

Wrocław, 13 lipca 2023 r.

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

Odwolujący:

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

Adres do korespondencji:

SKANSKA S.A., z/s w Warszawie  
ul. Byczyńska 20,  
51-503 Wrocław  
tel. + 48 71 358 31 00  
adresy e-mail:  
[remigiusz.grodzicki@skanska.pl](mailto:remigiusz.grodzicki@skanska.pl), [renata.kornatowska@skanska.pl](mailto:renata.kornatowska@skanska.pl)  
zastępowany przez:  
radcę prawnego – Renata Kornatowska

Zamawiający:

**Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. (inwestor zastępczy)**  
Pl. Wiosny Ludów 2  
61- 831 Poznań  
NIP 7831711486  
REGON 302689539  
e-mail: [zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl](mailto:zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl)  
tel: + 48 618842016  
adres strony internetowej: [www.pim.poznan.pl](http://www.pim.poznan.pl)

**w imieniu i na rzecz:**

**1) MIASTO POZNAŃ**  
pl. Kolegiacki 17  
61-841 Poznań  
NIP 2090001440  
REGON 631257822  
**2) PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S.A.**  
ul. Targowa 74  
03-734 Warszawa  
NIP 1132316427  
REGON 017319027

Dotyczy: **Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz Lutyckiej – roboty budowlane [Poznań].**

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 125-397314

Numer referencyjny postępowania: **PIM/06/23/ZP34/2016-83/2019-204**

### **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 t.j. 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 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”), które zostały ukształtowane w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

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

Stosownie do przepisu **art. 515 ust. 2 pkt 1)** 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” 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 **03.07.2023 roku**. Tym samym termin 10 - dniowy upływa w dniu 13.07.2023 roku, niniejszym odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym.

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

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

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 i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną, bowiem nie weźmie udziału w postępowaniu wobec tak ukształtowanych warunków umowy.

Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący zobowiązany będzie do zawarcia umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, co może narazić Odwołującego na szkodę.

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 tego zamówienia.

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

Odwolujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., -Kodeks cywilny [Dz.U. z 2019 r., poz.1145 i 1495 ze zm.] (dalej: kc), art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc w związku z art. 8 ust. 1 pzp, oraz art. 433 pkt. 3 pzp a także art. 16 ust. 1 pzp, art. 99 ust. 1 i 4 pzp, poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez:

- 1) naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z . art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę za okoliczności, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużycie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienia publiczne z uwagi na fakt, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający na mocy postanowień ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego jak i warunków umowy, to jest w zakresie istotnego ograniczenia wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania z tytułu przewidzianych w umowie okoliczności stanowiących podstawy do zmiany terminu lub terminów realizacji umowy, zawężając tą odpowiedzialność do winy Zamawiającego, a nie okoliczności za które odpowiada Zamawiający. Niniejsze prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron (§ 16 ust. 4 umowy) .
- 2) naruszenie art. 99 ust.1 i 4 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko, nieograniczonych co do ilości i zakresu, zmian (modyfikacji) czasowej organizacji ruchu, co powoduje, że wykonawcy nie znają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (§ 1 ust. 3a) w zw. z ust. 11 oraz § 5 ust.1 pkt. 17 umowy)
- 3) naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w związku z art. 647 kc w zw. z art. 433 pkt.3 i art. 99 ust. 1 pzp poprzez bezpodstawne i nieuzasadnione przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i

ryzyka poprzez ukształtowanie postanowień umownych w taki sposób, że bez wskazania terminu przekazania wykonawcy terenu budowy dla zakresu Prawa Opcji, Zamawiający precyzyjnie dookreślił umownie terminy kamieni milowych jak i terminy realizacji Prawa opcji, podane w dniach, określając początkowy bieg terminu od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Praw Opcji (§ 7 ust. 3 w zw. z art. 21 ust. 3 i 4 umowy), co uniemożliwia wykonawcy określenie rzeczywistego terminu na realizację, a tym samym oszacowanie w tym zakresie ryzyk. Niniejsze w sposób nieuzasadniony i bezpodstawny przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność i ryzyko, które leżą po stronie Zamawiającego w zakresie przekazania terenu budowy w czasie, który umożliwi wykonawcy realizację zobowiązań jak i ocenę, czy umownie określony czas jest realnym.

