądać ponownego wykonania** robót tak, aby stwierdzone wady lub usterki zostały wyeliminowane i w tym celu wyznacza Wykonawcy odpowiedni termin.
76. W odniesieniu do kategorii „*wady i usterki nieistotne, nienadające się do usunięcia*” (§14 [Odbiory] ust. 14 pkt 2 Projektu Umowy). Regulacja Projektu Umowy jest w tym zakresie **wadliwa jako wprowadzająca wątpliwości terminologiczne**.
77. W obecnej treści Projekt Umowy wprowadza odrębną kategorię „*wad lub usterek nie nadających się do usunięcia*”, przy czym z uwagi na kryterium „*istotności*” różnicuje sposób postępowania w przypadku ich wystąpienia, w tym przewiduje odmienne uprawnienia przysługujące Zamawiającemu. I tak:
  - (a) w przypadku wad lub usterek **istotnych**:
    - (i) Zamawiający **przerwie odbiór i zażąda ponownego wykonania** robót tak, aby stwierdzone wady/usterki zostały wyeliminowane – w tym celu wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin, *ponadto*
    - (ii) jeżeli wskutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3), Zamawiający **będzie uprawniony do odstąpienia** od Umowy w całości lub w części w terminie kolejnych 21 dni kalendarzowych;
  - (b) w przypadku wad lub usterek **nieistotnych**
    - (i) Zamawiający **dokona obioru**, *z zastrzeżeniem, że*
    - (ii) Zamawiający **będzie miał prawo do obniżenia wynagrodzenia** Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy, biorąc za podstawę przede wszystkim wymaganą wysoką jakość i należytą staranność wykonania robót.
78. Powyższe regulacje są wadliwe jako niejednoznaczne, wprowadzające stan niepewności odnośnie do sytuacji prawnej i faktycznej Stron, *względnie* nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Utrzymanie w obecnej treści postanowień dotyczących newralgicznych kwestii bezpośrednio związanych z procesem odbiorowym robót budowlanych **może doprowadzić do poważnych przyszłych zakłóceń procesu inwestycyjnego**.

79. Zaskarżona regulacja powyższa stoi w sprzeczności z niekwestionowaną linią orzecznictwa, znajdująca swe umocowanie w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. I tak, zgodnie z jednolitym i konsekwentnie podtrzymywanym od lat stanowiskiem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, że **odmowa odbioru robót budowlanych 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**. Tytułem przykładu, w jednym z wyroków Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że:

*„W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. 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.”<sup>19</sup>*

80. Zgodnie z zasadą ogólną inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty **wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie**. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji<sup>20</sup>.
81. Podkreślić trzeba zatem, że ujawnienie wad robót budowlanych (jak i projektu) nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a jedynie z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.<sup>21</sup>
82. Zasadnicza wadliwość treści zaskarżonych postanowień polega na tym, że nie udzielają one odpowiedzi na podstawowe zagadnienia kluczowe dla zapewniania właściwego, zgodnego z prawem przebiegu procedury odbiorowej, tj.:

---

<sup>19</sup>

<sup>20</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2019 roku, sygn. akt VII AGa 1452/18.

<sup>21</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 września 2020 roku, sygn. akt I AGa 119/19.

