

Wrocław, dnia 22 marca 2025 r.

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

**Odwołujący: SKANSKA Spółka Akcyjna**  
**z siedzibą w Warszawie**  
Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa  
KRS: 0000033102, NIP: 7780001070

adres do korespondencji:  
SKANSKA S.A.,  
ul. Byczyńska 20,  
51-503 Wrocław  
tel. + 48 71 358 31 00  
adresy e-mail:  
[marcin.kosek@skanska.pl](mailto:marcin.kosek@skanska.pl),  
[anna.kubasiewicz@skanska.pl](mailto:anna.kubasiewicz@skanska.pl),  
[renata.kornatowska@skanska.pl](mailto:renata.kornatowska@skanska.pl)  
zastępowany przez:  
Piotr Subczak - pełnomocnik

**Zamawiający: 1) MIASTO POZNAŃ**  
**z siedzibą w Poznaniu**  
pl. Kolegiacki 17  
61-841 Poznań  
Nr rej.: 302689539  
NIP: 2090001440  
REGON 631257822  
oraz  
**2) AQUANET Spółka Akcyjna**  
**z siedzibą w Poznaniu**  
ul. Dolna Wilda 126  
61-492 Poznań  
Nr rej.: 630999119  
KRS: 0000234819  
NIP: 777-00-03-274

w imieniu i na rzecz których działa:

**POZNAŃSKIE INWESTYCJE MIEJSKIE Sp. z o.o.**  
**(inwestor zastępczy)**  
Pl. Wiosny Ludów 2  
61- 831 Poznań  
KRS: 0000503225  
NIP 7831711486  
REGON 302689539  
Kontakt: Artur Pieczykolan, Dawid Kozłowski  
e-mail: [zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl](mailto:zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl)  
tel.: + 48 618842010; 618842011;

adres strony internetowej: [www.pim.poznan.pl](http://www.pim.poznan.pl)

Dotyczy: „**Przebudowa mostu Chrobrego [Poznań]**”, w dalszej części: „**Postępowanie**”.

**Numer referencyjny postępowania: PIM/03/25/ZP16/2017-135/2024-407**

Numer publikacji ogłoszenia: 161100-2025

Numer wydania. DU. S: 50/2025

Data publikacji: 12/03/2025

### **ODWOŁANIE WOBEC TREŚCI DOKUMENTÓW ZAMÓWIENIA**

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2022 r., poz. 1710 tj., z dnia 2022.08.16) w imieniu Skanska S.A. (zwaną dalej: „**Odwołującym**” lub „**Wykonawcą**”), zgodnie z udzielonym mi pełnomocnictwem, załączonym do niniejszego odwołania, wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, podjęte w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, odnoszące się do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy – Załącznik nr 1 do SWZ (w dalszej części: „**Umowa**”), Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (w dalszej części: „**SST**”) i Przedmiary Robót – załącznik nr 2 do SWZ, które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

#### **I. Termin na wniesienie odwołania.**

Stosownie do przepisu **art. 515 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 8 ust. 5** ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2022 r., poz. 1710 t.j. z dnia 2022.08.16), zwana dalej także „**ustawą Pzp lub pzp**” odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W przedmiotowym stanie faktycznym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu **12.03.2025 roku**. Tym samym, termin 10 – dniowy przypadający na sobotę, upływa w dniu 24.03.2025 roku, niniejszym odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym.

#### **II. Interes we wniesieniu odwołania.**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa infrastrukturalnego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp., w postaci braku możliwości złożenia oferty ze względu na narażenie się na ponoszenie skutków niemożliwych do oszacowania

skutków wynikających z postanowień SWZ i warunków przyszłej umowy, które są wadliwe i niekonkurencyjne.

Odwołujący posiada bowiem wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu a tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść realną szkodę z tym związaną, bowiem nie weźmie udziału w postępowaniu wobec tak ukształtowanych warunków Umowy.

Nadto, w przypadku podjęcia decyzji o udziale w postępowaniu i wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do zawarcia umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem Umowy i warunkami postępowania, które są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, co może narazić Odwołującego na szkodę i ponoszenie kosztów niewspółmiernego ryzyka.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia.

### **III. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:**

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, **zarzucając** Zamawiającemu ukształtowanie treści SWZ (w tym w szczególności, ale nie wyłącznie, projektowanych postanowień Umowy) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego, wykorzystując pozycję dominującą, w szczególności w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: (1) zasadę proporcjonalności (adekwatności), która po pierwsze rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu zamówienia, celem jego należytej realizacji, a po wtóre zobowiązuje Zamawiającego do proporcjonalnego opisu warunków udziału w postępowaniu jak i w celu zdobycia punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenia Kierownika budowy” (2) zasadę współzycia społecznego (3) zasadę przejrzystości; jak również z przekroczeniem (4) granic swobody umów, w tym nie uwzględniając istoty i natury stosunku prawnego - umowy o roboty budowlane (5) w sposób niewspółmierny obciążający Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (6) bez poszanowania rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, a tym samym (7) prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i zasad równego traktowania, poprzez ukształtowanie warunków SWZ i postanowień umowy w sposób sprzeczny z n/w przepisami, tj.:

- I. Art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt. 5 w zw. z art. 16 ustawy

Pzp poprzez wprowadzenie w ramach warunku udziału w postępowaniu (SWZ Rodz. VIII pkt. 2d – 1) dot. Kierownika Budowy) oraz kryterium oceny ofert, w tym samym zakresie dot. Kierownika Budowy (SWZ Rozdz. XV pkt. 1c) w zw. z pkt. 5) nieuzasadnionego ograniczenia dla nabywania wymaganych kompetencji w postaci konieczności wykazania się na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w celu zdobycia punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie Kierownika Budowy”, doświadczeniem zawodowym wyłącznie na stanowisku Kierownika budowy z pominięciem doświadczenia zdobytego na stanowisku kierownika robót, w kontekście pełnienia funkcji na budowie/lub przebudowie obiektu mostowego o określonych parametrach i wartości na którym realizowano również branże robót towarzyszących. Dublując jednocześnie funkcje uprawnień w specjalności mostowej do kierownika budowy i kierownika robót (pkt.(2)), w sposób niemożliwy do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu w uwagi na dopuszczenie możliwości łączenia funkcji kierownika budowy i kierownika robót mostowych, co stanowi postanowienia nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące wykonawców i naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

- II. naruszenie art. 99 ust.1 i 4; w zw. z art. 103 ust 1 oraz art. 16 ust. 1 a także art. 433 ust. 3, art. 431 ustawy Pzp oraz art. 651 w zw. z art. 647 Kc, poprzez nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, wykorzystując pozycję dominującą Zamawiający, opisał przedmiot zamówienia w zakresie robót związanych z wykonaniem pali CFA, w sposób przenoszący na Wykonawcę odpowiedzialność projektową za potencjalne błędy czy braki a jednocześnie w sposób uniemożliwiający wykonawcy analizę i wycenę ryzyka na potrzeby sformułowania oferty poprzez niemożność wyceny potencjalnego, nieprzewidywalnego zakresu robót o ile w ogóle potrzebnego do wykonania i wyceny, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji, zasadę współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, zasadę rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego oraz brak przejrzystości, porównywalności ofert łącznie z przeniesieniem wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego za jasny i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, na Wykonawcę godząc jednocześnie w zasadę, iż zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.
- III. naruszenie art. 99 ust.1 i 4; art. 16 ust. 1 oraz art. 433 ust. 3, art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 647, art. 475 § 1, art. 353(1) oraz 55 § 1 i 2 Kc poprzez zaniechanie przedłożenia jak i udzielenia jakichkolwiek informacji w zakresie posiadania, czy terminu przekazania przez Zamawiającego ostatecznej decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej, umożliwiającej faktyczną realizację robót jak i zidentyfikowanie pełnego zakresu prac i warunków niezbędnych do spełnienia. Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością oraz

obowiązku jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, przenosząc na Wykonawcę niewspółmierne ryzyka wynikające zarówno z nieznamośności postanowień decyzji umożliwiającej realizację robót, co wpływa na niemożność ujęcia w cenie jak i w założeniach realizacyjnych, postanowień takiej decyzji jak i dodatkowo, kształtując w taki sposób postanowienia umowne, które narażają Wykonawcę na ponoszenie dotkliwych konsekwencji finansowych za niedotrzymanie, umownie zdefiniowanych terminów pośrednich, czy nawet mogące czynić to świadczenie niemożliwym. Brak przedłożenia decyzji umożliwiającej realizację robót (ZRID) uniemożliwia wykonawcy pełną weryfikację warunków i zasadności postępowania, a w efekcie - niedopełnienie obowiązku przedstawienia kluczowej dokumentacji, stanowi naruszenie transparentności i równego traktowania uczestników postępowania, godząc w zasadę jawności, proporcjonalności oraz zasady współzycia społecznego, w tym i w istotę (naturę) stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane.

IV. naruszenie art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność, w świetle ustawy pzp, ponosi Zamawiający, co z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyk (ponoszenie przez wykonawcę finansowych konsekwencji zaistniałych okoliczności, w tym kar umownych) za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcy konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej

1. w tym również naruszenie art. 647 kc w zw. z art. 28 ustawy z dnia 7.07.1994 r., Prawo budowlane oraz art. 11f w zw. z art. 17 ust. 3 pkt 3-5 ustawy z dnia 10.04.2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia RM z dnia 1.06.2004 r., w sprawie określania warunków udzielania zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, jak również postanowień pkt. 19 decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 13.11.2023 r., poprzez zaniechanie uwzględnienia warunków i terminów administracyjnych, w tym terminów możliwości dokonania wycinek, a tym samym błędne, umowne określenie zobowiązań Wykonawcy do możliwości spełnienia w terminie 40 dni i to od zawarcia Umowy postawionych wymagań, w kontekście zakresów i terminów prawnych na dokonanie określonych czynności, jak również przy założeniu braku posiadania decyzji zezwalającej na realizację inwestycji, analogicznie jak oczekiwanie w zakresie przedłożenia przez Wykonawcę, w 7 dni od

- zawarcia umowy, decyzji na zajęcie pasa drogowego (§2 ust. 1 pkt. 1 w zw. z § 7 ust. 2 i 3 Umowy).
2. w tym również naruszenie art. 99 ust.1 i 4; art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, dokonany w sposób przenoszący na Wykonawcę ryzyka, nieograniczonych co do okoliczności, ilości i zakresu, zmian (modyfikacji) czasowej organizacji ruchu (COR), co powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie uwzględnić, sporządzając ofertę, wszystkich wymagań i okoliczności de facto nieosadzonych w jakichkolwiek przesłankach uzasadniających zmianę a mogących mieć wpływ na koszt i czas, to z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, narażając Wykonawcę na ryzyko ponoszenia finansowych konsekwencji nieograniczonej ilości zmian COR przy jednoczesnym wpływie na założenia harmonogramu robót (§1 ust. 3a w zw. z §1 ust. 10 i § 5 ust.1 pkt. 29 umowy).
  3. poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za każdą okoliczność wpływającą na terminową realizację i zobowiązanie Wykonawcy, bez względu na przyczynę niedotrzymania umówionego terminu, do opracowania programu naprawczego w tym też za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający np. leżącej po stronie Zamawiającego zwłoki w przekazaniu Wykonawcy terenu budowy (§3 ust. 4 Umowy)
  4. w tym również naruszenie art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 652, art. 647 kc poprzez nieuzasadnione rozszerzanie, na zasadzie automatyzmu, w oderwaniu od zasad ogólnych, odpowiedzialności Wykonawcy za każde naruszenie, za wszelkie zdarzenia będące konsekwencją realizacji umowy, za wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót, w tym bliżej nieokreślone „poza terenem” oraz zobowiązanie Wykonawcy do ponoszenia odpowiedzialności prawnej i finansowej wszelkiej, bez odniesienia do zasad ogólnych odpowiedzialności, co stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej i ogranicza uczciwą konkurencję, a Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć wszystkich możliwych potencjalnych zdarzeń i okoliczności, za które odpowiedzialność mogą też ponosić podmioty trzecie, zdarzenia losowe czy sam Zamawiający, a na kanwie projektowanych zapisów i ich literalnego brzmienia, sugerowana odpowiedzialność Wykonawcy jest niezależna od cywilistycznej zasady winy ale i od zasady ryzyka, czy odpowiedzialności, co ma istotny wpływ na sporządzenie oferty, a to z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, narażając wykonawcę na ryzyko ponoszenia finansowych konsekwencji wszelkich szkód (§ 1 ust. 3h, § 5 ust.1 pkt. 2 zd.2 i pkt. 18 oraz pkt. 21, § 7 ust. 10 pkt.1 umowy).
  5. w tym również naruszenie art. 647 w zw. z art. 652 kc, poprzez nieuzasadnione okolicznościami zaniechanie przez Zamawiającego odbioru terenu budowy w momencie dokonania Odbioru końcowego wykonania wszystkich robót budowlanych oraz nasadzeń a



dopiero po upływie rocznej pielęgnacji zieleni. Roczna pielęgnacja zieleni nie uzasadnia ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności za teren budowy czy tym bardziej, pas drogowy i to w sytuacji gdy przedmiot umowy w zakresie robót i nasadzeń został wykonany a Zamawiający dysponuje decyzją zezwalającą na jego użytkowanie i jest użytkowany. Zamawiający, modyfikując w ten sposób treść projektowanych zapisów umowy w sposób nieuprawniony przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za teren budowy w sytuacji, gdy obowiązkiem Zamawiającego jest odebranie przedmiotu zamówienia i przejęcie terenu budowy (§8 ust. 23).

6. poprzez pozbawienie Wykonawcy możliwości dochodzenia pokrycia szkody, jakiej może doznać z powodu rozwiązania czy odstąpienia od umowy bez względu na przyczynę, a ta może wynikać z okoliczności za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Modyfikując w ten sposób treść projektowanych zapisów umowy Zamawiający naruszył zasadę równowagi kontraktowej i ograniczył uczciwą konkurencję, przenosząc odpowiedzialność za własne działania/zaniechania w zakresie skutków, na Wykonawcę (§ 14 ust. 7).
7. poprzez, po pierwsze (1), pominięcie w projektowanych postanowieniach umowy przewidujących okoliczności uzasadniające zmianę umowy (§ 15 ust. 1 Umowy) postanowień, które gwarantowałyby wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie w sytuacji, gdy przedłużenie terminu realizacji zamówienia wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a po wtóre (2) ograniczając odpowiedzialność Zamawiającego do odpowiedzialności wyłącznie za szkodę, którą Zamawiający może wyrządzić umyślnie (§ 15 ust. 4 Umowy), co skutkuje pozbawieniem wykonawcy prawa do dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający - projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, to jest w zakresie istotnego ograniczenia uprawnienia wykonawcy do dochodzenia odszkodowania z tytułu przewidzianych w umownie okoliczności stanowiących podstawy do zmiany terminu lub terminów realizacji umowy, zawężając odpowiedzialność Zamawiającego wyłącznie do winy umyślnej Zamawiającego. Niniejsze, z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego na podstawie ustawy Pzp, co wymusza na wykonawcy konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej jak i ponoszenia straty (§ 15 ust.4 Umowy)
8. poprzez przeniesienie nadmiernej odpowiedzialności na Wykonawcę w zakresie udzielanej gwarancji jakości zapewniając, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego przez min. 6 lat (a

chcąc pozyskać zamówienie i 10 lat - kryterium oceny ofert), zachowanie funkcjonalności przedmiotu zamówienia, jego wartości użytkowej, technicznej i estetycznej, w sytuacji gdy wykonawca realizując przedmiot zamówienia jest odtwórcą wyborów dokonanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia tj. wskazanych w dokumentacji projektowej rozwiązań i narzuconych rozwiązań techniczno - technologicznych, natomiast zakres odpowiedzialności Wykonawcy sprowadza się do należytego i prawidłowego z punktu widzenia wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z zobowiązaniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową. Niniejsze natomiast przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność w zakresie, w którym Wykonawca odpowiedzialności nie ponosić, nie będąc producentem czy autorem proponowanych rozwiązań techniczno – budowlanych, a to z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego. (Pkt.1 ppkt 4 gwarancji jakości – zał.nr 7 do umowy).

