

Wrocław, 16 grudnia 2024 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,
anna.kubasiewicz@skanska.pl
renata.kornatowska@skanska.pl
zastępowany przez:
Pełnomocnika – Piotra Subczak

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
tel.: + 48 618842016; 618842010; 618842011;
adres strony internetowej: www.pim.poznan.pl

Dotyczy: „**Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka na odcinku od ul. Św. Marcina do ul. Królowej Jadwigi wraz ze skrzyżowaniem z ul. Matyi i Wierzbicice w ramach projektu Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka**”;

Skrócona nazwa: „**Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka [Poznań]**;

w dalszej części: „**Postępowanie**”.

Numer referencyjny postępowania: PIM/11/24/ZP52/2024-380

Numer publikacji ogłoszenia: 739227-2024

Numer wydania Dz.U. S: 236/2024

Data publikacji: 04/12/2024

ODWOŁANIE WOBEK 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 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 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 **04.12.2024 roku**. Tym samym termin 10 - dniowy upływa w dniu 16.12.2024 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 poniżej 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:

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, **zarzucając** Zamawiającemu ukształtowanie treści SWZ (tj. projektowanych postanowień Umowy) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego, wykorzystując pozycję dominującą, w szczególności z przekroczeniem: (1) granic swobody umów, w tym nie uwzględniając istoty i natury stosunku prawnego - umowy o roboty budowlane (2) zasad współżycia społecznego oraz (3) zasad rozkładu i ciężaru ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, w tym (4) obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający; (5) 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, celem jej należytej realizacji, (6) zasadę przejrzystości, a także (7) prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób sprzeczny z n/w przepisami, tj.:

- I. naruszenie art. 433 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, art. 471 kc, poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za okoliczności, za które odpowiada, w świetle ustawy pzp, Zamawiający, i to na dwa sposoby, (1) po pierwsze poprzez pominięcie w projektowanych postanowieniach umowy przewidujących okoliczności uzasadniające zmianę umowy (§ 16 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 wyrządzoną umyślnie (§ 16 ust. 4 Umowy), co skutkuje pozbawieniem wykonawcy prawa do dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu odpowiedzialności za które

odpowiada Zamawiający na zasadzie winy nieumyślnej. Zamawiający, tym samym dopuścił się nadużycia prawa poprzez tworzenie warunków umowy o zamówienia publiczne w sposób sprzeczny z wymogami ustawy pzp, z uwagi na fakt, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, to jest w zakresie istotnego ograniczenia wykonawcy uprawnienia 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, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcach konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej.

- II. naruszenie art. 433 pkt.3; art. 99 ust. 1 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp; tj. art. 353(1); art. 58 § 1 i 2; art. 5 i art. 471 Kc poprzez nieuzasadnione przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za niewystarczalność i błędy w przekazaniu terenu budowy, w tym przejęcie przez Wykonawcę ryzyk wynikających z obowiązków decyzji środowiskowej, za zmiany i uzupełnienia w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie pozyskania dodatkowych decyzji środowiskowych przy wyłączeniu odpowiedzialności Zamawiającego za wynikłe stąd szkody wyrządzone umyślnie, co z kolei prowadzi do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego oraz naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego jak i nieuprawnionego przeniesienia na Wykonawcę ryzyka (ponoszenie przez wykonawcę finansowych konsekwencji zaistniałych okoliczności, w tym kar umownych) za zdarzenia będące w odpowiedzialności Zamawiającego, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron, prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez zamawiającego i wymusza na wykonawcach konieczność uwzględnienia niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk w ramach ceny ofertowej.
- III. naruszenie art. 99 ust.1 i 4; art. 16 ust. 1 oraz art. 433 ust. 3, art. 431 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 Wykonawcy nie są w stanie uwzględnić wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, 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. 8 w zw. z § 5 ust.1 pkt. 2, pkt. 22 umowy).

- IV. naruszenie art. 16 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 652, art. 647 kc a także art. 353(1); art. 58 § 1 i 2 Kc poprzez nieuzasadnione rozszerzanie na zasadzie automatyzmu, odpowiedzialności Wykonawcy za każdą szkodę wynikłą w trakcie wykonywania robót, w tym bliżej nieokreśloną okolicę i zobowiązanie Wykonawcy do naprawienia wszelkich szkód na własny koszt, bez odniesienia do zasad ogólnych odpowiedzialności. Zamawiający, modyfikując w ten sposób treść projektowanego zapisu umowy naruszył zasadę przejrzystości i proporcjonalności postępowania. Wykonawca nie jest w stanie uwzględnić wszystkich możliwych potencjalnych zdarzeń i okoliczności, wykraczających poza ochronę ubezpieczeniową a mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, to z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, narażając wykonawcę na ryzyko ponoszenia finansowych konsekwencji wszelkich szkód (§ 5 ust.1 pkt. 12 umowy).
- V. naruszenie art. 16; art. 453 ust.3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 58 § 1 kc, poprzez umowne uregulowanie zasad zwrotu zabezpieczenia zatrzymanego na zabezpieczenie prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z treścią art. 453 ust. 3 pzp tj. Zamawiający zamierza zwolnić lub zwrócić Wykonawcy zabezpieczenie po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi a nie, w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady jak definiują obowiązek zwrotu przepisy ustawy pzp. Niniejsze, stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania oraz przeczy działaniu Zamawiającego w granicach określonych przez przepisy prawa (§ 14 ust. 10 i 11 umowy).
- VI. naruszenie art. 433 pkt. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 651 kc oraz art. 647 kc poprzez przeniesienie odpowiedzialności na Wykonawcę za szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, potwierdzenie jej prawidłowości i zgodności w zakresie możliwości zrealizowania przedmiotu umowy, w tym w przypadku zgłoszenia wad, braków, błędów co możliwe jest tylko przed rozpoczęciem realizacji danego elementu robót, zobowiązanie Wykonawcy do przedłożenia w terminie 3 dni sposobu na ich usunięcie. Niniejsze przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność w zakresie zweryfikowania dokumentacji, potwierdzenia jej prawidłowości jak i wystarczalności oraz braku uwag i zastrzeżeń do dokumentacji na moment podpisania Umowy, co w obliczu przedmiotu Umowy jak i terminu na przygotowanie oferty jest oświadczeniem niewiarygodnym, jak również obowiązek przedłożenia rozwiązań projektowych w terminie 3 dni od wykrycia braku, błędu czy niezgodności, co z kolei może nastąpić nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robót, co ogranicza terminowo jak i zakresowo możliwość zgłaszania błędów, a zobowiązanie Wykonawcy do przedłożenia rozwiązania projektowego w 3 dni od jego wykrycia jest niemożliwym do spełnienia (§ 1 ust. 3 Umowy).

