

WYROK

Warszawa, 13 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 lutego 2025 r. przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze, przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- a) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
- b) STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1.2., 1.4., 1.5., 1.6., 2.5., 2.7., 7.1., 7.2., 7.3., 8.2. odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2.1., 2.2., 2.6., 5.2., 5.3., 6.1., 6.2. i nakazuje zamawiającemu zmianę projektowanych postanowień umowy oraz karty gwarancyjnej do stanu zgodnego z obowiązującymi przepisami, gwarantującymi równowagę stron umowy.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża: w 2/3 wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz w 1/3 zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 1 035 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzydzieści pięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze, tytułem dojazdu na rozprawę,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze kwotę 690 zł 00 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.
 - 4.3. zasądza od zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze na rzecz wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 6 667 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dziedziny obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na podstawie art. 410 ust. 1 w zw. z art. 411 ustawy Pzp, pn. *„Roboty budowlane związane z budową budynku przeznaczonego do obsługi SSOROWR, budowę obiektów pomocniczych i drogi dojazdowej oraz zagospodarowanie terenu w OC Wyciążkowo”*.

24 lutego 2025 roku, wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: kc), art. 652 kc, art. 353(1) kc, art. 58 § 1 i 2 kc, 5 kc, 471 kc, w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 ust. 1)- 3) Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 103 ust 1 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 239 ust. 1 Pzp, art. 431 Pzp, art. 433 pkt 1-4 Pzp art. 436 pkt 2 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kc oraz pzp, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, 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 tym projektowanych postanowień umownych w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, odwołujący będzie zmuszony zaniechać złożenia oferty i zostanie pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Nieuwzględnienie odwołania może także skutkować tym, że złożona przez odwołującego oferta nie będzie mogła skutecznie konkurować z innymi ofertami, z uwagi na naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, co także narusza interes odwołującego. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy Pzp, 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.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

1. Zarzut dot. nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia (zarzut 1 odwołania)

Odwołujący zwraca uwagę, iż niniejsze postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych. Dokumentację projektową dla tych robót powinien dostarczyć Zamawiający. Wynika to z formuły zamówienia przyjętej przez Zamawiającego. Co za tym idzie, zgodnie

z przepisem art. 103 ust. 1 Ustawy Pzp, zamówienie na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednocześnie, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (przepis art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp). Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i precyzyjny, tak aby umożliwić Wykonawcom przygotowanie ofert w oparciu o jasne i przejrzyste kryteria. 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 przez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. 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. Wreszcie wykonawca nie może ponosić konsekwencji nienależytego i niejednoznacznego określenia oczekiwań zamawiającego

w treści dokumentacji przetargowej w jakimkolwiek zakresie. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r. I ACa 266/19: „Konsekwencje zaniechania sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymogom art. 29 ust. 1 p.z.p. [obecnie art. 99 ust. 1 pzp – przypis autora odwołania] nie mogą być następczo przerzucane na wykonawcę”. A takie ryzyko istnieje, jeśli postanowienia zostają w taki sposób sformułowane.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekuje od oferentów uwzględniania w swoich ofertach m.in.: wycinki drzew kolidujących z planowaną inwestycją, wymogów Agencji Uzbrojenia, 19 Samodzielnego Oddziału Geoprzestrzennego w Lesznie oraz dostawy sprzętu wojskowego (SpW), które stanowią kluczowy fundament skutecznego wdrożenia założeń projektowych, robót ziemnych, robót rozbiórkowych, organizacji terenu budowy wynikającego z faktu, że podczas realizacji kontraktu na terenie budowy inny wskazany przez Zamawiającego podmiot będzie realizował prace, koordynacji robót wykonywanych przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawarł odrębną umowę na wykonanie robót nieobjętych przedmiotem Umowy.