#### **IV. Wskazanie żądań Odwołującego**

##### **I.**

##### **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, zmiany w zakresie „Doświadczenia Kierownika budowy”, poprzez:**

- wprowadzenie zmiany w zakresie Doświadczenia kierownika budowy poprzez rozszerzenie doświadczenia na kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń, jak poniżej oraz
- wykreślenie w pkt. 2 ppkt (2) dot. wykazania się doświadczeniem kierownika robót mostowych

#### **SWZ Rozdział VIII. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców**

##### **Pkt. 2 Warunki udziału w postępowaniu**

d) zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wymaga, by Wykonawca skierował do realizacji zamówienia zespół składający się co najmniej z:

##### **(1) Kierownika Budowy - 1 osobą posiadającą:**

- a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń,
- b) min. staż zawodowy – minimum 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,



c) doświadczenie w pełnieniu **funkcji kierownika budowy lub kierownika robót** w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), co najmniej dwuprzęsłowego, o rozpiętości minimalnej przęsła co najmniej 25m i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto, wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej,

~~(2) Kierownikiem robót w specjalności mostowej – min. 1 osobą posiadającą:~~

~~a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń;~~

~~b) min. staż zawodowy – minimum 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie branży mostowej;~~

~~c) doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót mostowych w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto;~~

*Uwaga:*

*Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia funkcji kierownika budowy i kierownika robót mostowych oraz dopuszcza możliwość łączenia funkcji kierowników robót w specjalności elektrycznej; Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji w pozostałym zakresie;*

## SWZ Rozdział XV. Opis Kryteriów

**pkt. 1** Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami oceny ofert:

c) doświadczenie Kierownika budowy (DKB) – waga 6 %,

**pkt. 5** Punkty za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB) – Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 4.2. do SWZ, jako Kierownika Budowy, zgodnie ze złożonym **dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium**. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Kierownik Budowy posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełnienia warunków wskazanych w niniejszej SWZ, doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy **lub kierownika robót** :

- w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), co najmniej dwuprzęsłowego, o rozpiętości minimalnej przęsła co najmniej 25m i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto, wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej – otrzyma 2 pkt za każdą dodatkową realizację (nie więcej niż 4 pkt);

- w przypadku gdy zadania, o których mowa powyżej, dotyczyły obiektów składających się z niezależnych konstrukcji sąsiadujących ze sobą i w trakcie realizacji utrzymywano ciągłość ruchu drogowego na jednej z konstrukcji – Zamawiający przyzna dodatkowo 1 punkt za każdą z takich realizacji (nie więcej niż 2 punkty).

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy (DKB) można uzyskać maksymalnie 6 pkt.

oraz nakazanie uwzględnienia konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ wraz z załącznikami

## II.

### **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych postanowień SST i wskazanych pozycji przedmiarowych**

- poprzez wykreślenie zapisów w pkt. 5.1 SST Wymagania ogólne, w pozycjach przedmiarowych nr 35 (obiekt PN), nr 35 (Obiekt PD) i 29 (arkusz „most tram”), a także w SST M-11.03.02a „Wykonanie pali Wielkośrednicowych w Technologii Betonowania Ciągłego”, iż Wykonawca ma uwzględnić w ofercie koszty ewentualnej, przyszłej możliwości zmiany technologii posadowienia mostu wraz z nieokreślonymi zmianami dokumentacji projektowej.

SST w pkt. 5.1. Wymagania ogólne:

„Przed przystąpieniem do robót związanych z wykonaniem pali CFA Wykonawca winien zlecić wykonanie badań geotechnicznych. Jeżeli wyniki badań wykażą, że zastosowanie technologii robót przyjętej wg założeń projektowych będzie utrudnione bądź niemożliwe Wykonawca opracuje Projekt zmian technologii posadowienia mostu odpowiadający rzeczywistym warunkom gruntowym, **który następnie przedłoży do zatwierdzenia przez Nadzór autorski i Zamawiającego, w trybie Zmiany do umowy, odpowiednio w zakresie wynagrodzenia oraz terminu.** ~~Koszty zmiany technologii posadowienia wraz z wszystkimi niezbędnymi zmianami Dokumentacji Projektowej poniesie Wykonawca~~”

- poprzez wykreślenie w poniżej wskazanych pozycjach przedmiarowych (odpowiednio poz. 35 w dwóch arkuszach dla ZDM oraz poz. 20 – w arkuszu dla ZTM) zwrotów: ~~„wraz z kosztem ewentualnych zmian posadowienia mostu”~~

- Zakres ZDM - arkusz „OBIEKT PN” – poz. Nr 35

35		M-11.03.02	Badania geotechniczne wraz z kosztem ewentualnych zmian posadowienia mostu	1	ryczałt
----	--	------------	--	---	---------

- Zakres ZDM - arkusz „OBIEKT PD” – poz. Nr 35

35		M-11.03.02	Badania geotechniczne wraz z kosztem ewentualnych zmian posadowienia mostu	0,5	ryczałt
----	--	------------	--	-----	---------

- Zakres ZTM - arkusz „most tram” – poz. Nr 35

29		M-11.03.02	Badania geotechniczne wraz z kosztem ewentualnych zmian posadowienia mostu	0,5	ryczałt
----	--	------------	--	-----	---------

- poprzez wykreślenie w **SST M-11.03.02a „Wykonanie pali Wielkośrednicowych w Technologii Betonowania Ciągłego**, trzeciego tiretu od słów „wraz z kosztem zmian technologii posadowienia mostu w przypadku, kiedy technologia robót wg założeń projektowych będzie utrudniona bądź niemożliwa”

Zgodnie z SST **M-11.03.02a** – str. 655, cena 1m pala obejmuje:

- prace przygotowawcze i geodezyjne,
- opracowanie projektu technologicznego wykonania pali CFA,
- wykonanie badań geotechnicznych wraz z kosztem zmian technologii posadowienia mostu w przypadku, kiedy technologia robót wg założeń projektowych będzie utrudniona bądź niemożliwa,
- wykonanie dróg technologicznych i platform dla ustawienia urządzeń wiercących,
- zabezpieczenie instalacji na powierzchni ziemi i urządzeń podziemnych,
- zakup i transport wszystkich czynników produkcji koniecznych do wykonania robót,
- sprowadzenie, montaż i demontaż wiertnicy wraz z przemieszczeniem na placu budowy,
- wykonanie otworu wiertniczego do wymaganej głębokości świdrem ciągłym,
- wyciągnięcie świdra wraz z betonowaniem pala,
- wykonanie, transport, montaż i wbudowanie zbrojenia,
- wykonanie głowicy pala wraz z rozkuciem górnej części,
- wyrównanie górnej powierzchni pala z oczyszczeniem,
- uformowanie kosza ze zbrojeniem górnej części,
- rozebranie pomostów roboczych,
- oczyszczenie i uporządkowanie terenu budowy,
- przeprowadzenie niezbędnych badań laboratoryjnych i pomiarów wymaganych w specyfikacji i sporządzenie metryk pali,

## III.

**Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:**

- jednoznacznego wskazania ram czasowych, w których zostanie przekazana oferentom/wykonawcy ostateczna decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) np. „przewiduje się, że pozyskanie ostatecznej decyzji nastąpi do końca III kwartału 2025 r.” oraz w zależności od przewidywań,

- wprowadzenia do Umowy w § 15 ust. 1 pkt. 24 klauzuli umożliwiającej wprowadzenie zmian do Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, o treści:

„ w przypadku przekazania Wykonawcy decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej (ZRID) lub decyzji o pozwoleniu na budowę po terminie składania ofert oraz wynika stąd konieczność dokonania zmian względem założeń ofertowych – odpowiednia zmiana sposobu wykonania Umowy, zmiana terminów realizacji Umowy oraz Wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie odpowiadającym wpływowi warunków i postanowień z decyzji na termin, sposób wykonania oraz wynagrodzenie”.

## IV.

**Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych postanowień projektu umowy, w sposób i w zakresie wskazanym poniżej:**

Zarzut - Naruszenie	Obowiązująca treść zapisu
	Oczekiwana zmiana treści zapisu - <i>odpowiednio poprzez <b>wykreślenie</b> lub <b>zmianę treści</b></i>
IV.1.  art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc oraz art. 647 kc w zw. z art. 28 ustawy z dnia 7.07.1994 r., Prawo budowlane oraz art. 11f w zw. z art. 17 ust. 3 pkt 3-5 ustawy z dnia	<b>Termin/brak dec. ZRID</b>  <b>§ 2 ust. 1 pkt. 1</b>  Strony ustalają następujące kamienie milowe (dalej jako: „KM”) realizacji Przedmiotu Umowy:  1) Wprowadzenie COR, montaż banerów, wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac zabezpieczających pozostałe drzewa i zieleń (zgodnie z § 7 ust. 6 i 7 Umowy) - <b>40 dni od zawarcia Umowy</b> , tj. do dnia [.....] – dalej jako: „ <b>KM 1</b> ”, (...)  2) Rozbiórka obiektu północnego - <b>150 dni od zawarcia Umowy</b> , tj. do dnia [.....] – dalej jako: „ <b>KM 2</b> ”,  3) Oddanie do użytkowania – strona północna tj. udostępnienie do ruchu, w tym uzyskanie niezbędnych opinii, decyzji, częściowego pozwolenia na użytkowanie itp. - <b>450 dni od zawarcia Umowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „ <b>KM 3</b> ”,  4) Rozbiórka obiektu południowego - <b>540 dni od zawarcia Umowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „ <b>KM 4</b> ”,

<p>10.04.2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia RM z dnia 1.06.2004 r., w sprawie określania warunków udzielania zezwoleń na zajęcie pasa drogowego</p>	<p>5) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie oraz oddanie do użytkowania inwestycji wraz z instrukcją obsługi, eksploatacji i konserwacji obiektów - 870 dni <b>od zawarcia Umowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 5</b>”,</p> <p>6) zakończenie robót budowlanych i wykonanie nasadzeń zastępczych oraz wypełnienie wszystkich obowiązków ciążących na Wykonawcy – <b>930 dni od zawarcia Umowy</b>, tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 6</b>”</p> <p>w zw. z</p> <p><b>§ 7 ust. 2 i 3</b></p> <p>Warunkiem przekazania jest przygotowanie przez Wykonawcę i dostarczenie Inżynierowi Kontraktu najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed planowanym przekazaniem, następujących dokumentów w celu uzyskania akceptacji:</p> <p>a) programu zapewnienia jakości,</p> <p>b) planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,</p> <p>c) oświadczenie kierownika budowy o przyjęciu obowiązków kierownika,</p> <p>d) <b>decyzje o zajęciu pasa drogowego</b>, o ile jest konieczna w świetle przepisów prawa.</p> <p><b>Przekazanie terenu budowy nastąpi w terminie 14 dni od dnia podpisania Umowy.</b> Przekazanie nastąpi na podstawie pisemnego protokołu, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do Umowy</p> <hr/> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 2 ust. 1 pkt. 1</b></p> <p>Strony ustalają następujące kamienie milowe (dalej jako: „KM”) realizacji Przedmiotu Umowy:</p> <p>1) Wprowadzenie COR, montaż banerów, wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac zabezpieczających pozostałe drzewa i zieleń (zgodnie z § 7 ust. 6 i 7 Umowy) - 40 dni <del>od zawarcia Umowy</del> <b>od przekazania terenu budowy</b>, tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 1</b>”, (...) <b>z zastrzeżeniem, że wykonanie wycinki drzew i krzewów będzie możliwe z punktu widzenia warunków (terminów) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i wystarczalności przekazanych przez Zamawiającego decyzji.</b></p> <p>2) Rozbiórka obiektu północnego - <b>150 dni od zawarcia Umowy od przekazania terenu budowy</b>, tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 2</b>”,</p> <p>3) Oddanie do użytkowania– strona północna tj. udostępnienie do ruchu, w tym uzyskanie niezbędnych opinii, decyzji, częściowego pozwolenia na użytkowanie itp. - <b>450 dni od zawarcia Umowy od przekazania terenu budowy</b>, tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 3</b>”,</p>
--	---

	<p>4) Rozbiórka obiektu południowego - <b>540 dni od zawarcia Umowy od przekazania terenu budowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 4</b>”,</p> <p>5) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie oraz oddanie do użytkowania inwestycji wraz z instrukcją obsługi, eksploatacji i konserwacji obiektów - <b>870 dni od zawarcia Umowy od przekazania terenu budowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 5</b>”,</p> <p>6) zakończenie robót budowlanych i wykonanie nasadzeń zastępczych oraz wypełnienie wszystkich obowiązków ciążących na Wykonawcy – <b>930 dni od zawarcia Umowy, od przekazania terenu budowy</b> tj. do dnia [.....] – dalej jako: „<b>KM 6</b>”</p> <p>W ZW. Z</p> <p><b>§ 7 ust. 2 i 3</b></p> <p>Warunkiem przekazania terenu budowy jest uprzednie przekazanie przez Zamawiającego, Wykonawcy ostatecznej decyzji zezwalającej na realizację inwestycji oraz przygotowanie przez Wykonawcę i dostarczenie Inżynierowi Kontraktu najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed planowanym przekazaniem, następujących dokumentów w celu uzyskania akceptacji:</p> <p>a) programu zapewnienia jakości,</p> <p>b) planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,</p> <p>c) oświadczenie kierownika budowy o przyjęciu obowiązków kierownika,</p> <p>d) decyzje o zajęciu pasa drogowego, o ile jest konieczna w świetle przepisów prawa.</p> <p>Przekazanie terenu budowy nastąpi w terminie <b>14 dni od dnia, w którym Zamawiający prześle Wykonawcy ostateczną/opatrzoną rygorem natychmiastowej wykonalności decyzję zezwalającą na realizację przedmiotowej inwestycji</b>, po podpisaniu Umowy. Przekazanie nastąpi na podstawie pisemnego protokołu, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do Umowy. <b>Decyzja o zajęciu pasa drogowego, o ile jest konieczna w świetle przepisów zostanie przekazana Inżynierowi Kontraktu niezwłocznie po jej uzyskaniu, jednak nie później niż w terminie 30 dni od przekazania terenu budowy.</b></p>
<p><b>IV.2.</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc,</p>	<p><b>COR</b></p> <p><b>§ 1 ust. 3 a)</b></p> <p>Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:</p> <p>sporządzenia wszelkich koniecznych opracowań i dokumentacji w zakresie czasowej organizacji ruchu, a także organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu <b>(bez względu na ich ilość)</b>, w tym również sterowanie sygnalizacją, zgodnie z zatwierdzeniami MIR</p> <p>W ZW. Z</p>