IV. Wskazanie żądań Odwołującego:

Naruszenie	Obowiązująca treść zapisu umownego
	Proponowana zmiana treści zapisu umownego
I. 1 i 2 art. 433 pkt 3 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>§ 16 Zmiany umowy</p> <p>ust. 4 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. <u>Zamawiający będzie odpowiedzialny wyłącznie za szkodę, którą może wyrządzić umyślnie.</u></p> <p>§ 16 Zmiany umowy – <i>proponowana zmiana</i></p> <p>ust. 4 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 art. 455 pzp.</p>
II. art. 433 pkt.3; art. 99 ust. 1 oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp; tj. art. 353(1); art. 58 § 1 i 2; art. 5 i art. 471 Kc	<p>§ 6 Obowiązki Wykonawcy w zakresie Zieleni, ochrony przyrody i pielęgnacji</p> <p>ust. 4 Terminy nasadzeń powinny być zgodne z wydaną decyzją GDOŚ nr DOOŚ-WDŚZIL.420.3.2021.KM.24 z dnia 16.11.2021 r. (dalej: „Decyzja GDOŚ”), które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w harmonogramie rzeczowo finansowym. <u>Ograniczenia wynikające z wydanej decyzji GDOŚ nie stanowią podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń terminowych lub finansowych, w tym roszczeń z tytułu nieprzekazania przez Zamawiającego terenu budowy nie nadającego się do realizacji przedmiotu Umowy. Jeżeli Wykonawca, w związku z realizacją przedmiotu Umowy zgodnie z treścią wydanej Decyzją GDOŚ ponosi lub może ponieść jakąkolwiek szkodę (w tym w ramach ujemnego interesu umownego) lub wpłynie to na termin wykonania przedmiotu Umowy lub któregośkolwiek z KM Zamawiający nie ponosi z tego tytułu odpowiedzialności. Wyłącza się odpowiedzialność odszkodowawczą Zamawiającego (z wyłączeniem winy umyślnej Zamawiającego) z tytułu okoliczności wskazanych w niniejszym ustępie.</u></p> <p>ust. 5</p>

	<p>Wykonawca ponosi na <u>zasadzie ryzyka pełną odpowiedzialność za wszelkie szkody</u> wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy spowodowane następującymi okolicznościami:</p> <p>1) stwierdzeniem występowania na terenie budowy siedlisk, gniazd, mrowisk, nor, legowisk, żeremi, tam, tarlisk, zimowisk lub innych schronień dziko występujących zwierząt, należących do gatunków objętych ochroną ścisłą oraz częściową,</p> <p>2) koniecznością uzyskania w toku realizacji przedmiotu Umowy zezwolenia na odstępstwo od zakazu płoszenia zwierząt łownych o którym mowa w art. 9a ust. 1 ustawy Prawo łowieckie,</p> <p>3) koniecznością uzyskania w toku realizacji przedmiotu Umowy zezwolenia, o którym mowa w art. 83a ustawy o ochronie przyrody,</p> <p>4) koniecznością uzyskania decyzji administracyjnej na podstawie art. 83 ust. 1, art. 83a ust. 1, art. 83c ust. 1, 3 i 5, art. 83d ust. 1, 3 i 4, art. 86 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t.j. - Dz.U. 2023 poz. 1336 ze zm.), w związku z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. - Dz.U. 2024 poz. 54) skutkującą koniecznością wykonania kompensacji przyrodniczej wskazanej w przedmiotowej decyzji.</p> <p>Ust. 6</p> <p>Zamawiający, <u>na podstawie art. 473 § 1 k.c. wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego za wszelkie szkody poniesione przez Wykonawcę związane z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w ust. 5 powyżej, w tym za poniesioną przez Wykonawcę szkodę w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu Umowy związaną z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w ust. 5 powyżej. Wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego obejmuje stratę (<i>damnum emergens</i>) i utracone korzyści (<i>lucrum cessans</i>) oraz odpowiedzialność Zamawiającego względem Wykonawcy tytułem kosztów pośrednich.</u></p> <p>§ 6 Obowiązki Wykonawcy w zakresie Zieleni, ochrony przyrody i pielęgnacji – proponowana zmiana</p> <p>ust. 4</p> <p>Terminy nasadzeń powinny być zgodne z wydaną decyzją GDOŚ nr DOOŚ-WDŚZIL.420.3.2021.KM.24 z dnia 16.11.2021 r. (dalej: „Decyzja GDOŚ”), które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w harmonogramie rzeczowo finansowym. Ograniczenia wynikające z wydanej decyzji GDOŚ nie stanowią podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń terminowych lub finansowych, chyba że okoliczności uzasadniające roszczenia terminowe lub finansowe będą wynikać z okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.</p> <p>ust. 5 – skreśla się treści ustępu 5</p> <p>Ust. 6 – skreśla się treści ustępu 6</p>
<p>III.</p> <p>art. 99 ust.1 i 4; art. 16 ust. 1</p>	<p>§ 1 Przedmiot umowy</p> <p>ust. 8</p>