Jednocześnie Zamawiający zaniechał przedstawienia dokumentów niezbędnych do wyceny wyżej wymienionych zobowiązań, w tym szczególności, Zamawiający zaniechał precyzyjnego opisu ww. zobowiązań, a nadto nie udostępnił oferentom dokumentów, które mogłyby taki szczegółowy opis zawierać. Zamawiający nie udostępnił oferentom:

- decyzji zezwalającej na wycinkę drzew kolidujących z inwestycją lub inwentaryzacji tych drzew,
- wymogów Agencji Uzbrojenia, 19 Samodzielnego Oddziału Geoprzestrzennego w Lesznie oraz dostawy sprzętu wojskowego (SpW), które stanowią kluczowy fundament skutecznego wdrożenia założeń projektowych,
- inwentaryzacji infrastruktury podziemnej,
- mapy z zaznaczonymi przekrojami geologicznymi,
- dokumentacji / inwentaryzacji dotyczącej obiektów do rozbiórek,
- opisu lub szczegółów dot. organizacji terenu budowy wynikającego z faktu, że podczas realizacji kontraktu na terenie

budowy inny wskazany przez Zamawiającego podmiot będzie realizował prace,

- opisu lub wyjaśnienia na czym miałyby polegać koordynacja robót wykonywanych przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawarł odrębną umowę na wykonanie robót nieobjętych przedmiotem Umowy.

Mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidziany Umową, oraz ww. oczekiwania Zamawiającego co do ofert oferentów z oczywistych względów wskazane powyżej zaniechania Zamawiającego naruszają zasady wynikające z kc i pzp z przyczyn opisanych powyżej, w tym w szczególności, obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący, obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także obowiązek przygotowania

i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert.

Żaden wykonawca nie jest w stanie choćby w przybliżeniu stwierdzić, jakie roboty, obowiązki i ryzyka winny być uwzględnione w ofercie. Dlatego właśnie, przez brak tego koniecznego wspólnego mianownika dla wykonawców, nie będą oni w stanie sporządzić ofert, które da się porównać. Każdy wykonawca może przyjąć inne założenia, każdy może przyjąć inną marżę wynagrodzenia od poszczególnych świadczeń, nie ma choćby jednego pewnego elementu, na podstawie którego wykonawcy mogliby oszacować ten zakres prac, zarówno pod względem kadry, jak i czasu, wreszcie także w zakresie kosztów, które by się z takimi zobowiązaniami wiązały.

Z tych przyczyn Odwołujący wniósł o nakazanie udostępnienia oferentom brakujący dokumentów i informacji oraz o zmiany w § 1. Ust 10 pkt 4 i §9 ust 10 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

2. Zarzut dot. zakresu zobowiązań dot. usuwania wad i odpowiedzialności za teren budowy (zarzut 2 odwołania).

Zamawiający w szeregu postanowień Umowy przerzucił na wykonawcę ryzyka, a także określił obowiązki wykonawcy w sposób zbyt daleko idący i dolegliwy, co w prawidłowych

i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występuje. Takie uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków narusza art. 16 i 431 PZP, który stanowi, że Zamawiający

i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Za E.W. (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 431.

<https://sip.lex.pl/#/commentary/587871317/668757/gawronska-baranandrzelai-in-prawo>

-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS (dostęp: 2022-01-06 17:01) cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających

w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych.

W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego –

w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach

o udzielenie zamówienia publicznego (Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624)”. Zdaniem tych samych autorów „Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie,

że współdziałanie stron w trakcie umowy będzie lepsze, gdy postanowienia umowy będą je umożliwiać”.

Zdaniem J. Jerzykowskiego przepis ten (art. 431 PZP) jawi się jako przepis w istocie powtarzający postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Dla przypomnienia – wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Postrzeganie art. 431 p.z.p. jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyeksponowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w

zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę)." Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego, że art. 431 PZP ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron. W związku z tym należy uznać, iż konstruowanie postanowień w sposób wskazany w tym odwołaniu jest sprzeczne zarówno z art. 16 PZP, jak i art. 431 PZP

(J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 431. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587860010/657450/dzierzanowskiwlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp: 2022-01-06 17:06)).

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.).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekuje, iż wykonawca będzie usuwał wszelkie wady przedmiotu Umowy i to niezależnie od przyczyn powstania tych wad. Jedyne ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy w tym zakresie wydaje się być zawarte w §5 ust 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy, który sugeruje, że odpowiedzialność ta nie będzie dotyczyła sytuacji, w których użytkowanie obiektu i sieci było niewłaściwe. Dodatkowo Zamawiający na wprost wskazuje, że: prace wykonane przez innego wykonawcę Zamawiającego (Dostawcę Sprzętu) nie będą miały wpływu na gwarancję dotyczącą wykonywanych robót budowlanych oraz, że wszelkie działania Dostawcy nie będą stanowiły podstawy do wyłączenia ani ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za jakość i trwałość zrealizowanych prac budowlanych, rodzaj usterek objętych gwarancją obejmuje w szczególności utratę parametrów technicznych urządzeń technologicznych, sprzętu, armatury itp., oraz uszkodzenia urządzeń wrażliwych na skutek przepięć, wyładowań atmosferycznych, itp.