	<p>§1 ust. 10</p> <p>Wykonawca oświadcza, iż <b>uwzględnił w ofercie ryzyko zmian czasowej organizacji ruchu i będzie realizował obowiązek, o którym mowa ust. 2 lit. a) Umowy</b>, stosownie do potrzeb zachodzących w toku realizacji robót oraz zgodnie z poleceniami MIR lub innych organów administracji publicznej <b>bez względu na ilość zmian</b> czasowej organizacji ruchu w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.</p> <p>w zw. z</p> <p><b>§ 5 ust. 1 pkt. 29</b></p> <p>do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej jako: „COR”) <b>bez względu na ilość zmian</b>, który obejmuje wszystkie koszty związane z projektem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym:</p> <p>a) wykorzystanie projektu COR będącego częścią Dokumentacji Projektowej Zamawiającego oraz zaprojektowanie ewentualnych zmian/ koniecznych uszczegółowień COR, w tym sterowanie sygnalizacją świetlną, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót– w momencie, gdy wspomniany projekt będzie konieczny do wykonania przedmiotu Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca bądź <b>Inżynier Kontraktu stwierdzi konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów</b>, Wykonawca dokona odpowiednich nowych opracowań lub zmian istniejących opracowań oraz uzyska wszelkie niezbędne opinie oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu <b>i to w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy</b>. W przypadku chęci zmiany COR, Wykonawca nowy lub zmieniony projekt musi zaprezentować Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu z uzasadnieniem zmiany. Wykonawca zobowiązany będzie ponadto do likwidacji objazdów, przejazdów i organizacji ruchu, w tym do usunięcia wbudowanych materiałów i oznakowania oraz doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego,</p>
	<p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 1 ust. 3 a)</b></p> <p>Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:</p> <p>sporządzenia <del>wszelkich</del> koniecznych opracowań i dokumentacji w zakresie czasowej organizacji ruchu, a także organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (<del>bez względu na ich ilość</del>), w tym również sterowanie sygnalizacją, zgodnie z zatwierdzeniami MIR.</p> <p><b>§1 ust. 10</b></p> <p>Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie <del>ryzyko zmian</del> <b>koszt wprowadzenia</b> czasowej organizacji ruchu <b>z uwzględnieniem i w granicach wymagań Zamawiającego opisanych</b></p>



	<p><b>w dokumentacji przetargowej</b> i będzie realizował obowiązek, o którym mowa ust. 2 lit. a) Umowy, stosownie do potrzeb zachodzących w toku realizacji robót oraz zgodnie z poleceniami MIR lub innych organów administracji publicznej <del>bez względu na ilość zmian czasowej organizacji ruchu</del> w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.</p> <p><b>§ 5 ust. 1 pkt. 29</b></p> <p>do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej jako: „COR”) <del>bez względu na ilość zmian</del>, który obejmuje wszystkie koszty związane z projektem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym:</p> <p>a) wykorzystanie i <b>wdrożenie</b> zatwierdzonej COR, będącego częścią Dokumentacji Projektowej Zamawiającego oraz zaprojektowanie ewentualnych zmian/ koniecznych uszczegółowień COR, w tym sterowanie sygnalizacją świetlną, <del>wdrożenie</del> i utrzymanie na czas realizacji robót– w momencie, gdy wspomniany projekt będzie konieczny do wykonania przedmiotu Umowy. W przypadku, gdy <del>Wykonawca</del> <b>Zamawiający</b> lub Inżynier Kontraktu <b>w zakresie wskazanych w uzasadnieniu do żądania zmiany, niezgodności lub braków względem wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej</b>, stwierdzi konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów, Wykonawca dokona odpowiednich nowych opracowań lub zmian istniejących opracowań oraz uzyska wszelkie niezbędne opinie oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu i to w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy. W przypadku chęci zmiany COR, <b>przez</b> Wykonawcę, nowy lub zmieniony projekt <b>Wykonawca</b> musi zaprezentować Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu z uzasadnieniem zmiany. Wykonawca zobowiązany będzie ponadto do likwidacji objazdów, przejazdów i organizacji ruchu, w tym do usunięcia wbudowanych materiałów i oznakowania oraz doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego. <b>Natomiast żądanie każdej zmiany COR, w której uwzględniono wymagania opisane w dokumentacji przetargowej, a mającej wpływ na koszt i czas, uzasadnia odpowiednią zmianę umowy w trybie §15 ust. 1 pkt 2 Umowy – adekwatnie, w zakresie zmiany terminu oraz wynagrodzenia.</b></p>
<p><b>IV.3.</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc</p>	<p><b>§ 3 ust. 4 Harmonogram rzeczowo finansowy</b></p> <p>Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o możliwości niedotrzymania umówionego terminu wykonania przedmiotu Umowy (§2 ust. 1) bądź terminów KM wskazanych w §2 ust. 1 w terminie <b>3 dni</b> od daty kiedy było możliwe stwierdzenie tej okoliczności. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest sporządzić program naprawczy. Program taki ma przedstawiać plan działań mający na celu nadrobienie opóźnień w realizacji przedmiotu Umowy, obejmujący w szczególności: propozycje nowych terminów realizacji poszczególnych KM, których termin wykonania jest zagrożony lub których termin wykonania już upłynął, a które nie zostały jeszcze zrealizowane oraz wskazanie konkretnych środków i metod zmierzających do zapobieżenia opóźnieniu lub jego redukcji. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ustala się, iż przyjęcie lub akceptacja programów naprawczych</p>

	<p>przez Zamawiającego może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz że nie stanowi ona zgody na zmianę terminów realizacji wskazanych w Umowie. Jakakolwiek zmiana terminów ustalonych w Umowie wymaga formy aneksu sporządzonego na piśmie pod rygorem nieważności.</p> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 3 ust. 4 Harmonogram rzeczowo finansowy</b></p> <p>Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o możliwości niedotrzymania umówionego terminu wykonania przedmiotu Umowy (§2 ust. 1) bądź terminów KM wskazanych w §2 ust. 1 w terminie <b>7 dni</b> od daty kiedy było możliwe stwierdzenie tej okoliczności. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest sporządzić program naprawczy. Program taki ma przedstawiać plan działań mający na celu nadrobienie opóźnień w realizacji przedmiotu Umowy, obejmujący w szczególności: propozycje nowych terminów realizacji poszczególnych KM, których termin wykonania jest zagrożony lub których termin wykonania już upłynął, a które nie zostały jeszcze zrealizowane oraz wskazanie konkretnych środków i metod zmierzających do zapobieżenia opóźnieniu lub jego redukcji. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ustala się, iż przyjęcie lub akceptacja programów naprawczych przez Zamawiającego może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz że nie stanowi ona zgody na zmianę terminów realizacji wskazanych w Umowie. Jakakolwiek zmiana terminów ustalonych w Umowie wymaga formy aneksu sporządzonego na piśmie pod rygorem nieważności. <b>Obowiązek sporządzenia planu naprawczego o którym mowa w niniejszym ustępie obejmuje sytuacje, gdy możliwość niedotrzymania umówionego terminu wykonania przedmiotu Umowy (§2 ust. 1) bądź terminów KM wskazanych w §2 ust. 2, wynika z sytuacji zawinionych przez Wykonawcę.</b></p>
<p><b>IV.4.</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, a także art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 652, art. 647 kc</p>	<p><b>Odpowiedzialność</b></p> <p><b>§ 1ust. 3</b> Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:</p> <p>h) doprowadzenia do wymaganego przez Zamawiającego stanu istniejącego przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu Umowy terenu budowy, a także dróg, nieruchomości, czy też innych obiektów osób trzecich, jeżeli zostały <b>naruszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.</b></p> <p><b>§ 5 ust. 1</b> do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:</p> <p><b>pkt 2 zdanie 2</b> Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową <b>za wszelkie zdarzenia związane z realizacją inwestycji na terenie budowy i poza tym terenem, w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy;</b></p> <p><b>pkt. 18</b> ponoszenie odpowiedzialności za <b>wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i jego okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. W tym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.</b> Powyższe zobowiązanie</p>

	<p>obowiązuje od daty przekazania terenu budowy do momentu obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego. (...).</p> <p><b>pkt. 21</b> w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia <b>w wyniku wykonanych robót</b> otoczenia miejsca budowy, dróg, instalacji podziemnych bądź majątku Zamawiającego - <b>naprawienie i doprowadzenie do stanu poprzedniego, na własny koszt</b>;</p> <p><b>§7 ust. 10 pkt. 1</b> w zakresie</p> <p>(...)Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową <b>za wszelkie zdarzenia związane z realizacją Inwestycji</b> na terenie budowy i poza tym terenem, <b>w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy</b>; (...)</p>
	<p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 1ust. 3</b> Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:</p> <p>h) doprowadzenia do wymaganego przez Zamawiającego stanu istniejącego przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu Umowy terenu budowy, a także dróg, nieruchomości, czy też innych obiektów osób trzecich, jeżeli zostały naruszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, <b>w granicach odpowiedzialności Wykonawcy o których mowa w § 5 ust. 1 pkt. 18 Umowy.</b></p> <p><b>§ 5 ust. 1</b> do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:</p> <p><b>pkt 2 zdanie 2</b> Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową <b>na zasadach ogólnych</b> za <del>wszelkie</del> zdarzenia związane z realizacją inwestycji na terenie budowy i poza tym terenem, w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy i <b>odpowiedzialności Wykonawcy.</b></p> <p><b>pkt. 18</b> ponoszenie odpowiedzialności na <b>zasadach ogólnych</b> za <del>wszelkie</del>-szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i jego okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. <del>W tym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.</del>  <b>Wykonawca, w graniach odpowiedzialności, zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.</b> Powyższe zobowiązanie obowiązuje od daty przekazania terenu budowy do momentu obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego. (...).</p> <p><b>pkt. 21</b> w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia w wyniku wykonanych robót otoczenia miejsca budowy, dróg, instalacji podziemnych bądź majątku Zamawiającego - <b>w graniach odpowiedzialności, na zasadach ogólnych Wykonawca jest zobowiązany</b> do naprawienia i doprowadzenia do stanu poprzedniego, na własny koszt;</p> <p><b>§7 ust. 10 pkt. 1</b> w zakresie</p> <p>(...)Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową <b>na zasadach ogólnych</b> za <del>wszelkie</del> zdarzenia związane z realizacją Inwestycji na terenie budowy i poza tym terenem, w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy i <b>odpowiedzialności Wykonawcy</b>; (...)</p>

<p><b>IV.5</b></p> <p>art. 16; art. 453 ust.3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 58 § 1 kc,</p>	<p><b>Odbiór terenu budowy</b></p> <p><b>§ 8 ust.23</b></p> <p>Wraz z dokonaniem Odbioru Końcowego Wykonawca zobowiązany jest przedstawić karty gwarancyjne, harmonogram działań gwarancyjnych opisujący terminy i zakresy przeglądów serwisowych i pielęgnacji gwarancyjnej materiału roślinnego <b>oraz zdać pas drogowy do zarządcy drogi. Po dokonaniu tych czynności Zamawiający przejmuje Teren Budowy w posiadanie.</b></p> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 8 ust. 23</b></p> <p>Wnoszę o usunięcie treści wskazanego zapisu: „<del>oraz zdać pas drogowy. Po dokonaniu tych czynności Zamawiający przejmuje Teren Budowy w posiadanie</del>”</p> <p>Alternatywnie, o usunięcie zapisu jak powyżej i wprowadzenie</p> <p>w § 8 ust. 2 na końcu zapisu:</p> <p>Za skuteczne dokonanie danego odbioru Strony będą uznawać podpisanie przez Wykonawcę, Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu odpowiedniego protokołu odbioru. <b>Podczas dokonania odbioru końcowego wykonania wszystkich robót budowlanych oraz nasadzeń, o którym mowa w ust. 1 lit b powyżej Zamawiający przejmie Teren Budowy w posiadanie.</b></p>
<p><b>IV.6.</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc,</p>	<p><b>Odstąpienie od umowy</b></p> <p><b>§ 14 ust. 7</b></p> <p>Wykonawcy <b>nie przysługuje żadne odszkodowanie, w tym z tytułu utraconych korzyści na skutek rozwiązania Umowy bądź odstąpienia od Umowy.</b></p> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p>wnoszę o usunięcie całej treści <b>§ 14 ust. 7</b> <del>Wykonawcy nie przysługuje żadne odszkodowanie, w tym z tytułu utraconych korzyści na skutek rozwiązania Umowy bądź odstąpienia od Umowy</del></p> <p>jednocześnie wnoszę o dodanie w <b>§ 11 ust. 8</b> o treści:</p> <p><b>Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub części dotyczącej robót budowlanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 20% kwoty brutto całkowitego przewidywanego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Wykonawca zastrzega sobie prawo do dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wartość kary umownej w przypadku poniesienia przez Wykonawcę szkody.</b></p>

<p><b>IV.7</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc,</p>	<p><b>§15 ust. 4 Zmiany Umowy</b></p> <p>W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż <b>Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu. Zamawiający będzie odpowiedzialny wyłącznie za szkodę, którą może wyrządzić umyślnie</b></p> <hr/> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>§ 15 ust.4</b></p> <p>W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, <b>chyba że zmiana taka wynikać będzie z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Każda zmiana terminu lub terminów realizacji z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, o których mowa w ust. 1 powyżej stanowi okoliczność uzasadniającą odpowiednią, adekwatną do sytuacji, zmianę wynagrodzenia w trybie umownym, zgodnie art. 455 pzp.</b></p>
<p><b>IV.8</b></p> <p>art. 433 pkt 3 w zw. z art. 431 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc,,</p>	<p><b>Gwarancja jakości</b></p> <p><b>Pkt.1 ppkt 4 gwarancji jakości – zał.nr 7 do umowy</b></p> <p>Ilekoć w niniejszej Gwarancji Jakości jest mowa o wadzie należy przez to rozumieć wadę fizyczną, o której mowa w art. 5561 § 1 k.c. polegającą w szczególności na <b>zmniejszeniu funkcjonalności rzeczy, jej wartości użytkowej, technicznej lub estetycznej</b>, a także niezgodność rzeczy z postanowieniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową, a także najlepszą wiedzą Gwaranta oraz aktualnie obowiązującymi zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej.</p> <hr/> <p><b>OCZEKIWANA ZMIANA</b></p> <p><b>Pkt.1 ppkt 4 gwarancji jakości, zał. Nr 7 do umowy</b></p> <p>Ilekoć w niniejszej Gwarancji Jakości jest mowa o wadzie należy przez to rozumieć wadę fizyczną, o której mowa w art. 5561 § 1 k.c. <del>polegającą w szczególności na zmniejszeniu funkcjonalności rzeczy, jej wartości użytkowej, technicznej lub estetycznej</del> rozumianą jako niezgodność rzeczy z postanowieniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową, a także najlepszą wiedzą Gwaranta oraz aktualnie obowiązującymi zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. <b>Gwarant oświadcza i zapewnia Zamawiającego, że wykonany przez niego cały Przedmiot Umowy, został wykonany prawidłowo, zgodnie z zobowiązaniami Gwaranta, o których mowa w Umowie.</b></p>

V. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ, w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu oraz nakazanie uwzględnienia konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ wraz z załącznikami.

Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt. 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

### **UZASADNIENIE**

W dniu 12.03.2025 roku zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn: „**Przebudowa mostu Chrobrego [Poznań]” – postępowanie nr PIM/03/25/ZP16/2017-135/2024-407**; poprzez publikację ogłoszenia w Dz.U UE pod numerem S: 50/2025 161100-2025.

Następnie Zamawiający opublikował także dokumenty zamówienia, w tym specyfikację warunków zamówienia (SWZ) oraz wzór umowy stanowiący załącznik nr 1 do SWZ.

W ocenie Odwołującego postanowienia dokumentów zamówienia naruszają przepisy ustawy Pzp, a także przepisy Kodeksu cywilnego. Stosownie zaś do art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy [ppz] nie stanowią inaczej.

Stąd, zasadne jest podniesienie przez Odwołującego w zarzutach nie tylko naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także przepisów Kodeksu cywilnego .