<p>oraz art. 433 ust. 3 ustawy Pzp,</p>	<p>Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie <u>ryzyko terminowe i kosztowe zmian</u> czasowej organizacji ruchu (COR) i będzie realizował obowiązek, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 22-23 <u>bez względu na ilość zmian</u> czasowej organizacji ruchu w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.</p> <p>w zw. z § 5 ust. 1 Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pkt. 2) sporządzenie, uzgodnienie z jednostkami miejskimi (ZDM Poznań, ZTM Poznań, spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., Miejski Inżynier Ruchu, Policja i inne) oraz uzyskanie decyzji Miejskiego Inżyniera Ruchu dla wszelkich koniecznych opracowań i dokumentacji w zakresie czasowej organizacji ruchu, a także organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (<u>bez względu na ich ilość</u>) - w zakresie wskazanym w § 5 ust. 1 pkt. 22-26 Umowy,</p> <p>pkt. 22) przygotowanie oraz pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej jako: „COR”) <u>bez względu na ilość zmian</u>, który obejmuje wszystkie koszty związane z projektem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym: zaprojektowanie COR, uzgodnienie z właściwymi organami, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót – w momencie, gdy wspomniany projekt będzie konieczny do wykonania przedmiotu Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca bądź <u>Inżynier Kontraktu stwierdzi konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów, Wykonawca dokona odpowiednich nowych oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu i to w ramach wynagrodzenia</u>, określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) 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. <u>Wykonawca, na potrzeby swoich opracowań, pogładowo może wspomagać się materiałami które Zamawiający dostarczył jako załącznik do SWZ.</u></p> <p>§ 1 Przedmiot umowy – proponowana zmiana</p> <p>ust. 8</p> <p>Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie ryzyko terminowe i koszt wprowadzenia czasowej organizacji ruchu (COR) z uwzględnieniem i w granicach wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji przetargowej i będzie realizował obowiązek, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 22-23, w trakcie realizacji przedmiotu Umowy.</p> <p>w zw. z § 5 ust. 1 Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pkt. 2) sporządzenie, uzgodnienie z jednostkami miejskimi (ZDM Poznań, ZTM Poznań, spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., Miejski Inżynier Ruchu, Policja i inne) oraz uzyskanie decyzji Miejskiego Inżyniera Ruchu dla wszelkich koniecznych opracowań i dokumentacji w zakresie czasowej organizacji ruchu, a także organizacji objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu - w zakresie wskazanym w § 5 ust. 1 pkt. 22-26 Umowy,</p> <p>pkt. 22) przygotowanie oraz pokrycie kosztu objazdów, przejazdów, dróg tymczasowych i czasowej organizacji ruchu (dalej jako: „COR”), który obejmuje wszystkie koszty związane z projektem, wykonaniem, ustawieniem, utrzymaniem i demontażem COR, a w tym: zaprojektowanie COR, uzgodnienie z właściwymi organami, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robót – w momencie, gdy wspomniany projekt będzie konieczny do wykonania</p>
-----------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>przedmiotu Umowy. W przypadku, gdy Inżynier Kontraktu, w zakresie stwierdzonych w uzasadnieniu do żądania zmiany, niezgodności z wymaganiami opisanymi w dokumentacji przetargowej, stwierdzi konieczność uzupełnienia/modyfikacji ww. projektu lub opracowania nowych projektów, Wykonawca dokona odpowiednich zmian oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu w ramach wynagrodzenia, określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) 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. Wykonawca, na potrzeby swoich opracowań, uwzględni wytyczne dotyczące COR, które Zamawiający dostarczył jako załącznik do SWZ. Każda zmiana zatwierdzonej COR uwzględniającej wytyczne, a mająca wpływ na koszt i czas, uzasadnia odpowiednią zmianę umowy - odpowiednio w zakresie czasu i wynagrodzenia.</p>
<p>IV.</p> <p>art. 16 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. art. 652, art. 647 kc a także art. 353(1); art. 58 § 1 i 2 Kc</p>	<p>§ 5 Obowiązki Wykonawcy</p> <p>ust. 1</p> <p>Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pkt. 12)</p> <p>ponoszenie odpowiedzialności <u>za wszelkie szkody</u> wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i jego okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. <u>W tym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt;</u></p>
	<p>§ 5 Obowiązki Wykonawcy – <u>proponowana zmiana</u></p> <p>ust. 1</p> <p>Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:</p> <p>pkt. 12)</p> <p>ponoszenie odpowiedzialności na zasadach ogólnych za szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i jego okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. Wykonawca, w granicach odpowiedzialności, zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt.</p>
<p>V.</p> <p>art. 16; art. 453 ust.3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 58 § 1 kc,</p>	<p>§ 14 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy</p> <p>ust.10</p> <p>Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w części wynoszącej 30% kwoty ZNWU, o której mowa w § 14 ust. 1 lit. a zostanie zatrzymane dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Ww. część ZNWU Zamawiający <u>zwolni lub zwróci Wykonawcy po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi na przedmiot Umowy w zakresie robót budowlanych.</u></p> <p>ust.11</p>

	<p>Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w części wynoszącej 30% kwoty ZNWU, której mowa w § 14 ust. 1 lit. b zostanie zatrzymane dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Ww. część ZNWU <u>Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań</u> z tytułu gwarancji i rękojmi na przedmiot Umowy w zakresie usługi pięcioletniej pielęgnacji zieleni.</p> <p>§ 14 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy – proponowana zmiana ust.10 Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w części wynoszącej 30% kwoty ZNWU, o której mowa w § 14 ust. 1 lit. a zostanie zatrzymane dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Ww. część ZNWU Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady na przedmiot Umowy w zakresie robót budowlanych.</p> <p>ust.11 Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w części wynoszącej 30% kwoty ZNWU, której mowa w § 14 ust. 1 lit. b zostanie zatrzymane dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji. Ww. część ZNWU Zamawiający zwolni lub zwróci Wykonawcy w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi za wady na przedmiot Umowy w zakresie usługi pięcioletniej pielęgnacji zieleni.</p>
<p>VI.</p> <p>art. 433 pkt. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 651 kc oraz art. 647 kc</p>	<p>§ 1 Przedmiot Umowy</p> <p>ust. 3 Wykonawca jest w posiadaniu kompletu dokumentów, o których mowa ust. 1 oraz 2 powyżej, <u>zapoznał się z nimi szczegółowo i nie wnosi do nich żadnych uwag ani zastrzeżeń, nie budzą one jego wątpliwości, w szczególności potwierdza, że dokumenty te umożliwiają prawidłowe zrealizowanie przedmiotu Umowy.</u> Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową oraz SWZ i nie zgłasza do nich żadnych zastrzeżeń. W przypadku stwierdzenia istnienia braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy wskutek wad Dokumentacji Projektowej lub SWZ Wykonawca zobowiązuje się poinformować o powyższym istnienia braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy Zamawiającego w terminie <u>3 dni roboczych od dnia stwierdzenia, nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robót.</u> Wykonawca zgłaszając Zamawiającemu istnienie braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy, <u>ma obowiązek wskazać proponowany sposób jej usunięcia.</u></p> <p>§ 1 Przedmiot Umowy – proponowana zmiana ust. 3 – skreśla się, lub ewentualnie nadaje następującą treść:</p>

	<p>ust. 3</p> <p>Wykonawca jest w posiadaniu kompletu dokumentów, o których mowa ust. 1 oraz 2 powyżej, i oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową oraz SWZ i nie zgłasza do nich zastrzeżeń. W przypadku natomiast stwierdzenia istnienia braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy wskutek wad Dokumentacji Projektowej lub SWZ Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia wykrycia, poinformować o tym Zamawiającego. Wykonawca zgłaszając Zamawiającemu istnienie braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy, może wskazać proponowany sposób ich usunięcia.</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.