- (a) jak odróżnić od siebie wadę lub usterkę istotną i wadę lub usterkę nieistotną;
  - (b) jakie prawa i obowiązki posiadają strony w związku ze stwierdzeniem występowania wady lub usterki istotnej, a jakie wobec zidentyfikowania wady lub usterki nieistotnej.
83. Z kolei zaproponowana przez Odwołującego zmiana treści postanowienia przewiduje przede wszystkim:
- (a) **dychotomiczny podział wad i usterek** na wady lub usterki istotne (tj. *wady lub usterki, które uniemożliwiają lub zasadniczo utrudniają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem lub gdy użytkowanie Przedmiotu Umowy stanowi zagrożenie*) oraz wady lub usterki nieistotne (tj. *wady lub usterki, które nie uniemożliwiają lub zasadniczo utrudniają użytkowania Przedmiotu Umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, a użytkowanie Przedmiotu Umowy nie stanowi zagrożenia*);
  - (b) **odmienne prawa i obowiązki Stron** w przypadku wystąpienia wad lub usterek istotnych (tj. *Zamawiający przerwie odbiór, odmawiając jego dokonania do czasu usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę, przy czym na usunięcie wad lub usterek Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Jeżeli skutek tego nastąpi przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1-3), skutkuje to odpowiedzialnością Wykonawcy za zwłokę na podstawie § 15 ust. 1 pkt 1*) oraz w przypadku wystąpienia wad lub usterek nieistotnych (tj. *Zamawiający dokona odbioru z zastrzeżeniem obowiązku usunięcia wad lub usterek przez Wykonawcę i wyznaczy Wykonawcy termin określony przez Zamawiającego wynikający z właściwości tych wad lub usterek – jednak nie dłuższy niż 30 dni. Po przekroczeniu tego terminu Zamawiający ma prawo do naliczenia kar umownych w wysokości określonej w § 15 ust. 1 pkt 9; jeżeli Strony stwierdzą, że usunięcie przez Wykonawcę stwierdzonych przez Zamawiającego wad lub usterek wiązałoby się z nadmiernymi trudnościami, w tym z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w nadmiernej wysokości – w stosunku do stwierdzonej wady lub usterki – bądź nadmiernym wydłużeniem zakończenia realizacji Umowy (za jaki uważa się termin usunięcia wady lub usterki ponad 30 dni), Zamawiający dokona obioru, jednak będzie miał prawo do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy stosownie do obniżenia wartości użytkowej lub jakościowej części Przedmiotu Umowy, biorąc za podstawę przede wszystkim wymaganą wysoką jakość i należyłą staranność wykonania robót.*)

#### **II.2.2.3. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §15 [Kary umowne] ust. 3 Projektu Umowy**

84. W odniesieniu do postanowienia §15 [Kary umowne] Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **dodanie ust. 1a po ust. 1** o następującej treści:

**„Wykonawcy przysługuje prawo do naliczenia Zamawiającemu kary umownej za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 10 % wartości Wynagrodzenia brutto określonego w § 12 ust. 1.”**

zarazem

w odniesieniu do postanowienia §15 [Kary umowne] ust. 3 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę** ww. postanowienia o treści:

*„Niezależnie od odpowiedzialności Wykonawcy przewidzianej w niniejszym paragrafie Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych”*

**poprzez** nadanie mu postanowieniu następującej treści:

*„Niezależnie od odpowiedzialności Wykonawcy **i Zamawiającego** przewidzianej w niniejszym paragrafie **Wykonawcy i** Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych **aż do pokrycia pełnej szkody spowodowanej niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem Umowy przez drugą stronę.**”*

85. Przywołane postanowienie §15 ust. 3 Projektu Umowy jest są wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części. Z kolei, w celu **doprowadzenia do stanu równowagi kontaktowej stron w stopniu elementarnym** konieczne jest rozszerzenie uprawnień umownych wykonawcy o prawo do naliczenia Zamawiającemu kary umownej za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.
86. Obecnie, Projekt Umowy przewiduje jedynie minimalne gwarancje dla wykonawcy w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada. Odpowiednio, w § 16 ust. 7 Projektu Umowy zastrzeżono, że *„Zamawiający obowiązany jest do dokonania odbioru robót przerwanych oraz zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia i przejęcia od Wykonawcy pod swój dozór terenu robót, z uwzględnieniem cen jednostkowych robót z Kosztorysu zatwierdzonego przez Zamawiającego.”*
87. Aktualna regulacja Projektu Umowy w zakresie praw i obowiązków stron w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewiduje wyraźną – aczkolwiek nieuzasadnioną – asymetrię. Brak równowagi kontraktowej Stron w ww. zakresie zachodzi dwustopniowo, tj. z uwagi na:
  - (a) po pierwsze, **brak przewidzenia uprawnień wykonawcy do naliczenia Zamawiającemu kary umownej w związku z odstąpieniem od Umowy** – nawet w przypadku gdyby powyższe nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i to nawet wobec przewidzenia takiego uprawnienia Zamawiającego w stosunku do wykonawcy;
  - (b) po drugie, przewidzenie możliwości dochodzenia „odszkodowania przenoszącego” naliczone kar umownej jedynie przez Zamawiającego.