Mając zatem na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje na następujące warunki postępowania i postanowienia umowne ukształtowane, zdaniem Odwołującego w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

#### **Ad. I**

#### **Warunki udziału w postępowaniu/kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika budowy.**

Jakkolwiek, określenie warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów oceny oferty jest uprawnieniem Zamawiającego, do ustanowienia wymogów tak, by pozwoliły mu osiągnąć zamierzony cel, to jednak ta swoboda nie jest nieograniczona. Zamawiający winien bowiem tak ukształtować zarówno warunki udziału, jak i kryteria ocen oferty, aby pozwoliły mu one na wybór i premiowanie takiego wykonawcy, który jest zdolny wykonać zamówienie i jednocześnie, którego oferta przedstawia konkurencyjną przewagę. Zamawiający jest jednocześnie zobowiązany dostosować warunki udziału w postępowaniu i



kryteria oceny w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do jego zakresu, złożoności, skali, rodzaju a także i wartości zamówienia. Ponadto, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 oraz art. 112 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak również, nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania Zamawiającego nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji poprzez eliminację z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający winien tak określić warunki udziału w postępowaniu aby zapewnić dostęp do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia, a w przypadku kryteriów oceny ofert, określić je w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a pomiędzy zawężeniem kręgu wykonawców a korzyściami płynącymi z takiego opisu kryteriów zachodzi rozsądna proporcja.

Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do ograniczania konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania danych podmiotów z udziału w postępowaniu. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani, zostaje zachwiana powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia to wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu, a opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia [por. wyrok KIO z dnia 17.03.2015 r., KIO 412/15; wyrok KIO z dnia 24.11.2014 r., KIO 2358/14].

W odniesieniu do kryteriów oceny ofert, podkreślić należy, że ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny pozwolić na realne konkutowanie pomiędzy wykonawcami, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a ci właśnie winni mieć szansę efektywnego konkutowania. Ograniczanie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, więc kryteria winny być tak skonstruowane aby z obiektywnego punktu widzenia, każdy z wykonawców dający rękojmię miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, którzy są zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia. [por. wyrok KIO z dnia 28.08.2018 r., sygn. akt 1611/18; wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 7.04.2009., III CA 88/09].

W ramach przedmiotowego postępowania, Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (SWZ, Rozdz. VIII pkt. 2d (1)):

(1) **Kierownika Budowy** - 1 osobą posiadającą:

- a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń,
- b) min. staż zawodowy – minimum 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi,



c) doświadczenie w pełnieniu **funkcji kierownika budowy** w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), co najmniej dwuprzęsłowego, o rozpiętości minimalnej przęseł co najmniej 25m i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto, wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej,

A ponadto, Zamawiający wskazał analogiczne parametry oceniane w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy (DKB).

**SWZ Rozd.XV pkt. 5** Punkty za kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (DKB) – Zamawiający przyzna następująco:

Zamawiający w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika Budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej w Załączniku nr 4.2. do SWZ, jako Kierownika Budowy, zgodnie ze złożonym dodatkowym Wykazem doświadczenia do oceny w ramach kryterium. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Kierownik Budowy posiada dodatkowe, poza wykazanym na potrzeby spełnienia warunków wskazanych w niniejszej SWZ, **doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy:**

- w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), co najmniej dwuprzęsłowego, o rozpiętości minimalnej przęseł co najmniej 25m i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto, wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej – otrzyma 2 pkt za każdą dodatkową realizację (nie więcej niż 4 pkt);

- w przypadku gdy zadania, o których mowa powyżej, dotyczyły obiektów składających się z niezależnych konstrukcji sąsiadujących ze sobą i w trakcie realizacji utrzymywano ciągłość ruchu drogowego na jednej z konstrukcji – Zamawiający przyzna dodatkowo 1 punkt za każdą z takich realizacji (nie więcej niż 2 punkty).

Razem w kryterium doświadczenie Kierownika Budowy (DKB) można uzyskać maksymalnie 6 pkt.

Cechą tak zdefiniowanego warunku oraz kryterium pozacenowego są ściśle określone parametry referencyjne doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy tj. konieczność wykazania się doświadczeniem zawodowym wyłącznie na stanowisku kierownika budowy osoby z uprawnieniami mostowymi bez ograniczeń, w ramach realizacji zadania o określonych parametrach polegających na budowie/przebudowie obiektu mostowego wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących.

**Odwołujący kwestionuje wskazane parametry, jako nie posiadające cech niezbędności i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia – wymóg wykazania się doświadczeniem na określonym stanowisku.**

Ograniczenie doświadczenia do doświadczenia zdobytego na stanowisku kierownika budowy z uprawnieniami mostowymi, w ramach realizacji zadania o określonych parametrach polegających na budowie/przebudowie obiektu mostowego wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, jest w ocenie Odwołującego nieuzasadnione i niezrozumiałe. Zamawiający bowiem uznał, że tylko doświadczenie zdobyte na stanowisku kierownika budowy osoby z uprawnieniami mostowymi w ramach realizacji zadania o określonych parametrach polegających na budowie/przebudowie obiektu mostowego wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, pozwoli Zamawiającemu w największym stopniu zbadać kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wskazanych do pełnienia tej funkcji. Zamawiający, przy tak zdefiniowanym warunku (odpowiednio dot. kryterium oceny) zdyskwalifikował analogiczne kwalifikacje zawodowe i doświadczenie Kierownika Robót mostowych posiadającego uprawnienia mostowe bez ograniczeń.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie oczekuje doświadczenia w zakresie koordynacji budową czy zarządzania budową, rozumianej jako całość zamierzenia inwestycyjnego a konkretnego, ściśle przypisanego do obiektu mostowego, doświadczenia zdobytego w ramach realizacji zadania o określonych parametrach, polegających na budowie/przebudowie obiektu mostowego wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących realizacji. I dalej doświadczenie zdobyte podczas budowy/przebudowy obiektu mostowego (wiadukt / most / estakada) klasy I (lub B lub wyższej), co najmniej dwuprzęsłowego, o rozpiętości minimalnej przęsła co najmniej 25m i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto, wraz z wykonaniem branżowych robót towarzyszących, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej nadal jest klasycznym doświadczeniem jakie jest w stanie posiadać tak kierownik budowy z uprawnieniami mostowymi jak i kierownik robót mostowych, bez żadnego uszczerbku dla posiadanych w tym zakresie doświadczeń z racji iż tylko pełnienia funkcji kierownika budowy czy kierownika robót mostowych. Wydaje się, patrząc na różnicę w zakresie opisanego doświadczenia dla kierownika robót mostowych, że Zamawiający różnicuje doświadczenie kierownika budowy a kierownika robót mostowych wykonywanymi na obiekcie mostowym branżowymi robotami towarzyszącymi, tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej (w ramach obiektu mostowego).

**(2) Kierownikiem robót w specjalności mostowej – min. 1 osobą posiadającą:**

- a)** uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń,
- b)** min. staż zawodowy – minimum 60-miesięczne doświadczenie w nadzorowaniu / kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie branży mostowej,
- c)** doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót mostowych w ramach zadania polegającego na budowie i/lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt / most /

estakada) klasy I (lub B lub wyższej), i o wartości prac związanych z budową obiektu mostowego minimum 25 mln PLN netto.

Takowe założenie jest błędne, aby warunek wykonywania na obiekcie mostowym branżowych robót towarzyszących, miał różnicować i uzasadniać doświadczenie kierownika budowy a dyskwalifikować kierownika robót mostowych. Zarówno Kierownik budowy jak i analogicznie kierownik robót mostowych w zakresie i z racji pełnionych funkcji nadzorują i kontrolują realizację danego obiektu mostowego, jako całości, także co do realizowanych na tym obiekcie robót towarzyszących. Natomiast w zakresie już samego wykonawstwa robót towarzyszących tj. budowy sieci teletechnicznej, elektroenergetycznej, oświetleniowej, wykonywanych m.in. też na obiekcie mostowym, powoływani są odpowiednio do wymaganych i posiadanych uprawnień, kierownicy tych robót. Obiekt mostowy, jako całość zawsze jest nadzorowany i kontrolowany w zakresie też wykonywanych na nim robót towarzyszących, a nie w oderwaniu od całości, odpowiednio przez osobę posiadającą uprawnienia mostowe, bez względu natomiast czy pełnioną funkcją jest funkcja kierownika budowy czy kierownika robót mostowych.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7.07. 1995 r., Prawo budowlane, za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej "uprawnieniami budowlanymi", wydaną przez organ samorządu zawodowego. Z kolei art. 22 ustawy Pb definiuje obowiązki kierownika budowy, do których należy poza protokolarnym przejęciem od inwestora i odpowiednim zabezpieczeniem terenu budowy, prowadzenie dziennika budowy i koordynowanie realizacji zadania pod względem zapewnienia szeroko rozumianego bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Pełnienie funkcji kierownika budowy nie daje natomiast dodatkowego doświadczenia wykraczającego poza realizację zadań w zakresie których, posiada uprawnienia budowlane. Kierownik budowy nie nabywa doświadczenia wykraczającego poza zakres jego uprawnień, tylko dlatego że pełni funkcję kierownika budowy. A w przedmiotowym postępowaniu badane doświadczenie jest ściśle związane z realizacją określonej budowy/przebudowy obiektu mostowego. Niniejsze znajduje uzasadnienie w treści art. 42 ustawy Prawo budowlane, gdzie w ust. 2 wskazano na obowiązek inwestora do ustanowienia kierownika budowy, oczywiście przy spełnieniu się wskazanych przesłanek, ale w ust. 4 wskazano, że przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. Konkludując, jeżeli celem opisanego warunku udziału w postępowaniu jest wykazanie się, przez osobę posiadającą uprawnienia mostowe bez ograniczeń, doświadczeniem w

zakresie budowy/przebudowy obiektu mostowego o określonych parametrach wraz z wykonywanymi robotami branż towarzyszącymi, to pełniona funkcja kierownika budowy czy kierownika robót mostowych, nie ma w tym przypadku znaczenia dla oceny posiadanego doświadczenia.

Na uwagę zasługuje również fakt, że Zamawiający dopuścił łączenie funkcji Kierownika Budowy i Kierownika robót mostowych. A to z kolei, czyni zbędnym odnoszenie się do doświadczenia kierownika robót mostowych jako warunku udziału, bo przy tak opisanych warunkach, wykonawca nie wykazuje kierownika robót w specjalności mostowej celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z prostej przyczyny. Wykonawca musi posiadać Kierownika Budowy z uprawnieniami mostowymi i opisanym doświadczeniem, by spełniać warunek udziału w postępowaniu, posiadając takiego kierownika budowy przy dopuszczonym łączeniu funkcji, nie ma potrzeby wykazywania warunku udziału w zakresie kierownika robót o specjalności mostowej. Z kolei sytuacja odwrotna, czyli dysponowanie tylko kierownikiem robót w specjalności mostowej (nawet z wymaganym doświadczeniem), który nie pełnił funkcji Kierownika budowy skutkuje niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Stąd opisany w punkcie (2) warunek dotyczący doświadczenia kierownika robót mostowych, nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

## Ad. II

### **Wymagania Zamawiającego w zakresie potencjalnych dodatkowych robót związanych z wykonaniem pali CFA**

Zamawiający, zgodnie z SWZ Rozdz. V. Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 3 -4 wskazał, że zakres robót budowlanych został szczegółowo określony w Dokumentacji Projektowej oraz Przedmiarach Robót stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ, a podstawą oceny jakości i odbioru wykonanych prac budowlanych oraz opracowania przez Wykonawcę Programu Zapewnienia Jakości jest Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych stanowiąca Załącznik nr 3 do SWZ.

Naruszenia zidentyfikowane w treści zapisów SST winno być rozpatrywane w kategorii przeniesienia na Wykonawcę odpowiedzialności za identyfikację błędów i błędów projektowych z przejęciem odpowiedzialności projektowej w tym zakresie przez Wykonawcę, z pominięciem adekwatnego do okoliczności trybu Zmiany umowy, jak również niezależnie, niemożliwości wyceny przyszłych i nieidentyfikowanych zakresów prac, co w efekcie prowadzi do niewystarczającego i błędnego opisu przedmiotu zamówienia i nieporównywalności składanych ofert.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, realizowanego w formule „buduj” zawarł zobowiązanie Wykonawcy, by ten:

- przed rozpoczęciem robót, zlecił wykonanie badań geotechnicznych [dodatkowych, bo badania geotechniczne są załączone do dokumentacji przetargowej]; następnie

- w zależności od wyników tych badań - jeżeli te wykażą, że zastosowana technologia robót przyjęta w dokumentacji przetargowej będzie utrudniona lub niemożliwa, to Wykonawca opracuje projekt zmian technologii posadowienia mostu odpowiadający rzeczywistym warunkom gruntowym,
- natomiast, już na etapie składania oferty w przedmiotowym postępowaniu, uwzględni koszt tej potencjalnej zmiany technologii posadowienia wraz z kosztami niezbędnych opracowań projektowych.

Za precyzyjny, wystarczający i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ustawy Pzp odpowiedzialność ponosi Zamawiający i dalej, Zamawiający ponosi również odpowiedzialność w trybie art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, że zamówienie na roboty budowane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych z kolei zgodnie z art. 433 pkt. 3 projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zamawiający, by zwolnić się z odpowiedzialności za opis przedmiotu zamówienia – czyli wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego, naruszając tym samym art. 433 ust. 3 pzp – zobowiązuje Wykonawcę w STT i pozycjach przedmiarowych do zweryfikowania potencjalnych błędów w posadowieniu obiektu mostowego, do zaprojektowania właściwych rozwiązań ale przez Wykonawcę i ich wykonania a ponadto do przewidzenia ich rozmiaru, kosztów celem ujęcia ich w ofercie.

Drugorzędną, wydaje się tutaj kwestia, że przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za tak kluczowy element robót jak podpory mostu (pale wielkośrednicowe w technologii betonowania ciągłego), poprzez zobowiązanie Wykonawcy do zweryfikowania poprawności przyjętych rozwiązań projektowych (przy formule "wybuduj"), wykrycie potencjalnych błędów projektowych, a następnie jeżeli występują, to zaprojektowanie rozwiązań i przejęcie, w tym zakresie odpowiedzialności za rozwiązania projektowe i jeszcze przewidzenie tych wszystkich działań, co do możliwości wystąpienia, ich zakresu oraz jednocześnie zobowiązanie do ich ujęcia, w wymiarze kosztowym już na etapie złożenia ofert, odbyło się w postanowieniach specyfikacji technicznych i przedmiarach robót a nie bezpośrednio w postanowieniach umownych. Fakt niezgodnego z Pzp przeniesienia odpowiedzialności na Wykonawcę zarówno na gruncie odpowiedzialności projektowej za wykryty błąd jak i kosztowej zdaje się być w tym przypadku niepodważalny, godzący w fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych.

Elementem zasady przejrzystości jest pogląd wyrażony w judykaturze: „Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg” (Wyrok TS z 29.04.2004 r., C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236). Nadto, Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję

między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne. (Wyrok KIO z 24.4.2017, KIO 664/17).

Zamawiający natomiast, w analizowanych postanowieniach SST przeniósł na Wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, a wręcz niemożliwy do racjonalnego dookreślenia, a tym bardziej im sprostania.

Zobowiązanie wykonawcy do przeprowadzenia ponownych badań geotechnicznych, celem weryfikacji rozwiązań projektowych, nazywanych oceną zastosowanych technologii robót, już wydaje się zobowiązaniem wykraczającym poza zobowiązania Wykonawcy w formule „wybuduj”. Niemniej jednak, wydaje się, że doświadczony wykonawca jest w stanie zlecić badania geotechniczne i ocenić wpływ tych badań pod kątem zastosowanych technologii robót, włącznie ze zleceniem poszukiwania adekwatnych rozwiązań. **Natomiast przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za błędy projektowe czy niedoskonałości założeń projektowych, jest zbyt daleko idącym zobowiązaniem, w sposób niewspółmierny obciążający Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, bez poszanowania rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane.** Wykonawca jest władny ująć w zakresie przedmiotu zamówienia ponowienie badań geotechnicznych i tu - wycień ten zakres zlecenia w ofercie, a następnie zweryfikować, w granicach własnej staranności wykonawczej wpływ tych badań na zastosowaną technologię robót, jak również przedstawić propozycję potencjalnych zmian technologicznych, natomiast odpowiedzialność w tym zakresie, w dalszym ciągu spoczywa na autorze projektu, który sprawuje nadzór autorski. Nieuzasadnionym jest oczekiwanie, że Wykonawca wykryje błąd projektowy, przedstawi rozwiązania i jednocześnie przejmie odpowiedzialność projektową. Stąd w przypadku wykrycia, na podstawie ponowionych badań, że zastosowana technologia robót przyjęta w dokumentacji przetargowej będzie utrudniona lub niemożliwa, Wykonawca opracuje projekt zmian technologii posadowienia mostu, ale ocena jego poprawności pod kątem prawidłowości rozwiązań, wpływu i oceny na całą konstrukcję obiektu mostowego i przyjętych założeń projektowych itp., należy do odpowiedzialności autora rozwiązań projektowych, w zakresie sprawowanego nadzoru.