Tym samym Zamawiający ukształtował odpowiedzialność wykonawcy za wady, w taki sposób, że odpowiedzialność ta obejmuje okoliczności niezależne od niego, takie jak: błędy, rozbieżności i nieścisłości w Dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego, nieprecyzyjne wymagania w dokumentach przetargowych, zmiany przepisów prawa, norm technicznych, wiedzy i praktyk w trakcie lub po realizacji umowy, niezgodności wynikające z działań lub zaniechań osób trzecich, za które Wykonawca nie odpowiada, działania bądź zaniechania Zamawiającego lub osób trzecich, naturalne zużycie elementów robót (oczywistym jest przecież, że wraz z upływem czasu pewne elementy mogą tracić swoje pierwotne właściwości i prowadzić do utraty parametrów technicznych, co nie wynika z wadliwego ich wykonania lecz z właściwości takich rzeczy), a nawet siłę wyższą (tutaj Zamawiający na wprost wskazał, iż wady powstałe wskutek wyładowań atmosferycznych, a więc okoliczność, która stanowi siłę wyższą są objęte gwarancją).

Dodatkowo Zamawiający oczekuje od wykonawcy, że będzie on chronił teren budowy od kradzieży, pożaru, zachowania pierwotnego stanu technicznego otoczenia powstania zagrożenia dla ludzi i zwierząt oraz środowiska naturalnego w rejonie wykonywania przez Wykonawcę robót oraz że obowiązki te w zakresie kosztów usunięcia negatywnych skutków obciążają wyłącznie wykonawcę.

W ocenie Odwołującego tak ukształtowane postanowienia umowne stanowią naruszenie: art. 433 pkt 3 Pzp albowiem skutkuje ono przeniesieniem na Wykonawcę bliżej nieokreślonego i nieuzasadnionego ryzyka finansowego i organizacyjnego związanego z przewidzeniem ryzyka związanego np. z nienależytym wykonywaniem zobowiązań przez projektanta czy też osób trzecich za które wykonawca nie odpowiada, oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp albowiem skutkuje ono brakiem możliwości przygotowania przez oferentów porównywalnych ofert z uwagi na brak wspólnych założeń oraz trudność w przewidzeniu konsekwencji przedmiotowego zobowiązania.

Jednak najbardziej jaskrawym przykładem powyższych zarzutów są postanowienia OPZ w Pkt 2 WARUNK REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA podpunkt 2.37. Na podstawie ww. postanowienia OPZ Zamawiający przypisuje wykonawcy odpowiedzialność za niezidentyfikowane ryzyka związane z istniejącą infrastrukturą zewnętrzną oraz za ewentualne nieprawidłowości w opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Ponadto wobec braku pełnej informacji w ww. zakresie i jednoczesnego zobowiązania wykonawcy do pokrycia wszelkich kosztów związanych z ww. zdarzeniami niepewnymi, brak jest możliwości sporządzenia przez oferentów konkurencyjnych i rzetelnych ofert.

Zdaniem Odwołującego takie nieprecyzyjne zapisy naruszają art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 103 ust 1 Pzp albowiem nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wycenę.

Takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego (a więc zarówno niedopuszczalne ryzyka, jak i nieprecyzyjny OPZ, a także sprzeczne postanowienia SWZ) przekracza dopuszczalną swobodę kontraktowania (art. 5 oraz art. 353(1) k.c.), gdyż wypacza istotę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej z ekwiwalentnymi świadczeniami jej stron (art. 647 k.c.). W ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprowadzić rozszerzyć zakres odpowiedzialności jednej z nich o ryzyka standardowo nie objęte tą odpowiedzialnością, ale jedynie w granicach określonych w art. 353(1) k.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku prawnego nie może być sprzeczny właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Natomiast zaskarżone postanowienia Umowy modyfikują zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także jest sprzeczne z art. 99 ust. 1 i 4 pzp, gdyż zwalnia Zamawiającego z ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, wskazane w pkt 2 zarzutów odwołania postanowienia Umowy naruszają zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp, albowiem nałożenie na wykonawcę tak rygorystycznych wymagań jest nieuzasadnione, nadmierne

i nieproporcjonalne, tym bardziej, że w świetle obowiązującego prawa (i zapewne w świetle zawartych przez Zamawiającego umów) Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia naprawienia szkody powstałej z powodu wady bezpośrednio od sprawcy (tu np. projektanta czy też przywołanego przez Zamawiającego Dostawcę Sprzętu).