88. W odniesieniu do Wykonawcy Projekt Umowy w ogóle nie reguluje sytuacji stanowiącej **jedno z podstawowych ryzyk kontraktowych po stronie wykonawców** w postaci **odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn, za które zamawiający ponoszą odpowiedzialność**. Tymczasem, w przypadku Zamawiającego, Projekt Umowy nie tylko zastrzega na rzecz Zamawiającego uprawnienie do naliczenia kary umownej w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, ale także przewiduje możliwość dochodzenia przez Zamawiającego w tej sytuacji „odszkodowania przenoszącego”.
89. Zakres powyższych uchybień jednoznacznie wskazuje, że kontraktując postanowienia dotyczące odpowiedzialności wykonawcy, Zamawiający:
- (a) przekroczył granicę dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c.; w tym założenia ustawowe instytucji kary umownej z art. 483 k.c.;
  - (b) nadużył przysługującego mu prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy.
90. W konsekwencji, zaskarżone postanowienia naruszają przywołane regulacje i z tegoż względu winny ulec zmianie w ww. zakresie.

#### **II.2.2.4. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy**

91. W odniesieniu do postanowienia §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę** ww. postanowienia o treści:

*„5. W przypadku odstąpienia od Umowy:*

*[...]*

*2) Wykonawca przerwie i zabezpieczy na koszt własny przerwane roboty w zakresie uzgodnionym w protokole inwentaryzacji”*

**poprzez** nadanie mu postanowieniu następującej treści:

*„5. W przypadku odstąpienia od Umowy:*

*[...]*

*2) Wykonawca przerwie i zabezpieczy przerwane roboty w zakresie uzgodnionym w protokole inwentaryzacji; **koszty wykonania ww. czynności ponosi strona umowy odpowiedzialna za wygaśnięcie Umowy w wyniku złożenia drugą stroną oświadczenia o odstąpieniu od Umowy; jeżeli do odstąpienia od Umowy doszło z przyczyn leżących zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego – obie strony ponoszą koszty wykonania ww. czynności w częściach równych; jeżeli do odstąpienia od Umowy doszło w większym stopniu z przyczyn leżących po stronie jednej strony Umowy – obie strony ponoszą koszty wykonania ww. czynności – proporcjonalnie do stopnia przyczynienia**”*

92. Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
93. Aktualna regulacja Projektu Umowy przewiduje wyraźną – zarazem nieuzasadnioną – asymetrię w zakresie praw i obowiązków stron w przypadku odstąpienia od Umowy. Brak równowagi kontraktowej Stron w ww. zakresie polega na tym, że **Projekt Umowy zobowiązuje wykonawcę do pokrycia wszystkich kosztów dodatkowych zabezpieczenia przerwanych robót** (w zakresie uzgodnionym w protokole inwentaryzacji) **niezależnie do tego, kto i z jakich przyczyn odstąpił od Umowy**.
94. W praktyce, nawet jeżeli to wykonawca odstąpiłby od Umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, to i tak – na podstawie Projektu Umowy w obecnej treści – tylko Wykonawca będzie zobowiązany do zabezpieczenia wszystkich robót w całości na własny koszt. Sytuacja taka zajdzie – przykładowo – w przypadku odstąpienia przez wykonawcę od umowy w związku z brakiem wywiązania się przez Zamawiającego z obowiązku zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania (tj. na podstawie § 16 ust. 8 pkt. 1 Projektu Umowy).
95. Zakres powyższych uchybień jednoznacznie wskazuje, że kontraktując postanowienie dotyczące praw i obowiązków stron w związku z odstąpieniem od Umowy, Zamawiający:
- (a) przekroczył granicę dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c.; w tym założenia ustawowe instytucji kary umownej z art. 483 k.c.;
  - (b) nadużył przysługującego mu prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy.
96. W konsekwencji, zaskarżone postanowienie narusza przywołane regulacje i z tegoż względu winno ulec zmianie w ww. zakresie.