Nie ulega też wątpliwości, że niniejsze zobowiązanie w kształcie, w jakim opisał go Zamawiający w sposób niewspółmierny przenosi na Wykonawcę ryzyko przejęcia odpowiedzialności projektowej za błędy projektowe z jednoczesną wyceną na etapie oferty, działań, błęd naprawiających.

Natomiast, gdyby pominąć fakt odpowiedzialności, Wykonawca nie ma możliwości wyceny potencjalnych przyszłych zmian, wynikłych dopiero w efekcie wykonanych badań i to o ile. **Zakres robót**



**i świadczeń – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.**

Poza tym, tego rodzaju sytuacje, które opisuje w SST Zamawiający, jeżeli zaistnieją, wpisują się w kontraktowy tryb Zmiany umowy w zakresie terminu i wynagrodzenia - § 15 Zmiany Umowy w zw. z art. 455 ustawy pzp i tak też winny być bezwzględnie traktowane.

Zaproponowana zmiana zapisów SST w pkt. 5.1 SST Wymagania ogólne, w pozycjach przedmiarowych nr 35 (obiekt PN), nr 35 (Obiekt PD) i 29 (arkusz „most tram”), a także w SST M-11.03.02a „Wykonanie pali Wielkośrednicowych w Technologii Betonowania Ciągłego”, sprowadza zobowiązanie do akceptowalnego modelu podziału ról, ryzyk i odpowiedzialności dla kontraktu w formule „wybuduj”:

„ Przed przystąpieniem do robót związanych z wykonaniem pali CFA Wykonawca winien zlecić wykonanie badań geotechnicznych. Jeżeli wyniki badań wykażą, że zastosowanie technologii robót przyjętej wg założeń projektowych będzie utrudnione bądź niemożliwe Wykonawca opracuje Projekt zmian technologii posadowienia mostu odpowiadający rzeczywistym warunkom gruntowym, **który następnie przedłoży do zatwierdzenia przez Nadzór autorski i Zamawiającego, w trybie Zmiany do umowy odpowiednio w zakresie wynagrodzenia oraz terminu.** ~~Koszty zmiany technologii posadowienia wraz z wszystkimi niezbędnymi zmianami Dokumentacji Projektowej poniesie Wykonawca~~”

Tym samym, w ocenie Odwołującego zaproponowana w tym zakresie zmiana postanowień SST i pozycji przedmiarowych, w sposób przejrzysty i proporcjonalny, jak również umożliwiający identyfikację ryzyka oraz przewidywalną dla wszystkich Oferentów, wycenę przewidywalnego i dookreślonego zakresu, jest uzasadniona oraz zgodna z przepisami Pzp, pod kątem jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jak również akceptowalnego podziału ryzyk kontraktowych.

### **Ad. III**

#### **Brak decyzji ZRID**

Jak już powyższej akceptowano, Zamawiający jest odpowiedzialny za wystarczający i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ustawy Pzp odpowiedzialność ponosi Zamawiający i dalej, Zamawiający ponosi również odpowiedzialność w trybie art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, że zamówienie na roboty budowane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych z kolei zgodnie z art. 433 pkt. 3 projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zwieńczeniem dokumentacji projektowej jest uzyskanie decyzji



administracyjnej (ZRiD lub pozwolenia na budowę) zezwalającej na realizację robót. Przedłożenie projektów budowlanych bez zezwolenia na realizację na ich podstawie, robót nie wyczerpują zobowiązania Zamawiającego do należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. W dokumentach przetargowych Zamawiający nie zamieścił żadnej informacji na temat posiadania czy pozyskiwania decyzji administracyjnej zezwalającej na wykonanie prac.

Natomiast, w ocenie Odwołującego brak przedłożenia decyzji umożliwiającej realizację robót (ZRiD) czy chociażby uzależnienia pewnych zdarzeń od przewidywalnej daty jej przedłożenia, uniemożliwia wykonawcy pełną weryfikację warunków i zasadności postępowania, a w efekcie – świadczy o niedopełnieniu przez Zamawiającego obowiązku przedstawienia kluczowej dokumentacji, stanowi naruszenie transparentności i równego traktowania uczestników postępowania, godząc w zasadę jawności, proporcjonalności oraz zasady współzycia społecznego, w tym i w istotę (naturę) stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane.

Dlatego, w tym względzie, w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy i poglądy doktryny w kwestii postulatu precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. **Praktykę, polegającą na opisywaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, które nie są określone nawet co do kategorii należy uznać za niedopuszczalną (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.).** Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzeniem, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że **wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn.18.05.2015 r.).**

Brak informacji o terminie przekazania decyzji uniemożliwia wykonawcy identyfikację ryzyk, tak w zakresie oszacowania terminowej możliwości wykonania przedmiotu umowy, ze szczególnym uwzględnieniem umownych kamieni milowych, w kontekście ponoszenia kar umownych i dalej, niemożności wykonania przedmiotu umowy [np. § 14 ust. 10 Umowy: „Strony zastrzegają, iż art. 635 Kodeksu cywilnego znajduje odpowiednie zastosowanie do każdego z Kamieni Milowych. Strony zastrzegają, iż art. 635 i art. 636 Kodeksu cywilnego może zostać zastosowany niezależnie od przesłanek odstąpienia od Umowy wskazanych w ust. 2 powyżej”], jak i identyfikacji zobowiązań i ich kosztowo/czasowego charakteru, wynikających z treści decyzji a mogących mieć wpływ na cenę ofertową.

Zgodnie z art. 11f ustawy z dnia 10.04.2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2004 r., poz. 311.)

„1. Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zawiera w szczególności:

1) wymagania dotyczące powiązania drogi z innymi drogami publicznymi, z określeniem ich kategorii;

- 2) określenie linii rozgraniczających teren, w tym określenie granic pasów drogowych innych dróg publicznych w przypadku gdy wniosek, o którym mowa w art. 11d, zawiera określenie granic tych pasów;
- 3) warunki wynikające z potrzeb ochrony środowiska, ochrony zabytków i dóbr kultury współczesnej oraz potrzeb obronności państwa;
- 4) wymagania dotyczące ochrony uzasadnionych interesów osób trzecich;
- 5) zatwierdzenie podziału nieruchomości, o którym mowa w art. 12 ust. 1;
- 6) oznaczenie nieruchomości lub ich części, według katastru nieruchomości, które stają się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego;
- 7) zatwierdzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego;
- 8) w razie potrzeby inne ustalenia dotyczące:
  - a) określenia szczególnych warunków zabezpieczenia terenu budowy i prowadzenia robót budowlanych,
  - b) określenia obowiązku budowy i okresu użytkowania tymczasowych obiektów budowlanych,
  - c) określenia obowiązku i terminów rozbiórki istniejących obiektów budowlanych nieprzewidzianych do dalszego użytkowania oraz tymczasowych obiektów budowlanych,
  - d) określenia szczegółowych wymagań dotyczących nadzoru na budowie,
  - e) obowiązku budowy lub przebudowy sieci uzbrojenia terenu,
  - f) obowiązku budowy lub przebudowy urządzeń wodnych lub urządzeń melioracji wodnych szczegółowych,
  - g) obowiązku budowy lub przebudowy innych dróg publicznych,
  - h) obowiązku budowy lub przebudowy zjazdów,
  - i) określenia ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości dla realizacji obowiązków, o których mowa w lit. b, c oraz e-h,
  - j) zezwolenia na wykonanie obowiązków, o których mowa w lit. b, c oraz e-h".

Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie **wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia**, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia (Wyrok KIO z 6.7.2015, KIO 1332/15). Wreszcie **Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań powódki w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie**. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019r., I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. nie mogą być następnie przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

Stąd zaproponowane w pkt. IV.III niniejszego dowołania, żądanie nakazania Zamawiającemu wskazania ram czasowych przekazania decyzji administracyjnej zezwalającej na realizację robót, oraz wprowadzenie klauzuli umożliwiającej odpowiednią i adekwatną do sytuacji Zmianę umowy jest racjonalne i w pełni uzasadnione okolicznościami jak i zapewniające zachowanie zasady równowagi stron umowy.

**Ad. IV****Naruszenia projektowanych postanowień umownych****IV.1. Termin/brak decyzji ZRID**

W nawiązaniu do uzasadnienia pkt. III powyżej, Wykonawca oczekuje zmiany postanowień umownych w sposób wskazany w pkt. IV.1., poprzez uzależnienie biegu terminów Kamieni Milowych jak i terminu końcowego **od daty przekazania terenu budowy**, z zastrzeżeniem że na ten moment Wykonawca będzie już dysponował odpowiednią, ostateczną decyzją zezwalającą na realizację robót (proponowana zmiana § 7 ust. 2 i 3). Obecna treść postanowień umownych uzależniająca bieg terminów wykonania zobowiązań umownych, od daty podpisania umowy, jest niewspółmiernie nieuzasadniona, bez poszanowania rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, narażająca Wykonawcę na dotkliwe konsekwencje prawne.

Ponadto moment podpisania umowy a moment przekazania terenu budowy to niezależne od siebie zdarzenia, które z reguły ziszczają się w różnych czasookresach. Ponadto, mając na uwadze brak przekazania pozwolenia na realizację robót, jak i charakter umowy o roboty budowlane, zasadnym jest, by termin na realizację danego zakresu robót miał swój początek w momencie przekazania terenu budowy, a więc w momencie faktycznej możliwości rozpoczęcia robót, a nie iluzorycznej dacie podpisania umowy, która nie przekłada się na możliwość realizacji zobowiązań budowlanych.

Jednocześnie w § 7 ust. 2 i 3 umowy, Zamawiający określił moment przekazania terenu budowy nie uwzględniając przy tym zarówno nieprzekazania samej decyzji zezwalającej na realizację, ale i nie uwzględniając czasookresu jaki jest potrzebny na chociażby pozyskanie przez Wykonawcę, decyzji o zajęciu pasa drogowego, która to warunkuje przekazanie terenu budowy Wykonawcy, a którą wydaje zarządca drogi.

Zamawiający założył, że przekazanie terenu budowy nastąpi w terminie 14 dni od podpisania Umowy, po tym jak Wykonawca najpóźniej na 7 dni przed przekazaniem dostarczy Inżynierowi PZJ, plan BIOZ, oświadczenie kierownika budowy ale i decyzję o zajęciu pasa drogowego.

Zapisy umowne są niemożliwe do spełnienia już chociażby ze względu na fakt konieczności pozyskania, w sumie to w 7 dni od podpisania umowy, decyzji o zajęciu pasa drogowego. Decyzja ta wydawana jest zgodnie z procedurą postępowania administracyjnego, a organ wydaje taką decyzję w prawnie określonym terminie 30 dni od daty złożenia kompletnego wniosku.

Ponadto, by Wykonawca mógł złożyć skutecznie, kompletny wniosek o wydanie decyzji o zajęciu pasa drogowego to musi dysponować zgodnie z § 1 ust. 3-5 Rozporządzeniem RM z dnia 1.06.2004 r., (Dz.U.2016.1264 z dnia 2016.08.17) w sprawie określania warunków udzielania zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, by przedłożyć:

„W przypadku zajęcia pasa drogowego w celu prowadzenia robót do wniosku, o którym mowa w ust. 1, należy dołączyć dodatkowo:

1) ogólny plan orientacyjny w skali 1:10 000 lub 1:25 000 z zaznaczeniem zajmowanego odcinka pasa drogowego oraz informację o sposobie zabezpieczenia robót, jeżeli nie jest wymagany projekt organizacji ruchu;

2) oświadczenie o:

a) **posiadaniu ważnego pozwolenia na budowę obiektu umieszczanego w pasie drogowym** lub

b) zgłoszeniu budowy lub prowadzonych robót właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej, lub

c) zamiarze budowy przyłączy elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych i telekomunikacyjnych, dla których sporządzono plan sytuacyjny na kopii aktualnej mapy zasadniczej lub mapy jednostkowej przyjętej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Jak również (ust. 3)

1) szczegółowy plan sytuacyjny w skali 1:1000 lub 1:500, z zaznaczeniem granic i podaniem wymiarów planowanej powierzchni zajęcia pasa drogowego, a w przypadku umieszczenia reklamy - z podaniem jej wymiarów;

2) **zatwierdzony projekt organizacji ruchu**, jeżeli zajęcie pasa drogowego wpływa na ruch drogowy lub ogranicza widoczność na drodze albo powoduje wprowadzenie zmian w istniejącej organizacji ruchu pojazdów lub pieszych.

Stąd, oczekiwanie, że Wykonawca przedłuży w 7 dni od podpisania umowy decyzję zezwalającą na zajęcie pasa drogowego jest pozbawione racjonalności a wręcz stanowi świadczenie niemożliwym do spełnienia i to nie z powodu okoliczności za które odpowiada Wykonawca.

Jednocześnie, kolejną okolicznością uzasadniającą żądanie zmiany w zakresie ustalenia początkowego biegu terminu od dnia przekazania terenu budowy a nie od daty zawarcia umowy, jest fakt, iż by przekazać teren budowy, celem możliwości rozpoczęcia robót, Zamawiający musi nim dysponować, na podstawie decyzji ZRID.

Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 10.04.2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2004 r., poz. 311.)

„3. Decyzja, o której mowa w ust. 1: [o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej]

1)(...)

3) uprawnia do faktycznego objęcia nieruchomości w posiadanie przez właściwego zarządcę drogi;

4) uprawnia do rozpoczęcia robót budowlanych;

5) uprawnia do wydania przez właściwy organ dziennika budowy”.

Tym samym, bez posiadania ostatecznej decyzji zezwalającej na realizację robót nie ma fizycznej możliwości przekazania terenu budowy i rozpoczęcia robót, ale nie stanowi to z kolei przeszkody do zawarcia umowy, co z kolei skutkuje nieuzasadnionym rozpoczęciem biegu terminów realizacji robót.

Kolejną kwestią nieuwzględnioną przez Zamawiającego, a raczej przenoszącą ryzyka na Wykonawcę, jest określenie 1 Kamienia Milowego, tj. 40 dni od podpisania umowy i zobowiązanie do wykonania w tym terminie wycinek drzew i krzewów. Natomiast zgodnie z pkt. 19 decyzji z dnia 13.11.2023r., o znaku: KSr-V.6220.1.33.2023, o środowiskowych uwarunkowaniach „**Wycinkę drzew i krzewów przeprowadzić od 1 września do końca lutego**”, a ponadto przedmiotowa decyzja środowiskowa nie

dopuszcza warunku dokonania wycinki pod nadzorem ornitologa, w sezonie lęgowym ptaków. Obligatoryjnie wycinki drzew i krzewów można dokonać tylko w okresie od 1 września do końca lutego. Stąd nieprzewidywalność terminu realizacji KM 1 uniemożliwia ocenę ryzyk jak i ustalenie planu realizacyjnego inwestycji.