#### IV. Wskazanie żądań Odwołującego:

Naruszenie	Jest	Poprzez zmianę w sposób następujący
Pkt III.1 – art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc,	<p><b>§ 16 ust. 4 umowy wzoru Umowy:</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, chyba że zmiana taka wynikać będzie z winy zamawiającego</p>	<p>Zmiana treści § 16 ust. 4:</p> <p><i>W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy <b>będzie przysługiwało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji Umowy w wydłużonym terminie realizacji, odpowiednio w przypadkach o których mowa w ust. 1 powyżej (to znaczy w przypadkach, gdy te okoliczności będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną właściwie udowodnione i udokumentowane) chyba, że zmiana taka wynikać będzie z przyczyn za które Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. Powyższe nie wyłącza uprawnienia Wykonawcy do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, na zasadach ogólnych.</b></i></p> <p>Ewentualnie poprzez: Wykreślenie postanowienia § 16 ust. 4 wzoru umowy</p>

<p>Pkt III.2 - naruszenie art. 16 ust. 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 i art. 16 ust. 1 pzp</p>	<p><b>§ 1 ust. 3a):</b></p> <p>Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:</p> <p>a) Organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i wykonanie oraz uzgodnienie w MIR (Miejski Inżynier Ruchu) czasowej organizacji ruchu <i>(bez względu na ich ilość)</i>,</p>	<p>Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści § 1 ust. 3a) poprzez usunięcie słów:</p> <p><b><i>(bez względu na ich ilość)</i></b></p> <p>Ewentualnie poprzez nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego zdefiniowania planowanej ilości i zakresu zmian w organizacji ruchu zastępczego, którą wykonawcy winni uwzględnić w wycenie oferty.</p>
	<p><b>§ 1 ust. 11:</b></p> <p>Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie ryzyko zmian czasowej organizacji ruchu i będzie realizował obowiązek o którym mowa ust.3 lit.a) powyżej</p>	<p>Nakazanie Zamawiającemu <b>usunięcie § 1 ust. 11 w całości.</b></p>
	<p><b>§ 5 ust. 1 pkt. 17)</b></p> <p>Do obowiązków wykonawcy (również dla zakresu objętego Prawem Opcji) należy w szczególności: (...)</p> <p>17) pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej: COR) <i>bez względu na ilość zmian</i>, który obejmuje wszystkie koszty związane z projektowaniem, zatwierdzeniem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym:</p> <p>a) wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót projektów COR, według potrzeb w zakresie realizacji robót w ramach zadania inwestycyjnego. W przypadku, gdy Zamawiający, 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 zatwierdzenie Miejskiego Inżyniera Ruchu <i>i to w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy. (....)</i></p>	<p><b>Zmiana treści § 5 ust. 1 pkt. 17):</b> Poprzez usunięcie:</p> <p><i>(...) bez względu na ilość zmian (...)</i></p> <p>oraz nadanie treści:</p> <p>Do obowiązków wykonawcy (również dla zakresu objętego Prawem Opcji) należy w szczególności: (...)</p> <p>17) pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej: COR), który obejmuje wszystkie koszty związane z projektowaniem, zatwierdzeniem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym:</p> <p>a) wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót projektów COR, <b>z uwzględnieniem potrzeb i wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej</b>, w zakresie realizacji robót w ramach zadania inwestycyjnego. W przypadku, gdy Zamawiający, Wykonawca bądź Inżynier Kontraktu stwierdzi <b>uzasadnioną</b> okolicznościami, nieprzewidywalnymi w czasie opracowania COR, konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów,</p>