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

UZASADNIENIE

W dniu 04.12.2024 roku zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn: „**Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka na odcinku od ul. Św. Marcina do ul. Królowej Jadwigi wraz ze skrzyżowaniem z ul. Matyi i Wierzbicice w ramach projektu Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka (skrótowa nazwa postępowania: Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka [Poznań]) – postępowanie nr PIM/11/24/Z524/2016-83/2024-380**; poprzez publikację ogłoszenia w Dz.U UE pod numerem S: 236/2024 739227-2024.

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 [pzp] 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 postanowienia umowne ukształtowane, zdaniem Odwołującego w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Ad. I

Ograniczenie Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania z tytułu przedłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia jedynie do zmian skutkujących przedłużeniem terminu, a wynikłych z okoliczności, które Zamawiający wyrządził umyślnie, z jednoczesnym pominięciem prawa do wynagrodzenia.

I.1. [brak możliwości zmiany wynagrodzenia z względu na zmianę terminu realizacji umowy]

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 wskazana tylko w zakresie:

- konieczności zmiany przedmiotu umowy ze względu na wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności (pkt. 2 i 5 § 16 ust.1 umowy),
- zmian technologicznych lub ekonomicznych (pkt. 11 i 22 umowy), zmian sposobu wykonania przedmiotu umowy w zakresie wymagań Zamawiającego (pkt. 16 umowy), wystąpienie osób trzecich z roszczeniami (pkt.17 umowy); indeksacji (pkt.13 umowy); zmian obowiązujących przepisów (pkt. 21 umowy), i ograniczenie zakresu (pkt. 19 umowy).

Natomiast, interpretując treść postanowień umownych łącznie w treścią § 16 ust. 4, pomimo przewidzenia możliwości zmiany wynagrodzenia, intencją jest zmiana wynagrodzenia w rozumieniu nowej ceny za zmieniony/inny zakres robót a nie zmiana wynagrodzenia poprzez jego podwyższenie o uzgodnione koszty pośrednie wynikające z zaistniałych zakłóceń, spowolnień, czy przestojów czyli z tytułu bezproduktywnego niewykonywania robót w okresach zakłócenia czy realizacji w wydłużonym czasookresie, wynikłych z okoliczności za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Powyższą interpretację (ponad treść ust. 4) uzasadnia treść pozostałego katalogu okoliczności, który dotyczy opisanych okoliczności uprawniających do Zmiany umowy ale już tylko w zakresie **zmiany terminu** realizacji umowy, gdzie Zamawiający pominął wynagrodzenie jako element możliwej zmiany tj.:

- **udzielenie przed terminem zakończenia przedmiotu zamówienia podobnego**, zamówień podobnych (pkt. 1 umowy)
- **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)
- **przerwania realizacji zamówienia z powodu przyczyn archeologicznych lub innych niezawinionych przez Wykonawcę** (pkt 9 umowy)
- **wystąpienia niekorzystnych, nieprzewidywalnych, anormalnych warunków atmosferycznych** (pkt. 10 Umowy)
- **zwłoki Zamawiającego w przekazaniu terenu budowy** (pkt.12 umowy)
- **wstrzymanie przez Zamawiającego robót z przyczyn nieależących po stronie Wykonawcy** (pkt. 15umowy)
- **wszczęcie postępowań sądowych lub administracyjnych** (pkt.18 umowy).

Jednocześnie, z treści § 16 ust. 4 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 (§16) okoliczności uzasadniającej zmianę wynagrodzenia w sytuacji gdy zmiana terminu lub terminów realizacji nastąpi z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, to jeszcze ograniczył 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 poprzez dodanie w § 16 ust. 4 ostatniego zdania: „**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.**”

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).

Natomiast Zamawiający na swoją rzecz przewidział szereg okoliczności uprawniających go do naliczenia kar umownych, w tym za niedotrzymanie 4 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 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 **§ 16 ust. 4 Umowy** Zamawiający zawarł zapis o poniższej treści, zawężając w sposób nieuprawniony okolicznościami kontraktu, własną odpowiedzialność tylko do zawinionych 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 i 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.

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 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 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 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 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 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. Warkatko, 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) 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 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 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 § 16 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 art. 455 pzp.”

Ad. II

Naruszenia w zakresie ograniczenia Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania, w związku z umownymi obowiązkami Wykonawcy dotyczącymi Zieleni, ochrony przyrody i pielęgnacji, a będącymi efektem nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia bądź ustawowych obowiązków Zamawiającego.

W § 6 ust. 4 umowy Zamawiający ponownie, umownie wyłączył odpowiedzialności, z wyłączeniem winy umyślnej.

„Terminy nasadzeń powinny być zgodne z wydaną decyzją GDOŚ nr DOOŚ-WDŚZIL.420.3.2021.KM.24 z dnia 16.11.2021 r. (dalej: „Decyzja GDOŚ”), które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w harmonogramie rzeczowo finansowym. **Ograniczenia wynikające z wydanej decyzji GDOŚ nie stanowią podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń terminowych lub finansowych, w tym roszczeń z tytułu nieprzekazania przez Zamawiającego terenu budowy nie nadającego się do realizacji przedmiotu Umowy.** Jeżeli Wykonawca, w związku z realizacją przedmiotu Umowy zgodnie z treścią wydanej Decyzji GDOŚ **ponosi lub może ponieść jakąkolwiek szkodę (w tym w ramach ujemnego interesu umownego) lub wpłynie to na termin wykonania przedmiotu Umowy lub któregośkolwiek z KM Zamawiający nie ponosi z tego tytułu odpowiedzialności. Wyłącza się odpowiedzialność odszkodowawczą Zamawiającego (z wyłączeniem winy umyślnej Zamawiającego)** z tytułu okoliczności wskazanych w niniejszym ustępie.