Ponadto akceptując zapisy umowne w kształcie zaproponowanym przez Zamawiającego, osiągnięcie 1 Kamienia Milowego tj., w ciągu 40 dni od podpisania umowy wprowadzenie COR, montaż banerów, wycinka drzew i krzewów oraz wykonanie prac zabezpieczających pozostałe drzewa i zieleń, Wykonawca naraża się na ryzyko niemożności dotrzymania takich warunków umownych oraz zarzut ich znajomości i akceptacji na moment składania oferty.

Stąd zakwestionowane zapisy umowne wymagają bezwzględnej zmiany. Zaproponowana zmiana postanowień umownych, w sposób racjonalny, z uwzględnieniem charakteru zamówienia publicznego, określa zobowiązania Stron umowy.

#### IV.2 COR – Czasowa Organizacja Ruchu

Zamawiający, w myśl art. 99 ust. 1 pzp jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających **wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Natomiast, Zamawiający formułując zobowiązania Wykonawcy w zakresie wymagań i oczekiwań do czasowej organizacji ruchu (COR) nie uwzględnił treści art. 99 pzp. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w Umowie, stanowią o naruszeniu nie tylko art. 16 pkt 2) Pzp, ale i art. 99 ust. 1 pzp jak i 433 ust.3 pzp. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót, a w konsekwencji ich wyceny, co prowadzi w efekcie do nieporównywalności ofert, bowiem każdy z oferentów uwzględni bądź nie inne założenia. Ma to o tyle istotne znaczenie, że niemożność przewidzenia oczekiwań różnych podmiotów, w zakresie COR zgłaszanych już na etapie realizacji, w kontekście zobowiązania Wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych, wdrożenia i uzgodnienia COR bez względu na ilość zmian, naraża Wykonawcę na nieograniczone ponoszenie finansowych skutków tych oczekiwań, jak i niemożność przewidzenia wpływu zmian COR na czasową, terminową realizację inwestycji. Każde wdrożenie i uzgodnienie w tym każda zmiana, wymaga opinii ZDM Poznań, ZTM Poznań, spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., Miejski Inżynier Ruchu, Policja i inne, co ma wpływ na czas realizacji i założenia harmonogramowe.

Zamawiający, w poniżej przytoczonych postanowieniach umownych przeniósł na Wykonawcę wszelkie ryzyka terminowe i kosztowe związane z organizacją Czasowej Organizacji Ruchu w następujący sposób:

##### § 1 ust. 3 a)

Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:

sporządzenia wszelkich koniecznych opracowań i dokumentacji w zakresie czasowej organizacji ruchu, a także organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (bez względu na ich ilość), w tym również sterowanie sygnalizacją, zgodnie z zatwierdzeniami MIR

w zw. z

§1 ust. 10

Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie ryzyko zmian czasowej organizacji ruchu i będzie realizował obowiązek, o którym mowa ust. 2 lit. a) Umowy, stosownie do potrzeb zachodzących w toku realizacji robót oraz zgodnie z poleceniami MIR lub innych organów administracji publicznej bez względu na ilość zmian czasowej organizacji ruchu w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.

w zw. z

§ 5 ust. 1 pkt. 29

do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:

pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej jako: „COR”) bez względu na ilość zmian, który obejmuje wszystkie koszty związane z projektem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym:

a) wykorzystanie projektu COR będącego częścią Dokumentacji Projektowej Zamawiającego oraz zaprojektowanie ewentualnych zmian/ koniecznych uszczegółowień COR, w tym sterowanie sygnalizacją świetlną, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót– w momencie, gdy wspomniany projekt będzie konieczny do wykonania przedmiotu Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca bądź Inżynier Kontraktu stwierdzi konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów, Wykonawca dokona odpowiednich nowych opracowań lub zmian istniejących opracowań oraz uzyska wszelkie niezbędne opinie oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu i to w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy. W przypadku chęci zmiany COR, Wykonawca nowy lub zmieniony projekt musi zaprezentować Inżynierowi Kontraktu oraz Zamawiającemu z uzasadnieniem zmiany. Wykonawca zobowiązany będzie ponadto do likwidacji objazdów, przejazdów i organizacji ruchu, w tym do usunięcia wbudowanych materiałów i oznakowania oraz doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego,

Zamawiający w zakresie COR przeniósł na Wykonawcę całość ryzyk, zarówno na linii czasu jak i kosztu, pomimo, że do dokumentacji przetargowej została załączona zatwierdzona dla mostu Chrobrego w Poznaniu, w związku z jego remontem, czasowa organizacja ruchu z terminem do dnia 31.12.2026r. Stąd w ocenie Wykonawcy, z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia ów dokument determinuje granice zobowiązania Wykonawcy, którego koszt i zakres na tej podstawie jest zobligowany ująć w cenie ofertowej. Każde kolejne oczekiwania zmian COR, ponad zakres wynikający z dokumentacji przetargowej winny być kwalifikowane jak Zmiana umowy, adekwatnie w zakresie czasu i kosztu.

Natomiast zdefiniowane przez zamawiającego, zobowiązanie umowne, w sposób nadmierny przenosi na Wykonawcę ryzyko nieograniczonej i dowolnej możliwości zmiany Czasowej Organizacji Ruchu, w zakresie czasu i kosztu tej zmiany, którą Wykonawca winien ująć w wynagrodzeniu a której nie jest w stanie przewidzieć, bo ilość i zakres zmian nie wynika tylko z przewidywalnych okoliczności a częstokroć



podyktowana jest interesami różnych podmiotów, w tym przede wszystkim Zamawiającego, zobligowanego do ich uwzględniania a następuje i to o tyle w sposób dowolny, że na koszt i ryzyko Wykonawcy. Z kolei Zamawiający, by zwolnić się z odpowiedzialności za opis przedmiotu zamówienia – czyli wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego, naruszając tym samym art. 433 ust. 3 pzp – załącza zatwierdzoną COR, natomiast w dalszym ciągu utrzymuje dowolność jej zmian na koszt i ryzyko Wykonawcy, przenosząc w tym zakresie, w pełni całe ryzyko na Wykonawcę. Za zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót projektów COR, w tym dowolną ilość zmian COR, odpowiada Wykonawca. Czasowa Organizacja Ruchu, którą Wykonawca ma obowiązek wdrożyć, winna spełniać wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Dopuszczalnym jest by nawet zidentyfikowana co do zakresu, możliwość zmiany COR była określona ale w mierzalnych ramach tej zmiany. Wówczas wszyscy oferenci, mając zidentyfikowane wymagania w zakresie COR i potrzebę mierzalnej ilości i zakresu zmian, władni byłiby przygotować porównywalne oferty. Natomiast dowolna możliwość żądania zmian COR, nieograniczona co do ilości i zakresu takiej zmiany, przez Zamawiającego czy Inżyniera, poprzez możliwość żądania dowolnej ilości zlecenia przeprojektowania, wdrożenia i utrzymania COR stwarza ryzyko, którego Wykonawca nie jest w stanie oszacować i rozsądnie wycenić.

Jak już powyżej wskazano, zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na Wykonawcę prowadzi do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 pzp w zw. z art. 431 pzp). To z kolei jest związane z naruszeniem art. 99 ust. 1 PZP, który zawiera postulat precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerzucania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę, polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.). Taka praktyka z kolei utrudnia uczciwą konkurencję, a do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie **zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji** poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia (Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15). Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i przedsięwziąć wszelkie możliwe środki, celem wyeliminowania elementu niepewności wykonawców, co do przedmiotu zamówienia.

**Zamawiający nie może wymagać aby oferta wykonawcy polegała na „ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy** (KIO w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2013 r. o sygn. KIO 1711/13 dostrzega, iż art. 7 poprzedniej ustawy PZP można traktować jako odpowiednik art. 16 pzp).



Zaskarżone postanowienia umowne w nieuprawniony, a co za tym idzie nadmierny, nieprecyzyjny, sposób rozszerzają obowiązki Wykonawcy o niedające się zidentyfikować ryzyka. Tym samym, w ocenie Odwołującego zaproponowana w tym zakresie zmiana w sposób przejrzysty i proporcjonalny, jak również umożliwiający identyfikację ryzyka oraz przewidywalną dla wszystkich Oferentów, wycenę przewidywalnego i dookreślonego zakresu Czasowej Organizacji Robót, jest uzasadniona oraz zgodna z przepisami pzp, w zakresie precyzyjnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

#### **IV. 3. Harmonogram i wymóg sporządzania programu naprawczego**

**W § 3 ust. 4 Harmonogram rzeczowo finansowy**, postanowień umownych Zamawiający zobowiązał Wykonawcę, że ten w każdej sytuacji ryzyka niedotrzymania umownego terminu końcowego bądź Kamieni Milowych, bez względu na przyczynę, zobowiązany jest w 3 dni przedłożyć program naprawczy:

„Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o możliwości niedotrzymania umówionego terminu wykonania przedmiotu Umowy (§2 ust. 1) bądź terminów KM wskazanych w §2 ust. 1 w terminie 3 dni od daty kiedy było możliwe stwierdzenie tej okoliczności. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest sporządzić program naprawczy. Program taki ma przedstawiać plan działań mający na celu nadrobienie opóźnień w realizacji przedmiotu Umowy, obejmujący w szczególności: propozycje nowych terminów realizacji poszczególnych KM, których termin wykonania jest zagrożony lub których termin wykonania już upłynął, a które nie zostały jeszcze zrealizowane oraz wskazanie konkretnych środków i metod zmierzających do zapobieżenia opóźnieniu lub jego redukcji. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ustala się, iż przyjęcie lub akceptacja programów naprawczych przez Zamawiającego może nastąpić wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz że nie stanowi ona zgody na zmianę terminów realizacji wskazanych w Umowie. Jakakolwiek zmiana terminów ustalonych w Umowie wymaga formy aneksu sporządzonego na piśmie pod rygorem nieważności”.

Oczywistym jest, że tego rodzaju zobowiązanie, winno dotyczyć zdarzeń, za zaistnienie których odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Przeniesienie odpowiedzialności za opóźnienia w zakresie odpowiedzialności Zamawiającego i zobowiązanie Wykonawcy do przedkładania w terminie 3 dni programu naprawczego w zakresie takich opóźnień np. leżącej po stronie Zamawiającego zwłoki w przekazaniu Wykonawcy terenu budowy, jest pozbawione tak zasadności jak i logiki. Stąd uzasadnionym jest oczekiwanie wprowadzenia zmiany w sposób zaproponowany w żądaniach Odwołującego.

#### **IV. 4. Odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót**

Wykonawca, pomny dokonywanej interpretacji tego rodzaju zapisów, nie może zignorować postanowień umownych, które w sposób niejako automatyczny, w oderwaniu od ogólnych zasad odpowiedzialności zobowiązują Wykonawcę do naprawienia wszelkich wynikłych szkód wynikłych w trakcie wykonywania

robót, za każde naruszenie, za wszelkie zdarzenia będące li tylko konsekwencją realizacji umowy, oraz zobowiązują Wykonawcę do ponoszenia odpowiedzialności prawnej i finansowej.

Zgodnie z art. 652 Kc Jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu **odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie.**

Z kolei w kilkunastu postanowieniach umownych Zamawiający modyfikuje odpowiedzialność Wykonawcy do ponoszenia odpowiedzialności, de facto nieograniczonej.

„§ 1 ust. 3 Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:

- h) doprowadzenia do wymaganego przez Zamawiającego stanu istniejącego przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu Umowy terenu budowy, a także dróg, nieruchomości, czy też innych obiektów osób trzecich, jeżeli zostały **naruszone przez Wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.**

§ 5 ust. 1 do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:

**pkt 2 zdanie 2** Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową **za wszelkie zdarzenia związane z realizacją inwestycji na terenie budowy i poza tym terenem, w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy;**

**pkt. 18** ponoszenie odpowiedzialności za **wszelkie szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i jego okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. W tym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.** Powyższe zobowiązanie obowiązuje od daty przekazania terenu budowy do momentu obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego. (...).

**pkt. 21** w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia **w wyniku wykonanych robót** otoczenia miejsca budowy, dróg, instalacji podziemnych bądź majątku Zamawiającego - **naprawienie i doprowadzenie do stanu poprzedniego, na własny koszt;**

**§7 ust. 10 pkt. 1** w zakresie

(...)Wykonawca ponosi odpowiedzialność prawną i finansową **za wszelkie zdarzenia związane z realizacją Inwestycji** na terenie budowy i poza tym terenem, **w zakresie będącym konsekwencją realizacji niniejszej Umowy;** (...).”

Ta wydawałoby się, niewielka zmiana brzmienia treści postanowień umownych, zobowiązuje Wykonawcę do naprawienia na własny koszt, **wszelkich szkód w zakresie będącym konsekwencją realizacji robót**– wprowadza zasadę automatycznego działania.

Natomiast, zakres odpowiedzialności Wykonawcy za teren budowy jest i tak bardzo szeroki ale i też zróżnicowany, ale nie opiera się na automatyzmie. Zawarte w dyspozycji normy, wynikającej z art. 652 KC, odesłanie do zasad ogólnych uzasadnia stwierdzenie, że przepis ten **nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy ani nie modyfikuje przesłanek odpowiedzialności wykonawcy za szkody wynikłe na terenie budowy w stosunku do tego, co wynika z zasad ogólnych** (wyr. SA w Warszawie z 21.12.2021 r., V ACa 715/21, niepubl.)

Przepis ten obejmuje odpowiedzialność zarówno deliktową, jak i kontraktową, jednakże związaną z prowadzonymi pracami budowlanymi. Przy czym przepis ten nie stanowi samoistnej podstawy takiej odpowiedzialności; konieczne jest wykazanie przesłanek z art. 415 i n. Kc lub art. 471 Kc.

Do przyjęcia zatem odpowiedzialności wykonawcy za szkodę nie wystarcza powołanie się na przepis art. 652 KC, gdyż niezbędne jest stwierdzenie, jaka zasada odpowiedzialności ma miejsce (wyr. SN z 18.3.1971 r., I CR 6/71, Legalis). Czyli, w sprawie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym konieczne jest, aby poszkodowany wykazał szkodę, którą poniósł oraz pozostające z nią w adekwatnym związku przyczynowym zdarzenie, z którym ustawa łączy obowiązek odszkodowawczy (czyn niedozwolony) – art. 415 KC, art. 6 KC, z kolei w przypadku art. 435 i odpowiedzialność opartej za ruch przedsiębiorstwa, na zasadzie ryzyka - zwolnienie się z tej odpowiedzialności nie jest dopuszczalne przez wykazanie braku winy prowadzącego przedsiębiorstwo oraz zgodności jego działań z porządkiem prawnym. Uchylenie odpowiedzialności odszkodowawczej następuje tylko w razie wykazania jednej z trzech następujących okoliczności egzoneracyjnych: siły wyższej, wyłącznej winy poszkodowanego oraz wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą prowadzący przedsiębiorstwo nie ponosi odpowiedzialności. **Natomiast żadna z zasad odpowiedzialności nie przewiduje automatyzmu ponoszenia skutków każdej szkody.**

Stąd w ocenie Wykonawcy nieuzasadnionym i bezpodstawnym jest rozszerzanie odpowiedzialności za każdą szkodę wynikłą w trakcie wykonywania robót, czy bliżej nieokreśloną okolicę i zobowiązanie Wykonawcy do naprawienia wszelkich szkód na własny koszt, bez odniesienia do zasad ogólnych odpowiedzialności. Wszak w odpowiedzialności Wykonawcy nie są wszelkie szkody a szkody w ujęciu cywilnoprawnym. Nie można na podstawie tego przepisu przyjmować, że z chwilą protokolarnego przyjęcia terenu budowy wykonawca ponosi niejako automatycznie, zobiektywizowaną odpowiedzialność za wszelkie szkody.