#### **II.2.2.5. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 8 pkt 1 Projektu Umowy**

97. W odniesieniu do postanowienia §16 [Odstąpienie od Umowy] ust. 8 pkt 1 Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **zmianę** ww. postanowienia o treści:

*„8. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie do 14 dni kalendarzowych, jeżeli:*

*1) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania w terminie 30 dni kalendarzowych od upływu terminu na zapłatę faktur określonego w niniejszej Umowie.”*

**poprzez** nadanie mu postanowieniu następującej treści:

*„8. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie do 14 dni kalendarzowych, jeżeli:*

*1) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania **w terminie 14 dni***



***kalendarzowych** od upływu terminu na zapłatę faktur określonego w niniejszej Umowie.”*

98. Przywołane postanowienie jest wadliwe w części i jako takie podlega zmianie w części.
99. Postanowienie przewiduje **nadmierne wydłużenie** sytuacji kontraktowej, w której wykonawca nie otrzymuje należnego i wymagalnego wynagrodzenia za realizowane prace. W praktyce Zamawiający może wstrzymywać wypłatę należnego i wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy **nawet przez dwa miesiące** (okres 60 dni kalendarzowych), tj. pomimo:
  - (a) upływu terminu do 30 dni kalendarzowych od daty otrzymania poprawnie wystawionej pod względem rachunkowym i formalnym faktury wykonawcy, a ponadto
  - (b) upływu terminu 30 dni kalendarzowych od daty dodatkowego wezwania przez wykonawcę do zapłaty.
100. Powyższe zasadniczo **zaburza pozycje stron umowy wzajemnej**, gdzie wykonawca dokonuje bieżących świadczeń na rzecz Zamawiającego i ponosi na bieżąco koszty prowadzonych robót, tymczasem **Zamawiający może – przy braku negatywnych konsekwencji – spóźniać się ze swoim wzajemnym świadczeniem** nawet w wymiarze dwóch miesięcy w stosunku do skierowania rozliczenia przez wykonawcę.
101. Dopuszczenie sytuacji, w której wykonawca – w rzeczywistości, uwzględniając obecnie przewidziane praktyczne „odroczenie” płatności przez Zamawiającego – **kredytuje realizację kosztownej inwestycji** jest niedopuszczalne. Taka ocena jest dodatkowo uzasadniona wobec – w ostatnim czasie – spotęgowanej niepewności geopolitycznej i wpływu jej zmian – niekiedy gwałtownych i nieprzewidywalnych – na realizację zobowiązań przez uczestników obrotu.

#### **II.2.2.6. Uzasadnienie w zakresie zaskarżenia §17 [Zmiana Umowy] ust. 16 pkt 2 lit. f Projektu Umowy**

102. W odniesieniu do postanowienia §17 [Zmiana Umowy] ust. 16 pkt 2 lit. f Projektu Umowy, Odwołujący wnosi o **wykreślenie** ww. postanowienia o treści:

*„Niezależnie od ustępów poprzedzających wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (kwartalny), ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „Wskaźnik waloryzacji”),*

*[...]*

*2) przy łącznym spełnieniu następujących, postanowień:*

*[...]*

*f) waloryzacja na wniosek Wykonawcy nastąpi tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia*

*wniosku o waloryzację realizuje roboty w terminach określonych w Umowie, przy czym [...]*