		Wykonawca dokona odpowiednich nowych opracowań, lub zmian istniejących opracowań oraz uzyska wszelkie niezbędne opinie oraz zatwierdzenie Miejskiego Inżyniera Ruchu, <b>na koszt Zamawiającego. W przypadku konieczności zmian COR będących skutkiem błędów Wykonawcy wynikających z nieuwzględnienia wymagań dokumentacji przetargowej, zmiany będą dokonane w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy (...)</b>
Pkt III.3 – naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w związku z art. 647 kc w z. z art. 433 pkt. 3 i art. 99 ust.1 pzp	<p>W § 7 ust. 3 umowy:</p> <p>Zamawiający przewiduje możliwość odrębnego przekazania placu budowy dla zakresu podstawowego przedmiotu Umowy oraz dla Prawa Opcji.</p> <p>w zw. z</p> <p>§ 21 ust. 3 i 4 umowy:</p> <p>3. Strony ustalają następujące terminy realizacji Prawa Opcji:</p> <p>1) Prawo Opcji nr 1 – 566 dni od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2:</p> <p>2) Prawo Opcji nr 2 – 410 dni od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o którym mowa w ust. 2</p> <p>4. Strony ustalają następujące Kamienie Milowe celem określenia terminów realizacji Prawa Opcji:</p> <p>1) Prawo Opcji nr 1:</p> <p>a) wykonanie i potwierdzenie przez Inżyniera kontraktu jak i Zamawiającego minimum 10% wartości Prawa Opcji nr 1 – 210 dni od daty złożenia przez</p>	<p>Zmiana treści § 7 ust. 3 umowy poprzez dodanie:</p> <p>Zamawiający przewiduje możliwość odrębnego przekazania placu budowy dla zakresu podstawowego przedmiotu Umowy oraz dla Prawa Opcji.  <b>Zamawiający przekaze Wykonawcy teren budowy dla Prawa Opcji najpóźniej w terminie 14 dni od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w § 21 ust. 2</b></p> <p>W zw. z powyższym w § 21 ust. 3 i 4 wszędzie tam gdzie termin jest liczony <i>od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 lub podpisania Umowy</i></p> <p>Zmienia się na:</p> <p><b>od daty przekazania przez Zamawiającego terenu budowy o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.</b></p>

	<p>Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 – dalej jako: „KM1-PO1 (...) i dalej odpowiednio:</p> <p>b) – 330 dni (KM2-PO1);</p> <p>c) – 430 dni (KM3-PO1)</p> <p>- od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2;</p> <p>d) 525 dni od zawarcia Umowy (KM4-PO1);</p> <p>e) 540 dni od zawarcia Umowy (KM5-PO1)</p> <p>2) Prawo Opcji nr 2:</p> <p>a) wykonanie i potwierdzenie przez Inżyniera kontraktu jak i Zamawiającego minimum 10% wartości Prawa Opcji nr 2 – 90 dni od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 – dalej jako: „KM1-PO2 (...) i dalej odpowiednio:</p> <p>b) 150 dni (KM2 – PO2)</p> <p>c) 320 dni (KM3 – PO2)</p> <p>d) 410 dni (KM4-PO2)</p> <p>- od daty złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, o którym mowa w ust. 2</p>	
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

### **UZASADNIENIE**

W dniu 03.07.2023 roku zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz Lutyckiej – roboty budowlane [Poznań]” poprzez publikację ogłoszenia w Dz.U UE pod numerem 2023/S 125-397314.

Następnie Zamawiający opublikował także dokumenty zamówienia, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wzór umowy.

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 nie stanowią inaczej.

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

Mając zatem na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje na następujące postanowienia umowne ukształtowane zdaniem Odwołującego w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującego Prawa.

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

Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy pzp nie zawierają ani odmienniej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 kc. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc).

#### **Ad.1**

**Ograniczenie Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania z tytułu przedłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia jedynie do zmian skutkujących przedłużeniem terminu, które wystąpiły wskutek winy Zamawiającego.**

Zamawiający w § 16 ust. 1 umowy przewidział katalog zmian do 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 wynagrodzenia została wprost wskazać tylko w zakresie:

- konieczności zmiany przedmiotu umowy ze względu na wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności (pkt. 5 umowy),
- zmian technologicznych lub ekonomicznych (pkt. 10 umowy), zmian przedmiotu umowy w zakresie wymagań Zamawiającego (pkt. 17 umowy), ograniczenie zakresu (pkt. 18 umowy).