Na opis przedmiotu zamówienia składa się między innymi zakres zobowiązań i zasady realizacji robót w oparciu i na podstawie załączonej do dokumentacji przetargowej decyzji środowiskowej.

Zgodnie z GDOŚ

Wycinka drzew i krzewów przeprowadzona zostanie od początku września do końca lutego, tj. poza okresem lęgowym ptaków. Prace ziemne oraz inne prace związane

Oczywistym jest, że Wykonawca, realizując przedmiot zamówienia zobowiązany jest stosować warunki wynikające m.in. z wydanych na potrzeby danej realizacji, decyzji administracyjnych. Natomiast niniejsza okoliczność nie oznacza, że Wykonawca jest zobowiązany przejąć wszelkie ryzyka związane z opisem przedmiotu zamówienia będącym w wyłącznej odpowiedzialności Zamawiającego jak i

uzależnione od działań Zamawiającego, skutki niemożności ich spełnienia. W ocenie Wykonawcy treść przytoczonego powyżej zapisu, w sposób nieuprawniony, niewspółmierny, rażący, przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność, za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, naruszając tym samym art. 433 ust. 3 pzp.

W sytuacji, gdy do zawarcia umowy o zamówienie publiczne dojdzie w marcu i później 2025 r., (na co Wykonawca nie ma wpływu) czyli po upływie okresu zezwalającego na wycinkę drzew – zgodnie z decyzją środowiskową, a przedmiotowa wycinka drzew uniemożliwiłaby realizację nawet części robót ale z wpływem na ścieżkę krytyczną, wówczas wszelkie ryzyka skutkujące stratą finansową obciążają Wykonawcę tj. kary za niedotrzymanie terminów kamieni milowych, finalnie i terminu zakończenia przedmiotu umowy, możliwe że i zmaterializuje się przesłanka uprawniająca Zamawiającego do odstąpienia od umowy np. 21 dniowa zwłoka względem któregośkolwiek Kamienia Milowego, czy osiągnięcie limitu Kar umownych) i to z powodu okoliczności za które odpowiada Zamawiający tj. przekazanie Wykonawcy przez Zamawiającego terenu budowy nienadającego się do realizacji robót w wyznaczony przez Zamawiającego terminie umownych – czyli świadczenie staje się niemożliwym do spełnienia w zakresie wyznaczonych, umownych ram terminowych. Warunki zawarte w decyzji środowiskowej stanowią opis przedmiotu zamówienia czyli wyłączną odpowiedzialność Zamawiającego, tak jak i obowiązek przekazania terenu budowy, czy takie uregulowanie postanowień umownych w tym w zakresie czasu na realizację, by świadczenie – tj. wykonanie przedmiotu umowy, było możliwe do spełnienia.

Natomiast zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja w § 6 ust. 5 umowy, wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego w zakresie jakichkolwiek roszczeń finansowych lub terminowych, w tym roszczeń z tytułu nieprzekazania przez Zamawiającego terenu budowy nie nadającego się do realizacji przedmiotu umowy tj. zwolnienia się z odpowiedzialności w zakresie w której Zamawiający jest wyłącznie odpowiedzialny stanowi rażące naruszenie art. 433 ust. 3 pzp, nadrzędnych zasad ustawy pzp jak i art. 647 kc – gdzie podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie terenu budowy umożliwiającego realizację zobowiązań umownych.

Inaczej mówiąc, Zamawiający (wg. postanowień obecnie obowiązujących w umowie) będzie mógł naliczyć Wykonawcy karę umowną za niedotrzymanie każdego z 4 kamieni Milowych jak i terminu końcowego, w sytuacji, w której to z winy Zamawiającego Wykonawca nie może zrealizować przedmiotu umowy w terminie. Sytuacja taka w ocenie Wykonawcy stanowi przykład postanowień kształtujących sytuację stron w sposób rażąco nieproporcjonalny, przenosząc na Wykonawcę wszelkie ryzyka. Dlatego też, w ocenie Wykonawcy, zasadnym jest, aby Zamawiający wykreślił umowne postanowienia przenoszące w całości ryzyko na Wykonawcę i wprowadził stosowne postanowienia do projektu umowy, które będą gwarantowały Wykonawcy możliwość przedłużenia terminu lub terminów realizacji w sytuacji gdy przedłużenie wynika z okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający jak i odpowiednią z tego tytułu, zmianę wynagrodzenia.

Wykonawca ponadto wnosi o usunięcie w całości treści § 6 ust. 5 i ust.6 ze względu na przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności za które odpowiedzialny jest Zamawiający jak również niewspółmierne obciążenie ryzykiem a także niezachowaniem równowagi stron umowy, „Wykonawca ponosi na zasadzie ryzyka pełną odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy spowodowane następującymi okolicznościami:

- 1) stwierdzeniem występowania na terenie budowy siedlisk, gniazd, mrowisk, nor, legowisk, żeremi, tam, tarlisk, zimowisk lub innych schronień dziko występujących zwierząt, należących do gatunków objętych ochroną ścisłą oraz częściową,
- 2) koniecznością uzyskania w toku realizacji przedmiotu Umowy zezwolenia na odstępstwo od zakazu płoszenia zwierząt łownych o którym mowa w art. 9a ust. 1 ustawy Prawo łowieckie,
- 3) koniecznością uzyskania w toku realizacji przedmiotu Umowy zezwolenia, o którym mowa w art. 83a ustawy o ochronie przyrody,
- 4) koniecznością uzyskania decyzji administracyjnej na podstawie art. 83 ust. 1, art. 83a ust. 1, art. 83c ust. 1, 3 i 5, art. 83d ust. 1, 3 i 4, art. 86 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t.j. - Dz.U. 2023 poz. 1336 ze zm.), w związku z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. - Dz.U. 2024 poz. 54) skutkującą koniecznością wykonania kompensacji przyrodniczej wskazanej w przedmiotowej decyzji”.

§ 6 ust. 6 umowy: Zamawiający, na podstawie art. 473 § 1 k.c. wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego za wszelkie szkody poniesione przez Wykonawcę związane z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w ust. 5 powyżej, w tym za poniesioną przez Wykonawcę szkodę w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu Umowy związaną z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w ust. 5 powyżej. Wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego obejmuje stratę (*damnum emergens*) i utracone korzyści (*lucrum cessans*) oraz odpowiedzialność Zamawiającego względem Wykonawcy tytułem kosztów pośrednich.