103. Przywołane postanowienie jest wadliwe i jako takie podlega wykreśleniu w części.
104. Postanowienie przewiduje **dodatkową, nieznaną ustawie, przesłankę warunkującą dokonanie waloryzacji** umownej przez strony w postaci „terminowej realizacji robót” przez wykonawcę.
105. Postanowienie **zasadniczo, nadmiernie osłabia pozycję wykonawcy** względem Zamawiającego, w szczególności wobec następujących aspektów regulacji:
  - (a) nie uwzględnia charakteru przyczyn, które doprowadziły do braku terminowej realizacji robót przez wykonawcę, tj. w szczególności, czy wykonawca ponosi za nie odpowiedzialność, czy też są w całości niezależne i niezawinione przez wykonawcę lub obie strony umowy, *względnie* to zamawiający ponosi za nie odpowiedzialność w całości;
  - (b) odnosi się do „robót” i „terminów” określonych w Projekcie Umowy, przy czym **nie ma pewności, do jakiego zakresu robót i do których terminów się odnosi**; i tak:
    - (i) w odniesieniu do „terminów”, nie jest jasne, czy chodzi – w szczególności – o terminy realizacji poszczególnych etapów Umowy (por. § 2 ust. 1 pkt 1-3 Projektu Umowy), czy termin zakończenia realizacji Umowy (por. § 2 ust. 1 zdanie pierwsze Projektu Umowy), czy też o szczegółowe terminy wszystkich działań wykonawcy podejmowanych w trakcie realizacji inwestycji określonych w Harmonogramie Realizacji (por. § 2 ust. 4 Projektu Umowy), a może do wszystkich ww. terminów;
    - (ii) w odniesieniu do „robót”, biorąc pod uwagę, że Przedmiot Umowy (w rozumieniu Projektu Umowy) stanowi realizacja zadania inwestycyjnego obejmująca **roboty budowlane** wynikające z przedmiotu zamówienia **wraz z dostawą i montażem wyposażenia** trwale związanego z konstrukcją budynku lub instalacjami zgodnie z załączoną do niniejszej umowy dokumentacją projektową, nie jest jasne, co do których prac nieterminowość uprawniałaby Zamawiającego do odmowy waloryzacji.
106. Wprawdzie Projekt Umowy przewiduje zatem waloryzację wynagrodzenia, jednak w praktyce, **szczegółowe założenia tego mechanizmu osłabiają jego efektywność**. Obecny mechanizm jest ostatecznie nieadekwatny w stosunku do dzisiejszych realiów rynkowych.
107. Doświadczenia zdarzeń ostatnich lat, tj. w szczególności wystąpienie i utrzymywanie się stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 powodującymi chorobę COVID-19 w latach 2020-2023, zbrojna inwazja Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy w dniu 24 lutego 2022 roku dająca początek pełnoskalowej wściekliznie konwencyjnej tuż za naszą wschodnią granicą,

zrewidowały i zredefiniowały nasze pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego.

108. Dezaktualizacji ulegają kolejne sztywne mechanizmy umowne, tj. górne limity zmian wynagrodzenia umownego zastrzegane dotychczas w kontraktach. Klauzule te ustępują obecnie na rzecz rozwiązań elastycznych, które w adekwatny sposób reagują na coraz szybciej zmieniającą się rzeczywistość geopolityczną.
109. Propozycja ta również uwzględnia stanowisko Prezesa UZP wskazujące na potrzebę faktycznego „wyrównywania” świadczeń, zachwianych na skutek wystąpienia nieprzewidywalnych okoliczności. Wprowadzenie zaproponowanej formuły waloryzacyjnej, pozwala również na zachowanie pełnej przejrzystości co do sposobu i zasad waloryzacji umowy<sup>22</sup>.

\* \* \*

Z powyższych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

dr Łukasz Goniak

*adwokat*

## ZAŁĄCZNIKI

<b>Załącznik 1</b>	Pełnomocnictwo
<b>Załącznik 2</b>	Opłata skarbową za pełnomocnictwo
<b>Załącznik 3</b>	Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
<b>Załącznik 4</b>	Dowód uiszczenia wpisu
<b>Załącznik 5</b>	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

<sup>22</sup> Por. opinia Prezesa UZP pt. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp” <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego> [online: 15.01.2024]