Pozostały katalog dotyczy opisanych okoliczności uprawniających do zmiany umowy w zakresie zmiany terminu realizacji umowy, tj.:

- wydłużenie procedur administracyjnych, niezawinionych przez Wykonawcę (pkt. 3 umowy)
- zmiany warunków technicznych przez gestorów sieci (pkt. 4 umowy)
- zawieszenia realizacji Inwestycji przez organy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (pkt.6 umowy)



- wystąpienia awarii niezawinionej przez Wykonawcę (pkt. 7 umowy)
- działań podmiotów trzecich, niezwiązanych z Wykonawcą, powodujących przerwanie robót (pkt. 8 umowy)
- zwłoki Zamawiającego w przekazaniu terenu budowy (pkt. 11 umowy)
- wstrzymanie przez Zamawiającego robót z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy (pkt. 12 umowy)
- wystąpienie osób trzecich z roszczeniami lub ich ujawnienie się, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (pkt. 15 umowy)
- wszczęcie postępowań sądowych lub administracyjnych (pkt. 16 umowy)
- zmian obowiązujących przepisów lub regulacji zamawiającego (pkt. 19 umowy)

Z kolei w **§ 16 ust. 4** umowy wzoru Umowy Zamawiający zawarł zapis o poniższej treści, zawężając w sposób nieuprawniony okolicznościami kontraktu, własną odpowiedzialność tylko do zawinionych okoliczności, naruszając tym samym w ocenie Wykonawcy zarówno przepisy ustawy prawo zamówień publicznych tj. art. 433 pkt. 3 jak i modyfikując w sposób nieuzasadniony treść art. 471 kc.

*„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 **winy** zamawiającego”.*

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób niewspółmierny i bez uzasadnienia skonstruował niniejsze postanowienie umowne nadużywając praw podmiotowych, poprzez uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego, naruszając tym samym zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. 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 własnych 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 zawinonego działania Zamawiającego, a wręcz przeciwnie odpowiedzialność ta nie jest oparta 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, wynikającym z uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego jest ograniczenie uprawnienia Wykonawcy do możliwości żądania naprawienia szkody tylko do zawinionego działania Zamawiającego.

W przypadku ziszczenia się zdarzenia, które jest okolicznością, za które na kanwie ustawy prawo zamówień 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 przerobów, więc nie ponosi kosztów bezpośrednich robót niewykonywanych, ale ponosi koszty pośrednie, które nie były pierwotnie przewidziane do pokrycia w umowie, 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 opinii Odwołującego dokonana przez Zamawiającego modyfikacja w zakresie odpowiedzialności Zamawiającego poprzez jej zawężenie do zawinionych przez Zamawiającego zdarzeń, stanowi klauzulę abuzywną o której mowa w przepisie art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. Przepis art. 433 pkt. 3 pzp stanowi, iż *projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi*

*zamawiający*. Przepis nie zawęża odpowiedzialności Zamawiającego do zdarzeń za które można Zamawiającemu przypisać winę, 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 przerzucać 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 § 16 ust. 4 w sposób istotny i nieuprawniony zawęża treść art. 471 kc oraz modyfikuje ciężar dowodu poprzez jego przerzucenie 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 ytego 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. Warkało*, 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 jeszcze to, 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) ponosi 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 wierzycielu (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 wierzycielu 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 wynikała 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).

## Ad. 2

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

Pomimo obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu Umowy, formułując postanowienia umowne w zakresie zobowiązania wykonawcy względem czasowej organizacji ruchu. 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. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót, a w konsekwencji ich wyceny.

Zamawiający, w poniżej przytoczonych postanowieniach umownych zobowiązał Wykonawcę do organizacji Czasowej Organizacji Ruchu w następujący sposób:

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

a) Organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i wykonanie oraz uzgodnienie w MIR (Miejski Inżynier Ruchu) czasowej organizacji ruchu (**bez względu na ich ilość**),

§ 1 ust. 11 Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie **ryzyko zmian** czasowej organizacji ruchu i będzie realizował obowiązek o którym mowa ust.3 lit.a) powyżej

§ 5 ust. 1 pkt. 17) Do obowiązków wykonawcy (również dla zakresu objętego Prawem Opcji) należy w szczególności: (...)