Analizując natomiast treść zaprojektowanego § 5 ust.1 pkt. 12 Umowy, wykonawca przejmuje na siebie automatycznie odpowiedzialność za wszelkie szkody i zobowiązuje się do ich naprawienia na własny koszt. Niniejsza modyfikacja odpowiedzialności do automatycznego naprawienia wszelkich wynikłych szkód i ponoszenia z tego tytułu kosztów stanowi obciążeniem Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania jak i wykraczającym ponad nawet rozszerzone zakresy podlegające ubezpieczeniu.

Stąd, Wykonawca wnosi o zmianę treści zapisów umownych w sposób zaproponowany w żądaniach Odwołującego.

#### IV. 5. Odbiór terenu budowy

Zgodnie z definicją umowy o roboty budowlane tj. art. 647 Kc obowiązkiem zamawiającego jest odebranie obiektu, a w myśl art. 652 Kc „Jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on **aż do chwili oddania obiektu** odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie.

Z kolei Zamawiający w taki sposób ułożył zobowiązanie umowne, że dokonując Odbioru końcowego robót i nasadzeń (warunkiem jest przedłożenie na ten moment pozwolenia na użytkowanie) nie odbiera

terenu budowy, bowiem ten, w myśl § 8 ust. 23 umowy, Zamawiający przejmuje w posiadanie po dokonaniu Odbioru Końcowego tj. po upływie rocznej pielęgnacji zieleni liczonej od Odbioru końcowego robót i nasadzeń. Ponadto analogiczna sytuacja dotyczy obowiązku zdania pasa drogowego do zarządcy drogi.

Zgodnie z § 8 postanowień umownych Zamawiający określił, iż:

1. Strony będą dokonywały następujących odbiorów przedmiotu Umowy:

- a) Odbiory częściowe wykonania robót budowlanych i/lub nasadzeń zieleni,
- b) Odbiór końcowy wykonania wszystkich robót budowlanych oraz nasadzeń,
- c) Odbiór zakończenia rocznej pielęgnacji założonej zieleni,
- d) Odbiór końcowy wykonania przedmiotu Umowy,
- e) Odbiór ostateczny przedmiotu Umowy dokonany po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań z tytułu gwarancji lub rękojmi udzielonej na przedmiot Umowy.

2. Za skuteczne dokonanie danego odbioru Strony będą uznawać podpisanie przez Wykonawcę, Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu odpowiedniego protokołu odbioru.

3. Odbiory, o których mowa w ust. 1 lit a - b powyżej, dokonywane będą przez spółkę Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., a odbiory, o których mowa w ust. 1 lit. c-e będą dokonywane przez właściwego Dysponenta dla danego zakresu Przedmiotu Umowy lub Aquanet. Natomiast Odbiór zakończenia rocznej pielęgnacji założonej zieleni (o którym mowa w ust. 1 lit. c) będzie dokonywany przez ZDM.

Zgodnie natomiast z § 2 ust. 1 i 3 Umowy zakończenie robót budowlanych i wykonanie nasadzeń zastępczych to realizacja KM 6 zakończona sporządzeniem Odbioru końcowego robót budowlanych oraz nasadzeń, poprzedzonym uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wydanej dla przedmiotu Umowy lub zaświadczenia wydanego przez właściwy organ nadzoru budowlanego o zgłoszeniu zakończenia budowy i nie wniesienia sprzeciwu w drodze decyzji odnośnie przystąpienia do użytkowania zadania inwestycyjnego, jeżeli jest wymagane przepisami prawa.

Natomiast, w § 2 ust. 1 pkt. 7) wskazano, że „wykonanie rocznej pielęgnacji drzew i innej zieleni, które zostały nasadzone w ramach realizacji Umowy, tj. stałej pielęgnacji przez 365 dni od dnia dokonania odbioru prac związanych z nasadzeniem zieleni wraz z zakończeniem wszystkich robót budowlanych – dalej jako „KM 7”.”

W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający w sposób niezgodny z istotą (naturą) stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane, w sposób niewspółmiernie obciążający Wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności ponosić nie powinien, bez poszanowania rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, zmodyfikował postanowieniami umownym, zasady odbioru terenu budowy w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami jak i zasadami współzycia społecznego.

Roczna pielęgnacja zieleni nie uzasadnia ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności za teren budowy czy tym bardziej, pas drogowy i to w sytuacji gdy przedmiot umowy w zakresie robót i nasadzeń został wykonany a Zamawiający dysponuje decyzją zezwalającą na jego użytkowanie i jest użytkowany. Ponadto pielęgnacja zieleni to świadczenie usług a nie wykonywanie robót budowlanych, by można mówić w ogóle o potrzebie posiadania terenu budowy, czy tym bardziej dysponowania pasem drogowy. Usługa pielęgnacji jest wykonywana w ramach i zakresie nasadzeń, których lokalizacja nie obejmuje obiektów mostowych, pasa drogowego czy innego rodzaju obiektów budowlanych. Stąd, Wykonawca wnosi o zmianę treści zapisów umownych w sposób zaproponowany w żądaniach Odwołującego.

#### IV. 6. Odstąpienie od umowy

Zamawiający, wbrew zasadzie zachowania równowagi kontraktowej Stron, zdefiniował w taki sposób warunki umowy, że te prowadzą do nadmiernej dysproporcji między prawami i obowiązkami stron. Zamawiający powinien wykonywać swoje zobowiązania w zakresie ułożenia stosunku zobowiązaniowego w taki sposób, aby nie dochodziło do rażącej dysproporcji – tzn. aby prawa i obowiązki obu stron były bardziej zrównoważone, co ma na celu ochronę interesów obu stron kontraktu. Natomiast w projektowanych postanowieniach umownych Zamawiający zastrzegł, na swoją rzecz szeroki katalog kar umownych (§ 11), możliwość ich kumulowania, szeroki katalog podstaw do odstąpienia od umowy (§ 14) nie zastrzegając na rzecz Wykonawcy żadnej kary umownej jak i żadnej podstawy uprawniającej Wykonawcę do odstąpienia od umowy z powodu wystąpienia okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Natomiast w § 14 ust. 7 Umowy Zamawiający zastrzegł, iż **Wykonawcy nie przysługuje żadne odszkodowanie, w tym z tytułu utraconych korzyści na skutek rozwiązania Umowy bądź odstąpienia od Umowy.**

W ocenie odwołującego, tego rodzaju postanowienia umowne godzą w istotę stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane, niewspółmiernie alokują rozkład i ciężar ryzyk kontraktowych, ale też wyczerpują treść art. 433 ust. 3 Pzp który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Więc jeżeli doszłoby do rozwiązania umowy z powodu zaistnienia okoliczności będących w wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego to Wykonawca poniesie tego skutki, bez możliwości dochodzenia swych praw. Więc tego rodzaju postanowienia, pozbawiające praw Wykonawcy, przenoszą odpowiedzialność na Wykonawcę w zakresie niemożności rekompensaty doznanych strat.

Celem przywrócenia jakkolwiek rozumianej zasady równowagi stron przedmiotowej umowy, Wykonawca wnosi o usunięcie § 14 ust. 7 Umowy oraz o dodanie w projektowanych postanowieniach umowy:

**§ 11 ust. 8 o treści:**

Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub części dotyczącej robót budowlanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 20% kwoty brutto całkowitego przewidywanego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Wykonawca zastrzega sobie prawo do dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wartość kary umownej w przypadku poniesienia przez Wykonawcę szkody.

**IV. 7. Zmiana umowy i możliwość dochodzenia zapłaty za koszt pośredni z powodu wydłużenia terminu realizacji z powodu okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.**

**I.1. [Brak możliwości zmiany wynagrodzenia ze względu na zmianę terminu realizacji umowy]**

Zamawiający w § 15 ust. 1 Umowy przewidział katalog zmian postanowień umownych w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, wskazując szereg okoliczności uprawniających do Zmiany. W zakresie możliwości Zmiany, poza zmianą terminu realizacji umowy, możliwość zmiany tylko terminu (bez zmiany wynagrodzenia) została wprost wskazana w przypadku wystąpienia takich okoliczności jak::

- (pkt. 3) w przypadku wydłużonych terminów procedur administracyjnych oraz innych terminów spraw urzędowych, mających wpływ na terminy realizacji zamówienia, niezawinionych przez Wykonawcę,
- (pkt.6) zawieszenia realizacji Inwestycji przez organy nadzoru budowlanego z przyczyn niezależnych od Wykonawcy
- (pkt. 7) udokumentowanego wystąpienia awarii nie zawinionej czynnościami lub nie wynikającej z zaniechania czynności, do których Wykonawca był zobowiązany
- (pkt.8) działań podmiotów trzecich (nie dotyczy podwykonawców i innych podmiotów współpracujących z Wykonawcą) lub organów władzy publicznej, które spowodują przerwanie lub czasowe zawieszenie realizacji zamówienia
- (pkt. 9) przerwania realizacji zamówienia w sytuacjach określonych w art. 32 ust.1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz w innych przypadkach nie spowodowanych czynnościami lub nie wynikających z zaniechania czynności, do których Wykonawca był zobowiązany
- (pkt.10) wystąpienia niekorzystnych, nieprzewidywalnych, anormalnych warunków atmosferycznych (tj. przekraczających granice typowej zmienności warunków pogodowych przyjętych z ostatnich 10 lat) uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót zgodnie z Umową, przy czym fakt ten musi mieć odzwierciedlenie w dzienniku budowy i musi być potwierdzony przez Inżyniera Kontraktu
- (pkt. 12) leżącej po stronie Zamawiającego zwłoki w przekazaniu Wykonawcy terenu budowy - zmiana terminów realizacji Umowy o ilość dni zwłoki, w przypadku, gdy zwłoka ta dotyczy części terenu budowy i nie uniemożliwia wykonywania części przedmiotu Umowy,
- (pkt. 15) wydania przez Zamawiającego polecenia wstrzymania wykonywania Umowy z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, o ile takie działanie powoduje, że nie jest możliwe wykonanie Umowy w dotychczas ustalonym terminie
- (pkt. 17) w przypadku wystąpienia osób trzecich z roszczeniami lub ujawnienia się roszczeń osób trzecich, które uniemożliwiają dalsze wykonywanie przedmiotu Umowy, w szczególności uzyskanie odpowiednich decyzji,



zezwoleń, uzgodnień wydawanych przez organy administracji publicznej, a także uzyskanie warunków przyłączeniowych od gestorów sieci,

- (pkt. 18) w przypadku wszczęcia przez jakiegokolwiek podmiot postępowania sądowego lub administracyjnego uniemożliwiającego wykonanie Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, w szczególności wstrzymujące możliwość uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych, uzgodnień, zezwoleń lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy,

A ponadto w ust. 4 § 15 Zamawiający zastrzegł, iż „W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż **Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu. Zamawiający będzie odpowiedzialny wyłącznie za szkodę, którą może wyrządzić umyślnie.**”

Z analizy powyżej przytoczonych postanowień umownych wynika, iż zamiarem Zamawiającego jest nieponoszenie, w ogóle skutków finansowych własnych zaniechań, w granicach własnej odpowiedzialności, przenosząc to ryzyko w całości na Wykonawcę. Nie dość, że Zamawiający nie uwzględnił w katalogu zmian umowy (§15) okoliczności uzasadniającej zmianę wynagrodzenia w sytuacji gdy zmiana terminu lub terminów realizacji nastąpi z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, to jeszcze wyłączył prawo Wykonawcy do sądowego dochodzenia odszkodowania z tytułu doznanych szkód – „*Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu.*”, a Zamawiający jest wyłącznie odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną umyślnie (!).

W ocenie odwołującego, na gruncie projektowanych postanowień umownych, w obecnym ich kształcie, zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu zmiany terminu lub terminów realizacji z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, **nie została przewidziana**. Stąd Odwołujący zaproponował zmianę treści § 15 ust. 4 umowy poprzez dodanie: „**chyba że zmiana taka wynikać będzie z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Każda zmiana terminu lub terminów realizacji z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, o których mowa w ust. 1 powyżej stanowi okoliczność uzasadniającą odpowiednią, adekwatną do sytuacji, zmianę wynagrodzenia w trybie umownym zgodnie z art. 455 pzp**”.

Już sam fakt nieuwzględnienia w katalogu okoliczności uzasadniających zmianę Umowy, podstaw uprawniających do zmiany wynagrodzenia z powodu okoliczności zmiany terminu lub terminów realizacji z przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający naruszają dyspozycję przepisu art. 433 pkt 3) ustawy PZP, przewidując odpowiedzialność wykonawcy (rozumianą jako ponoszenie przez wykonawcę finansowych konsekwencji), w przypadkach za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. nieterminowe przekazanie placu budowy lub konieczność zmian w dokumentacji projektowej z powodu błędów, braków, rozbieżności, lub wstrzymanie przez Zamawiającego robót).

Natomiast Zamawiający na swoją rzecz przewidział szereg okoliczności uprawniających go do naliczenia kar umownych, w tym za niedotrzymanie 7 Kamieni Milowych, czy szeroki katalog przesłanek uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy i naliczenia Kary umownej. Stąd, w ocenie



Wykonawcy należy uznać, iż Zamawiający, pozbawiając uprawnień Wykonawcy do dochodzenia poniesionej szkody z tytułu nienależytego wykonania /niewykonania przedmiotu umowy z powodu okoliczności za które wyłącznie odpowiada Zamawiający (z wyłączeniem winy umyślnej Zamawiającego) przesądza o braku zachowania zasady równości stron. Wykonawca został obciążony niewspółmiernym ryzykiem a pożądana równowaga stron umowy, co najmniej winna budzić wątpliwości. Dlatego też, w ocenie Odwołującego zasadnym jest, aby Zamawiający wprowadził do umowy postanowienia, które zagwarantują Wykonawcy odpowiednie wynagrodzenie (surogat poniesionych kosztów) w sytuacji, gdy przedłużenie terminu lub terminów realizacji zamówienia wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 31.01.2024 KIO 67/24.

#### **I.2.[Ograniczenie granic odpowiedzialności do winy umyślnej Zamawiającego]**

Z kolei w § 15 ust. 4 Umowy Zamawiający zawarł zapis o poniższej treści, zawężając w sposób nieuprawniony okolicznościami kontraktu, własną odpowiedzialność tylko do zawinionych umyślnie okoliczności, naruszając, w ocenie Wykonawcy przepisy ustawy prawo zamówień publicznych tj. art. 433 pkt. 3.

*„W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu. **Zamawiający będzie odpowiedzialny wyłącznie za szkodę, którą może wyrządzić umyślnie**”.*

W ocenie Odwołującego Zamawiający, w sposób niewspółmierny, z naruszeniem art. 433 pkt. 3 pzp, skonstruował niniejsze postanowienie umowne nadużywając praw podmiotowych, poprzez uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego, naruszając tym samym zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i dyspozycję art. 433 pkt 3 pzp.

Jakkolwiek na gruncie kodeksu cywilnego taka modyfikacja odpowiedzialności jest dopuszczalna – art. 473 §1 kc stanowi, że „Dłużnik, może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi”, z zastrzeżeniem §2 „Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie”.

to jednak przepisy ustawy Pzp tj. art. 433 ust. 3 pzp wprowadzają w tym zakresie ograniczenia:

**Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt.3 pzp).**

Z kolei kodeks cywilny ma zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej (art. 8 ust.1 pzp).

Okoliczności skutkujące przedłużeniem terminu realizacji, w przypadku kiedy przyczyną przedłużenia są zdarzenia, za które odpowiada Zamawiający (np. błędy czy braki projektowe, i/lub konieczność oczekiwania na rozwiązania zamienne, nierozpoznane warunki gruntowe, hydrologiczne, hydrotechniczne itp.) uprawnia Wykonawcę do dochodzenia odszkodowania z tytułu szkody jaką ten poniósł, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań. Zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp dla przykładu, w odpowiedzialności ustawowej Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niniejsza, ustawowa odpowiedzialność Zamawiającego, **nie jest ograniczona wyłącznie do zawinionego umyślnie działania Zamawiającego, a obejmuje również odpowiedzialność opartą na winie nieumyślnej**, jak i okoliczności w ogóle nieoparte na zasadzie winy. Ustawa prawo zamówień publicznych modyfikuje odpowiedzialność Zamawiającego poprzez nałożenie na Zamawiającego określonych ustawowo obowiązków, w szczególności w zakresie poprawnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za które Zamawiający odpowiada, bez względu na możliwość przypisania Zamawiającemu w tego tytułu winy. Oczywistym przy tym jest, że dłużnik, a w tym przypadku Zamawiający, będzie mógł zwolnić się z odpowiedzialności, wskazując, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania było zdarzenie, które nie jest objęte okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność.