Zamawiający przenosi m.in. na Wykonawcę obowiązek uzyskania (ust. 5 pkt. 3) w toku realizacji przedmiotu Umowy zezwolenia, o którym mowa w art. 83a ustawy o ochronie przyrody tj. pozyskania zezwolenia na wycinkę drzew – Wycinka drzew na przedmiotowe zadanie została usankcjonowana postanowieniami decyzji ZRID. Zlecenie dodatkowego zakresu drzew do wycinki, nie objętego decyzją ZRID, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia stanowi dodatkowy zakres robót do wykonania jak i pozyskanie na ten dodatkowy zakres zezwolenia w formie decyzji zezwalającej na wycinkę drzew, **nieobjętych podstawowym przedmiotem zamówienia**. Ponadto w tym zakresie dodatkowym, zgodnie z ust. 6 Zamawiający zwalnia się z odpowiedzialności, a wykonawca zobowiązany jest na zasadzie ryzyka pozyskać taką decyzję, pozbawiając się z tego tytułu zapłaty zarówno za wykonanie czynności jak i za czas, jaki jest niezbędny do wykonania zobowiązania, w tym także za czas jaki wpłynie na realizację zamówienia podstawowego, jednocześnie przyjmując obciążenie Wykonawcy karami

umownymi za niedotrzymanie terminów kamieni milowych czy terminu zakończenia zakresu podstawowego. Przedmiotowe zapisy stanowią rażące nadużycie praw podmiotowych przez Zamawiającego, zmierzające do rażącego pokrzywdzenia Wykonawcy i to w sytuacji wystąpienia okoliczności za które odpowiada wyłącznie Zamawiający. Jeżeli zaistnieje potrzeba przeprowadzenia dodatkowych wycinek i pozyskania w tym zakresie dodatkowego zezwolenia w trybie art. 83a ustawy o ochronie przyrody, nieuwjętych w decyzji ZRID to z dużą dozą prawdopodobieństwa będziemy mieć do czynienia z błędem w dokumentach Zamawiającego, które na podstawie obecnych postanowień umowy, Wykonawca na wyłączne ryzyko własne ma pozyskać, ponosząc wszystkie konsekwencje związane z nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy podstawowej.

Tożsame argumenty dotyczą pozostałych obowiązków przeniesionych na zasadzie ryzyka na Wykonawcę w § 6 ust. 5 Umowy tj. obowiązku wykonania dodatkowej kompensaty, ale w zakresie wykraczającym poza zakres podstawowy przedmiotu umowy, stwierdzeniem występowania na terenie budowy gatunków objętych ochroną, czy pozyskania zezwolenia w trybie art. 9a ust. 1 Prawo łowieckie – na odstępstwo od zakazu płoszenia zwierząt łownych.

W konsekwencji wykonawca wnosi o usunięcie spornych zapisów umownych tj. § 6 ust. 5 jak i ust. 6., celem przywrócenia zgodnej z przepisami pzp równowagi stron. W zakresie wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego, na podstawie art. 473 ust. 1 kc, Wykonawca uważa, iż takie postanowienie – ust. 6 umowy - na gruncie art. 433 pkt. 3 jest nieważne. Kodeks cywilny jest stosowany w zakresie, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Art. 433 pkt. 3 ustawy pzp wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Wyłączna odpowiedzialność nie ogranicza się z kolei tylko do winy umyślnej, stąd tego rodzaju ograniczenie odpowiedzialności w trybie art. 473 § 1 kc jest sprzeczne z art. 433 ust. 3 pzp, a tym samym nieważne – szerzej pkt. I.2 powyżej.

Ad. III

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

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 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. 8 projektowanych postanowień Umowny: Wykonawca oświadcza, iż uwzględnił w ofercie **ryzyko terminowe i kosztowe zmian czasowej organizacji ruchu (COR)** i będzie realizował obowiązek, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 22-23 **bez względu na ilość zmian** czasowej organizacji ruchu **w trakcie realizacji przedmiotu Umowy**.*

w zw. z § 5 ust. 1 Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności:

*pkt. 2) **sporządzenie, uzgodnienie z jednostkami miejskimi** (ZDM Poznań, ZTM Poznań, spółka Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., Miejski Inżynier Ruchu, Policja i inne) oraz **uzyskanie decyzji Miejskiego Inżyniera Ruchu dla 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 zakresie wskazanym w § 5 ust. 1 pkt. 22-26 Umowy;*

*pkt. 22) **przygotowanie oraz 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: **zaprojektowanie COR, uzgodnienie z właściwymi organami, 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 oraz zatwierdzenia Miejskiego Inżyniera Ruchu i to w ramach wynagrodzenia**, określonego w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. a) 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. **Wykonawca, na potrzeby swoich opracowań, poglądowo może wspomagać się materiałami które Zamawiający dostarczył jako załącznik do SWZ.***

Zamawiający w zakresie COR przerzucił na Wykonawcę całość ryzyk zarówno na linii czasu jak i kosztu. Powyższe 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 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 – określa wytyczne jakie winna uwzględniać COR, natomiast nadaje tym wytycznym charakter nie wiążącego opracowania, z którego Wykonawca może ale nie musi skorzystać, by w następstwie, w sposób dowolny wprowadzać nieograniczoną ilość zmian i nieokreślone zakresy tych zmian, na koszt i czas Wykonawcy, przenosząc w pełni całe ryzyko na Wykonawcę. Za zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i utrzymanie na czas realizacji robot 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 zmiany 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.

Wytyczne dla Projektowania Czasowej Organizacji Ruchu, które Zamawiający dołączył do SWZ winny mieć charakter wiążący, których uwzględnienie w zaprojektowanej przez Wykonawcę COR stanowi granice odpowiedzialności Wykonawcy. Natomiast dalsze oczekiwania, w zakresie wykraczającym ponad OPZ a dotyczące potencjalnych zmian, winny stanowić odpowiedzialność Zamawiającego.

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 i art. 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 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 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.

Ad. IV Odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót

Wykonawca nie może zignorować treści zapisu § 5 ust. 1 pkt. 12, który w sposób automatyczny zobowiązuje Wykonawcę do naprawienia wszelkich wynikłych szkód na własny koszt.