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

a) wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót projektów COR, według potrzeb w zakresie realizacji robót w ramach zadania inwestycyjnego. W przypadku, gdy Zamawiający, 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 zatwierdzenie Miejskiego Inżyniera Ruchu i to w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 Umowy. (....)

Powyższe zobowiązanie w sposób nieuprawniony przenosi na Wykonawcę ryzyko nieograniczonej i dowolnej zmiany Czasowej Organizacji Ruchu w zakresie czasu i kosztu tej zmiany, którą winien ująć w wynagrodzeniu, a której nie jest w stanie przewidzieć. Za zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robot projektów COR odpowiada Wykonawca. Czasowa Organizacja Ruchu winna spełniać wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Natomiast dowolna jej możliwość zmiany, nieograniczona, co do ilości i zakresu takiej zmiany, przez Zamawiającego czy Inżyniera poprzez możliwość zlecenia przeprojektowania, wdrożenia i utrzymania stwarza ryzyko, którego Wykonawca nie jest w stanie oszacować i rozsądnie wycenić.

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 przytoczonych powyżej postanowieniach Umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki Wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, a wręcz niemożliwy do racjonalnego dookreślenia, co w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16<sup>1</sup> i 431 pzp, który stanowi, że Zamawiający i Wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

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

---

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



przedmiotu zamówienia przejawiający się m. in. zakazem przerzucania na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk.

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

Zamawiającemu nie wolno sporządzać opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia (Wyrok KIO z 27.03.2015 r., KIO 496/15). Na zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność, gdyż powinien on tak szczegółowo i dokładnie określić swoje wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie **wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców, co do przedmiotu zamówienia**, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia (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.

**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.**

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 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.

### **Ad. 3**

#### **Naruszenie w zakresie nie wskazania terminu przekazania wykonawcy terenu budowy dla zakresu Prawa Opcji.**

Zgodnie z art. 433 pkt 3) projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. To Zamawiający ponosi wyłączną odpowiedzialność za przekazanie terenu budowy oraz terminowe przekazanie terenu budowy (art. 647 kc). Niewskazanie terminu przekazania Wykonawcy terenu budowy, w zakresie Prawa Opcji przy jednoczesnym szczegółowym uregulowaniu przez Zamawiającego w § 21 umowy, czasu na realizację Prawa Opcji, czasu na dotrzymanie umownych Kamieni Milowych umownie zdefiniowanych co do dnia, których niedotrzymanie z kolei skutkuje dolegliwością w postaci przewidzianej kary umownej (§ 12 umowy) czyni owe postanowienia nieprecyzyjnymi, uniemożliwiającymi Wykonawcy oszacowanie ryzyka wynikającego zarówno z niemożności oceny realnej możliwości spełnienia świadczenia jak i wyceny potencjalnych skutków tej niemożności. Fakt określenia w projektowanych postanowieniach umownych początkowego biegu terminu jako złożenie przez Zamawiającego jednostronnego oświadczenia w zakresie skorzystania przez zamawiającego z Prawa Opcji (§ 21 ust. 2), czy czas zawarcia Umowy, nie niweluje niepewności Wykonawcy, co do realnej oceny możliwości spełnienia zobowiązań umownych na linii czasu z uwagi na fakt, iż niewiadomym jest czas, w którym Zamawiający przekaże Wykonawcy teren budowy w zakresie Prawa Opcji, który umożliwi realizację przedmiotu zamówienia. 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.

Tym samym, brak określenia zobowiązania Zamawiającego w zakresie zdefiniowania terminu na przekazanie terenu budowy w przypadku skorzystania z Prawa Opcji obciąża wykonawcę niewspółmiernym ryzykiem, niemożliwym do oszacowania. W ocenie Odwołującego zaproponowana w tym zakresie zmiana, poprzez precyzyjne wskazanie zobowiązania Zamawiającego do przekazania terenu budowy, w sposób jednoznaczny i precyzyjny dookreśli wzajemne prawa i obowiązki stron.

**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.