Nadużyciem, będącym przejawem uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego jest ograniczenie uprawnienia Wykonawcy do możliwości żądania naprawienia szkody, którą Zamawiający wyrządził umyślnie - sprawca świadomie dąży do popełnienia określonego czynu lub świadomie godzi się na jego skutki.

W przypadku ziszczenia się zdarzenia, które jest okolicznością, za które na kanwie ustawy prawo zamówieni publicznych czy ustawy kodeks cywilny, odpowiedzialność ponosi Zamawiający (bez względu na możliwość przypisania mu winy), a skutkującą przedłużeniem terminu realizacji przedmiotu umowy, Wykonawca ponosi realną szkodę w postaci ponoszenia m.in. dodatkowych kosztów, których nie poniósłby, gdyby nie doszło do zakłócenia w realizacji robót na linii czasu. W trakcie normalnej, niezakłóconej realizacji, koszty wytworzenia są pokrywane z należnego Wykonawcy wynagrodzenia rozłożonego w czasie, odpowiednio do okresu prowadzenia robót, umownie ustalonego. W tym znaczeniu, każde zakłócenie terminu ukończenia, zaburza mechanizm w sposób zmieniający proporcję kosztów pośrednich do bezpośrednich. W okresie zakłócenia Wykonawca nie wykonuje robót wg pierwotnego planu oraz nie osiąga przerobów, więc nie ponosi kosztów bezpośrednich robót niewykonanych, ale ponosi koszty pośrednie, które nie były pierwotnie przewidziane do pokrycia w cenie oferty, z uwagi na fakt, iż okres prowadzenia robót, w których Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie będzie krótszy niż okres, w jakim Wykonawca ponosi koszty pośrednie, które nie są ujęte w jego ofercie.

Przedłużenie okresu realizacji inwestycji budowlanych w Polsce staje się codziennością. Nierzadko wynika ono z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania własnych zobowiązań czy to mających źródło w regulacjach ustawowych czy też umownych. Wówczas Wykonawcy przysługuje uprawnienie do roszczenia o zapłatę rzeczywiście poniesionych kosztów pośrednich jakie poniósł z tytułu wydłużenia okresu realizacji, a które nie zostały (bo nie mogły być) w ofercie uwzględnione, a które Wykonawca bezwzględnie musi ponieść. Koszty pośrednie są składnikiem wynagrodzenia Wykonawcy i stanowią nakłady niezbędne do stworzenia ogólnych warunków produkcji budowlanej i jej organizacji. Chociaż ich wysokość zależy od upływu czasu oraz stopnia skomplikowania inwestycji, nierzadko stanowią one nawet piątą część kosztów całej inwestycji. Brak zapłaty nawet części kosztów pośrednich może okazać się dla Wykonawcy istotną szkodą.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego modyfikacja w zakresie odpowiedzialności Zamawiającego poprzez jej zawężenie do odpowiedzialności wyłącznie za szkodę, którą Zamawiający może wyrządzić umyślnie, stanowi klauzulę abuzywną o której mowa w przepisie art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. Przepis art. 433 pkt 3 pzp nie zawęża odpowiedzialności Zamawiającego do zdarzeń za które można Zamawiającemu przypisać winę umyślną, a do zdarzeń za które ten jest wyłącznie odpowiedzialny. Skutkiem wprowadzenia nowelizacją pzp tego przepisu jest jasna dyrektywa dla Zamawiających, aby **postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przenosić wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na Wykonawcę**. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia Zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy **rażąco naruszających interesy wykonawców**. (*Uzasadnienie...*, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 81)

Ponadto treść postanowienia umownego § 15 ust. 4 w sposób istotny zawęża treść art. 471 kc oraz modyfikuje ciężar dowodu poprzez jego przerwienie z Zamawiającego na Wykonawcę. Domniemanie zawarte w art. 471 kc reguluje ciężar dowodu w procesie, czyli jest przedmiotem regulacji o charakterze procesowym, a to z kolei przesądza o jego publicznoprawnym charakterze. Stąd w ocenie Wykonawcy umowna modyfikacja jego zagadnienia ma na celu obejście ustawy i jako taka winna być uznana za nieważną (art. 58 kc).

Przepis art. 471 kc stanowi, iż *dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi*.

Artykuł 471 KC reguluje odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika (Zamawiającego) w sytuacji, gdy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które jest on odpowiedzialny. Pojęcie tzw. **odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej** oznacza zbiorczo **wszystkie negatywne skutki, które wynikają dla dłużnika z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania**, np. obowiązek zapłaty odszkodowania, kary umownej,

obowiązek zwrotu rzeczy, rekompensaty rzeczywiście poniesionej szkody itd. **Każde zachowanie dłużnika polegające na naruszeniu treści zobowiązania**, niezależnie od rodzaju i rozmiaru tego naruszenia lub sposobu, w jaki do niego doszło, **rodzi w świetle art. 471 KC odpowiedzialność kontraktową dłużnika, jeżeli objęte jest okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność**.

Przepis art. 471 Kc pełni charakter „przepisu blankietowego”, gdyż jego normatywna treść kształtowana będzie zazwyczaj przepisami szczegółowymi (np. ustawowymi obowiązkami w zakresie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia) lub klauzulami umownymi (tak *J. Jastrzębski*, O umownych modyfikacjach, s. 819; *tenże*, w: *A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian*, Zobowiązania, s. 238, Nb 594; por. też *W. Warkała*, Odpowiedzialność odszkodowawcza, s. 170). Nie określa on bowiem zasad odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, pozostawiając to porozumieniu stron bądź innym przepisom. Przepis ten samodzielnie reguluje więc przede wszystkim **problematykę rozkładu ciężaru dowodu**. Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej w ogólności są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; szkoda po stronie wierzyciela oraz związek przyczynowy między zdarzeniem w postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a szkodą.

Ponadto warto zauważyć, że samo naruszenie zobowiązania przez dłużnika nie rodzi jeszcze jego odpowiedzialności kontraktowej. Konieczne jest bowiem, aby naruszenie było **spowodowane okolicznościami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność**. Co jest szczególnie istotne, na kanwie analizowanego postanowienia umownego, tylko w przypadku gdy zakres odpowiedzialności dłużnika (Zamawiającego) **nie byłby zmodyfikowany przez ustawę (w tym przypadku pzp jak i kc), umowę lub inną czynność prawną**, to okolicznością, za którą dłużnik jest odpowiedzialny, jest **niezachowanie przez niego należytej staranności** (zgodnie z brzmieniem art. 472 KC). Stąd można by wówczas przyjąć, że odpowiedzialność kontraktowa jest odpowiedzialnością opartą na zasadzie winy. Natomiast okoliczności, za które dłużnik (w tym przypadku Zamawiający) ponosić odpowiedzialność w danym stosunku prawnym, **wynikają z ustawy (w tym przypadku pzp jak i kc), umowy lub innych czynności prawnych i obejmują także zdarzenia, których wystąpienie nie jest efektem zawinionego działania dłużnika**. Dla przykładu warto wskazać, że okolicznościami, za których zaistnienie dłużnik może ponosić odpowiedzialność w braku szczególnej regulacji, są np. działania osób trzecich, z pomocą których wykonuje on swoje zobowiązanie lub którym wykonanie własnego zobowiązania, powierza. Wówczas **odpowiedzialność nie jest oparta na zasadzie winy i obejmuje zdecydowanie szersze spektrum okoliczności, wykraczając poza możliwość i potrzebę przypisywania winy dłużnikowi**. Na obowiązek naprawienia szkody w żadnym zakresie nie wpływa rozmiar winy dłużnika. Natomiast co istotne, zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodu, **na wierzyciela (w tym przypadku Wykonawcy) spoczywa dowód niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, szkody wynikającej z tego faktu oraz związku przyczynowego między oboma zdarzeniami**. Z tego też względu na wierzyciela ciąży dowód co do tego, że zobowiązanie dłużnika w danej sytuacji istniało, a także co do jego treści. I dalej, artykuł 471

KC wprowadza **wzruszalne domniemanie**, w myśl którego **do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiada**. Oznacza to, że ustawa każe domniemywać, iż przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z którego wynikła szkoda, jest zachowanie się dłużnika lub inna okoliczność, za którą ponosi on w danej sytuacji odpowiedzialność (np. działanie osoby trzeciej, przez którą wykonuje on swoje zobowiązanie). Artykuł 471 KC zmienia rozkład ciężaru dowodu w stosunku do reguł ogólnych, gdyż to **na dłużniku chcącym się zwolnić z odpowiedzialności spoczywa ciężar dowodu co do tego, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności** (zob. wyr. SN z 24.6.2013 r., II PK 344/12; wyr. SA w Łodzi z 14.9.2012 r., I ACa 572/12,; uzasadnienie wyr. SA w Białymstoku z 27.3.2013 r., I ACa 35/13,; K. Zagrobelny, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz, 2021, art. 471, Nb 12; F. Zoll, w: *System PrPryw*, t. 6, 2014, s. 1125, Nb 154; por. też wyr. SN z 5.12.2008 r., III CSK 211/08,). Obalenie domniemanie polega więc na wykazaniu przez dłużnika **braku związku przyczynowego między okolicznościami należącymi do kręgu tych, za które ponosi on odpowiedzialność, a naruszeniem przez niego zobowiązania** (tak G. Domański, Z problematyki podstawowych założeń, s. 150 oraz J. Jastrzębski, O umownych modyfikacjach, s. 819). **Natomiast, nie jest możliwe umowne przerzucenie ciężaru dowodu** każdej ze wskazanych wyżej okoliczności z wierzyciela na dłużnika. Domniemanie zawarte w art. 471 kc reguluje ciężar dowodu w procesie, a więc jest przedmiotem regulacji o charakterze procesowym, to z kolei przesądza o jego **publicznoprawnym charakterze**. Stąd **umowna modyfikacja jego zagadnienia wprost nie jest możliwa**. (por. szerzej za wielu P. Machnikowski, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz, 2021, art. 6, Nb 8).

Stąd, w ocenie Wykonawcy zmodyfikowane przez Zamawiającego granice odpowiedzialności tylko do szkody wyrządzonej umyślnie, są nieważne. Treść art. 433 ust. 3 pzp odwołująca się do wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego koreluje z treścią art. 471 Kc i w prowadzenie w tym zakresie dalszych ograniczeń winno być uznane za nieskuteczne.

Na kanwie powyższego Wykonawca wnosi o zmianę w zakresie § 15 ust. 4 poprzez nadanie mu treści: „W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, **chyba że zmiana taka wynikać będzie z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Każda zmiana terminu lub terminów realizacji z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, o których mowa w ust. 1 powyżej stanowi okoliczność uzasadniającą odpowiednią, adekwatną do sytuacji, zmianę wynagrodzenia w trybie umownym, zgodnie z art. 455 pzp**

#### IV. 8. Gwarancja jakości

Zakres Gwarancji Jakości opisany w pkt.1 ppkt 4 gwarancji jakości – zał.nr 7 do umowy, jest niewspółmierny do przedmiotu zamówienia i zobowiązań Wykonawcy, prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego.

Zamawiający, w załączonej Gwarancji Jakości zawarł definicję wady z istotnym przekroczeniem umownych zobowiązań Wykonawcy, bez poszanowania rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane.

„Ilekcro w niniejszej Gwarancji Jakości jest mowa o wadzie należy przez to rozumieć wadę fizyczną, o której mowa w art. 5561 § 1 k.c. polegającą w szczególności na **zmniejszeniu funkcjonalności rzeczy, jej wartości użytkowej, technicznej lub estetycznej**, a także niezgodność rzeczy z postanowieniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową, a także najlepszą wiedzą Gwaranta oraz aktualnie obowiązującymi zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej.

Powyższe zdefiniowanie wady, jako też „zmniejszenie funkcjonalności” czy „wartości użytkowej”, „technicznej”, „estetycznej” wykracza poza zobowiązania umowne Wykonawcy. Zgodnie z § 1 ust. 9

**„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu niniejszej Umowy z zachowaniem należytej staranności oraz profesjonalizmu, zgodnie z Umową, SWZ, zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz warunkami budowlano-technicznymi wykonawstwa”** i tylko w tych granicach może gwarantować jakość wykonanego przedmiotu zamówienia.

Wykonawca realizując przedmiot zamówienia jest „odtwórcą” wyborów dokonanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w opisie przedmiotu zamówienia tj. przyjętych w dokumentacji projektowej rozwiązań projektowych i narzuconych rozwiązań techniczno - technologicznych, natomiast zakres odpowiedzialności Wykonawcy sprowadza się do należytego i prawidłowego, z punktu widzenia wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z zobowiązaniami Umowy, specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową. Niniejsze postanowienia Gwarancji Jakości przenoszą na Wykonawcę odpowiedzialność w zakresie o wiele szerszym aniżeli granice odpowiedzialności wykonawczej. **Definicja wady winna korelować z zakresem zobowiązań Wykonawcy.** Jeżeli granicą zobowiązania Wykonawcy jest realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z zachowaniem należytej staranności oraz profesjonalizmu, zgodnie z Umową, SWZ, zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi przepisami prawa i normami oraz warunkami budowlano-technicznymi to Wykonawca w ramach udzielonej gwarancji na wady, nie odpowiada za zmniejszenie funkcjonalności rzeczy, jej wartości użytkowej, technicznej czy estetycznej.

Wykonawca nie jest producentem czy chociażby autorem proponowanych rozwiązań projektowych, techniczno – budowlanych, technologicznych, doboru materiałów itd., by mieć wpływ na przyjęte



rozwiązania a jednocześnie móc ocenić ich trwałość, funkcjonalność, wartość użytkową czy walory estetyczne. Tego rodzaju zapisy Gwarancji Jakości de facto prowadzą do przejęcia przez Wykonawcę w okresie trwania gwarancji jakości – funkcji utrzymaniowej – a to z kolei przeczy istocie gwarancji, wypacza rozumienie tej instytucji.

Mylne, błędne rozumienie granic odpowiedzialności Wykonawcy, rozszerzając je na inne, niż wykonawcze, parametry użytkowe, w istocie prowadzi do **nieskończoności trwania** udzielonej ochrony gwarancyjnej, a to stanowi już nadużycie praw podmiotowych i przeczy rozumieniu, funkcji i istocie Gwarancji jakości. Gwarancja biegnie na nowo w przypadku istotnej naprawy, więc jeżeli Wykonawca zobowiąże się do zachowania funkcjonalności czy wartości użytkowej, technicznej, estetycznej itp., to przez okres udzielonej Gwarancji (od 6 do 10 lat) będzie zobowiązany wykonywać tzw. prace naprawcze, celem utrzymania wskazanych przez Zamawiającego paramentów wady, a to z kolei będzie odnawiało okres udzielonej gwarancji i tak do nieskończoności.

To dowodzi, że mylne rozumienie Gwarancji Jakości, jak i określenie rozumienia wady w sposób nieskorelowany z zobowiązaniem umownym Wykonawcy, prowadzi do absurdów, a to z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego.

Stąd, Wykonawca wnosi o zmianę treści zapisów umownych w sposób zaproponowany w żądaniach Odwołującego.

**Mając na uwadze powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości, gdyż jest zasadne i konieczne.**

Załączniki:

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