Art. 652 Kc stanowi, że 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 treść § 5 ust. 1 modyfikuje odpowiedzialność Wykonawcy do ponoszenia 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.**

Ta wydawałoby się, niewielka zmiana brzmienia treści postanowienia umownego, zobowiązuje Wykonawcę do naprawienia na własny koszt, **każdej szkody**, wynikłej w trakcie wykonywania robót na terenie budowy, w jego okolicy i wyrządzonej osobom trzecim – wprowadza zasadę automatycznego działania.

Z kolei, zakres odpowiedzialności Wykonawcy za teren budowy jest bardzo szeroki ale i zróżnicowany, natomiast 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 pozostał 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 obarczeniem Wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania.

Stąd Wykonawca wnosi o zmianę treści § 5 ust. 1 pkt. 12)

*„Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności: ponoszenie odpowiedzialności na **zasadach ogólnych** za szkody wynikłe w trakcie wykonywania robót na terenie budowy i przyległej okolicy oraz wyrządzone osobom trzecim. Wykonawca, **w graniach odpowiedzialności**, zobowiązany jest do ich naprawienia na własny koszt”.*

Ad. V Zabezpieczenie należytego wykonania umowy – termin zwrotu

Kwestie związane z możliwością żądania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy zarówno co do formy, wysokości, jak zasad i terminów, regulują bezpośrednio przepisy ustawy pzp (art. 449 – art. 453 pzp).

Zgodnie z treścią art. 453 pzp:

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.
2. Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia.
3. Kwota, o której mowa w ust. 2, **jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.**

Natomiast Zamawiający w § 14 ust. 10 i ust. 11 uzależnił zwrot zabezpieczenia zatrzymanego dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji od wygaśnięcia wszystkich zobowiązań. W ocenie Wykonawcy zapis jest niezgodny z treścią art. 453 ust. 3 pzp. Ponadto, dokonanie zwrotu lub zwolnienia zabezpieczenia po wygaśnięciu wszystkich zobowiązań, jest dość problematyczne, w zakresie ustalenia faktycznej daty zwrotu – czy usunięcie wszystkich wad zgłoszonych w okresie ochrony gwarancyjnej to jest ten moment, czy może upływ okresów przedawnienia, a w przypadku sporu sądowego – jego zakończenie?

Terminy ustawowe na zwrot poszczególnych części zabezpieczenia nie są terminami przedłużającymi pierwotne terminy roszczeń, których dotyczą. Inaczej rzecz ujmując, jeżeli np. wada fizyczna przedmiotu zamówienia ujawniłaby się po upływie terminu rękojmi, ale nadal w terminie (15 dni), w którym zamawiający dysponowałby częścią zabezpieczenia, to zaspokojenie roszczenia z tej kwoty nie ma podstawy prawnej. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest ściśle powiązane z terminem jej wykonania (oraz ewentualnym terminem rękojmi) i w chwili, gdy kończy się rękojmia/gwarancja, zamawiający nie może się z zabezpieczenia zaspokoić. Celem wprowadzenia terminów na zwrot (odpowiednio 30 i 15 dni) jest z jednej strony danie zamawiającemu czasu na czynności organizacyjne związane z procedurą zwrotu, np. obieg dokumentów finansowo-księgowych związanych z wyksięgowaniem gwarancji, zaś z drugiej – umożliwienie zamawiającemu sporządzenia wezwania do zapłaty dla gwaranta, gdyby nienależyte wykonanie/ ujawnienie wad nastąpiło bezpośrednio przed upływem terminów zabezpieczenia, np. w ostatnim dniu.

Ad.VI Odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej - § 1 ust. 3 umowy

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), treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, winna 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). Stąd w ocenie Odwołującego treść zapisu § 1 ust. 3 stanowiąca swoistego rodzaju oświadczenie Wykonawcy jest wykraczająca poza ramy odpowiedzialności Wykonawcy względem dokumentacji projektowej, którą dostarcza Zamawiający. Zapis umowny w kształcie zaprojektowanym przez Zamawiającego narusza w kilku aspektach granice odpowiedzialności Wykonawcy przenosząc, w sposób nieuprawniony na Wykonawcę ryzyka, które ustawowa winien ponosić Zamawiający, będąc wyłącznie odpowiedzialnym za dokumentację projektową. Zamawiający oczekuje, że z momentem podpisania umowy Wykonawca oświadczy, iż:

1. Szczegółowo zapoznał się z dokumentacją projektową, nie zgłasza do tej dokumentacji żadnych zastrzeżeń, dokumentacja nie budzi żadnych wątpliwości Wykonawcy, jak również dokumentacja umożliwia prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy.

Faktem jest i to również w stanowisku KIO wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 19 listopada 2021 KIO 3260/21 iż „*Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.*”

Faktem jest, iż na gruncie art. 651 Kc, co też zostało wyrażone w stanowisku KIO – wyrok z dnia 4 maja 2022 KIO 1041/22, jak i znakomitej większości orzecznictwa: Wykonawca robót budowlanych musi umieć odczytać projekt z punktu widzenia realizacji robót i nie ma w obowiązku prawnym, na moment podpisania umowy weryfikować rozwiązań projektowych pod kątem ich wystarczalności, poprawności czy braku jakichkolwiek zastrzeżeń, wykazując się przy tym wiedzą z zakresu projektowania. „*Przepis art. 651 KC nie może być odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać*

projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej."

W czasookresie na przygotowanie oferty w postępowaniu przetargowym wykonawca analizuje rozwiązania projektowe, by przygotować rzetelną ofertę i uwzględnić wszelkie koszty adekwatnie do oczekiwanego zakresu, ale ich głównym celem nie jest ukierunkowanie na wyszukiwanie błędów, braków, czy rozbieżności, szczegółowe badanie poprawności czy gruntowna weryfikacja kompletności, w tym szczegółowa analiza przyjętych rozwiązań projektowych, głównie ze względu na czas jakim Wykonawca dysponuje na przygotowanie oferty, ale i brak obowiązku posiadania wykwalifikowanej kadry projektowej. Wszelkie dostrzeżone braki i błędy, z punktu widzenia wiedzy wykonawczej są przez oferentów zgłaszane w formie odwołań i/lub poprzez zadawane pytania wyjaśniające do SWZ, ale to nie oznacza kompleksowości weryfikacji, by móc składać oświadczenia o zaproponowanej przez Zamawiającego treści, bez pokrycia. W trakcie procedury przetargowej, od momentu ogłoszenia zamówienia do momentu złożenia oferty Wykonawca nie jest zobowiązany do szczegółowej analizy dokumentacji projektowej w zakresie oczekiwanym oświadczeniem z § 1 ust. 3 Umowy. Ponadto, Zamawiający może zlecić szczegółową analizę i weryfikację rozwiązań projektowych ale w ramach odrębnie płatnej usługi.

Stąd, w ocenie Wykonawcy, oczekiwanie przez Zamawiającego złożenia oświadczenia o treści z § 1 ust. 3 umowy, na moment jej podpisania, jest wykraczające poza zobowiązanie Wykonawcy wynikające z istoty i natury stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane, z treści art. 651 kc oraz wpisuje się w treść art. 433 ust. 3 pzp, bowiem przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Takiej treści oświadczenia o poprawności, wystarczalności, braku jakichkolwiek zastrzeżeń, w dostarczonej dokumentacji projektowej, na kanwie treści art. 99 ust 1 pzp powinien składać oferentom, Zamawiający.

2. W przypadku wykrycia błędów, braków czy rozbieżności w dokumentacji, wykonawca zobowiązuje się poinformować o tym fakcie w terminie **3 dni od dnia stwierdzenia, nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robot.**

Jakkolwiek, Zamawiający dopuszcza możliwość zgłaszania błędów w dokumentacji, pomimo oczekiwanej od Wykonawcy treści oświadczenia co do braku zastrzeżeń, to jednak warunkuje fakt zgłoszenia dwoma zdarzeniami, po pierwsze 3 dniowym terminem a po wtóre **nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robot.** Wprowadzanie tego rodzaju ograniczeń jest w ocenie Wykonawcy bezcelowe, bezprzedmiotowe i niezgodne z istotą i naturą stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane, z treścią art. 651 kc oraz

wpisuje się w treść art. 433 ust. 3 pzp, bowiem przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Zgłoszenie winno być dokonane nie później niż przed przystąpieniem do realizacji danego elementu robot. Gro błędów, braków czy rozbieżności wynika z nieuwzględnienia w przyjętych rozwiązaniach projektowych stanu z natury, które często są wykrywane dopiero w momencie przystąpienia do realizacji robót. Przykładowo błędy w danych odniesienia, tyczenie danego elementu robót dopiero uwidacznia błędne założenia przyjęte w dokumentacji projektowej. Brak skoordynowania rozwiązań projektowych różnych branż umożliwia wykrycie błędu projektowego przez Wykonawcę, dopiero na etapie zrealizowania części robót. To samo dotyczy niezidentyfikowanych kolizji, istniejącej infrastruktury podziemnej, zaobserwowanych w trakcie trwania robót, odmiennych warunków gruntowych i dopiero na tej podstawie powzięcie wiedzy o błędach projektowych, które np. nie uwzględniają odwodnienia terenu.

3. Zgłaszając istnienie błędu, braku czy rozbieżności (3 dni od wykrycia) Wykonawca ma obowiązek wskazać proponowany sposób jego usunięcia.

Zawarte w treści § 1 ust. 3 zobowiązanie Wykonawcy powiadomienia o błędzie w terminie 3 dni od wykrycia łącznie ze wskazaniem proponowanego sposobu usunięcia błędu, braku lub rozbieżności projektowej stanowi nieuprawnione przeniesienie odpowiedzialności.

Zobowiązanie Wykonawcy do przedstawienia rozwiązania wykrytego błędu w dokumentacji projektowej w ogóle, jak i w terminie 3 dni od wykrycia, jest bezzasadne jak i przede wszystkim, przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności (błędy projektowe), za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zamawiający zapewnia na przedmiotowej inwestycji nadzór autorski, w którego obowiązku winna być analiza i propozycja rozwiązań projektowych jak i ich akceptacja. Ponadto zaproponowanie rozwiązania uwarunkowane jest stopniem złożoności błędu, jego charakterem, zakresem i istotą problemu. Częstokroć Wykonawca robót budowlanych nie będzie dysponował adekwatną kadrą, by w 3 dni od wykrycia błędu przedłożyć Zamawiającemu propozycję jego usunięcia. Natomiast, co istotne, za dokumentację projektową odpowiada Zamawiający i w przypadku poinformowania Zamawiającego o błędzie, braku, rozbieżności w obowiązku Zamawiającego jest wskazanie Wykonawcy rozwiązań, które ze względu na istotę, naturę błędu będą miały różne podłoże, konstrukcje prawne i skutki. Obowiązkiem Wykonawcy wynikającym wprost z treści art. 651 Kc jest niezwłoczne poinformowanie.

Podsumowując, treść § 1 ust. 3 projektowanego postanowienia umownego narusza istotę i naturę stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o roboty budowlane, treść art. 651 kc definiującego granice odpowiedzialności oraz wpisuje się w treść art. 433 ust. 3 pzp, bowiem

przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, zarówno w zakresie deklaracji Wykonawcy co do treści dokumentacji projektowej, zawartych w treści § 1 ust. 3 umowy, możliwości zgłoszenia nieprawidłowości – przed przystąpieniem do realizacji, jak i zobowiązania do przedłożenia w terminie 3 dni rozwiązań.

„Z art. 651 KC nie wynika, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Obowiązek wykonawcy określony w tym przepisie należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożności realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego” tak Sąd Najwyższy- Izba Cywilna wyrok z dnia 15.12.2021 r., V CSKP 105/21

Stąd w ocenie Wykonawcy treść § 1 ust. 3 winna zostać wykreślona, lub zastąpiona zaproponowaną treścią:

*§ 1 ust. 3: Wykonawca jest w posiadaniu kompletu dokumentów, o których mowa ust. 1 oraz 2 powyżej, i oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową oraz SWZ i nie zgłasza do nich zastrzeżeń. W przypadku natomiast stwierdzenia istnienia braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy wskutek wad Dokumentacji Projektowej lub SWZ Wykonawca **zobowiązany jest niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od dnia wykrycia, poinformować o tym Zamawiającego**. Wykonawca zgłaszając Zamawiającemu istnienie braku, błędu czy rozbieżności uniemożliwiających realizację przedmiotu Umowy, **może** wskazać proponowany sposób ich usunięcia.*

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.