Podkreślenia wymaga fakt, iż nawet polisy ubezpieczeniowe (a co za tym idzie odpowiedzialność ubezpieczyciela) nie obejmuje swoim zakresem tak szerokiego spektrum ryzyka, a obowiązujące przepisy i doktryna wyłączają z zakresu odpowiedzialności wykonawcy okoliczności, które na wprost zostały wskazane przez Zamawiającego jako objęte gwarancją (np. wyładowania atmosferyczne).

Odnosząc się bardziej szczegółowo do §9 Ust 8 Umowy, zgodnie z ogólnymi zasadami (kodeks cywilny) wykonawca odpowiada za teren budowy, w tym za bezpieczeństwo na podstawie art. 652 kc. Zgodnie z art. 652 kc jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Tej odpowiedzialności wykonawca nie neguje. Wynikający z tego przepisu 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 samostnej podstawy takiej odpowiedzialności; konieczne jest wykazanie przesłanek z art. 415 i n. KC lub art. 471 KC. Dlatego w odniesieniu do §9 Ust 8 Umowy postulowana jest zmiana, aby ta odpowiedzialność odpowiadała i odnosiła się do kodeksowych zasad ogólnych. Nie ma powodu, dla których odpowiedzialność wykonawcy miałaby być szersza.

Dlatego zaskarżone postanowienia, o których mowa w pkt 2 Zarzutów odwołania są nadmiernie i nieproporcjonalnie rozkładają obowiązki umowne, a co za tym idzie nakładają ryzyka na wykonawcę. Postanowienia te przypisują wykonawcy wyłączną odpowiedzialność za wszelkie szkody/szkody i zobowiązania wykonawcy do ich naprawiania, niezależnie od tego czy szkoda/wada powstała z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie ma powodu, dla których odpowiedzialność wykonawcy miałaby być aż tak szeroka, aby obejmować wady spowodowane przez osoby trzecie (np. rzeczonoego Dostawcę Sprzętu) albowiem Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia naprawienia szkody bezpośrednio od tych uczestników procesu budowlanego lub osób trzecich, którzy doprowadzili do powstania szkody/wady. Dlatego zaskarżone postanowienie stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy obowiązkami i ryzykami umownymi.

Z tego względu Odwołujący postuluje zmianę § 1. Ust 7 pkt 6 Umowy, §6 Ust 15 Umowy Pkt 1.5.1 dział pkt 1.5.2 (Zakres zamówienia) lit. A pkt 2) OPZ, Pkt 2 WARUNKI REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA podpunkt 2.37 OP Ust 17 Umowy, §9 Ust 8 Umowy, §5 ust 1 i 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

3. Zarzut dot. uzależnienia rozliczenia robót od przekazania obiektu osobie trzeciej.

Odnosząc się zaś do zarzutu dot. uzależnienia rozliczenia robót od przekazania obiektu osobie trzeciej, to w ocenie Odwołującego takie ukształtowanie postanowień Umowy godzi w zasadę wynikającą z Art. 353 [1] k.c. – tj. zasada swobody umów, która wymaga, aby treść lub cel umowy nie sprzeciwiała się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Uzależnienie rozliczenia od

przekazania obiektu osobie trzeciej, która nie jest stroną umowy jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, ponieważ wprowadza dodatkowy warunek, który nie wynika z umowy zawartej między stronami i pozostaje poza kontrolą wykonawcy. Odwołujący wskazuje, iż warunek przekazania obiektu administratorowi może być niewykonalny z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Administrator, jako osoba trzecia, może odmówić przyjęcia obiektu z różnych powodów i to bez żadnych konsekwencji, co uniemożliwi Wykonawcy uzyskanie należnego wynagrodzenia za wykonane roboty. Taka sytuacja stawia wykonawcę w niekorzystnej pozycji i narusza zasadę równości stron umowy, a nadto jest sprzeczna z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane albowiem zgodnie z treścią art. 647 kc, „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”. Uzależnienie rozliczenia robót od przekazania obiektu osobie trzeciej jest sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, ponieważ wprowadza dodatkowy warunek, który nie jest przewidziany w przepisach prawa.

Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę § 3. Ust 7 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

4. Zarzut dot. przyjętego mechanizmu rozliczania wynagrodzenia (zarzut 4 odwołania).

Odnosząc się do zarzutów z pkt IV ppkt 1.4 odwołania Odwołujący wskazuje, iż przewidziany w § 3 ust 4 Umowy mechanizm rozliczania płatności przejściowych który przewiduje, iż w 2025 r. i 2026 r. rozliczenie odbywać się będzie do dnia 30 listopada danego roku, jest bardzo niekorzystny dla wykonawców i nie przystaje do realiów rynkowych,

a ponadto zmusza wykonawcę do kredytowania inwestycji, co może mieć wpływ na równe traktowanie wykonawców i pogorszenie ich sytuacji finansowej. W szczególności tak ukształtowany sposób rozliczenia wynagrodzenia spowoduje, iż niektórzy potencjalni oferenci nie będą w stanie przystąpić do realizacji inwestycji z uwagi na przewidziany w umowie mechanizm kredytowania inwestycji przez wykonawcę. Ponadto nawet jeśli potencjalni wykonawcy zgodzą się na kilkumiesięczny okres rozliczeniowy to w efekcie prowadzi to także do wzrostu ceny oferty, gdyż wykonawcy będą musieli te koszty kredytowania Zamawiającego doliczyć do oferty. Tak ukształtowane postanowienie Umowy godzi w zasady równego traktowania i proporcjonalności wynikające art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę § 3. Ust 4 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

5. Zarzut dot. bezusterkowego odbioru (zarzut 5 odwołania).

Zamawiający w Umowie zastosował postanowienia, które są niejednoznaczne i mogą prowadzić do tzw. „bezusterkowego” odbioru.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do przerwania czynności odbiorowych w przypadku stwierdzenia, że roboty nie zostały ukończone zgodnie z opisem wskazanym w przedmiocie umowy i uniemożliwiają właściwą eksploatację obiektu zgodnie

z jego przeznaczeniem (§ 10 ust. 7 Umowy). Niemniej jednak Zamawiający nie doprecyzował czy jest to jedyny przypadek, w którym Zamawiający może z takiego prawa skorzystać.

Co więcej w Umowie Zamawiający na wprost zastrzegł sobie prawo do możliwości odrzucenia, zawiadomienia Wykonawcy o gotowości robót do odbioru końcowego, jeżeli Zamawiający według własnego uznania stwierdzi, nie zostały one wykonane i/lub zakończone zgodnie

z zawartą umową i nie dostarczono kompletu dokumentów zgodnie z zapisami Umowy (§ 10 ust. 5 Umowy). Zamawiający jednocześnie nie wskazał jaki rodzaj wad, niezgodności lub uchybień będzie skutkował skorzystaniem z powyższego uprawnienia, a w szczególności Zamawiający nie wskazał w Umowie, że jest on zobowiązany do dokonania odbioru robót

w przypadku stwierdzenia innych wad, które nie mają wpływu na eksploatację robót. Niejednoznaczne pozostaje również uzależnienie przez Zamawiającego rozpoczęcia biegu okresu gwarancji na przedmiot umowy od daty usunięcia wad, bez wskazania, że chodzi jedynie o te wady, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy. Powyższe pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż na etapie zgłoszenia robót do odbioru końcowego, każda niezgodność Umowy (nawet taka, która nie ma wpływu na właściwą eksploatację obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem) może skutkować odmową przestąpienia do odbioru robót,

a co za tym idzie skutkuje bezusterkowym odbiorem robót. Wydaje się, że nie taka była intencja Zamawiającego jednak niejednoznaczność zapisów procedury odbiorowej wymaga w tym zakresie zmiany, aby tę niejednoznaczność usunąć.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, jednym z kluczowych zobowiązań zamawiającego, jest dokonanie odbioru zrealizowanych przez wykonawcę robót budowlanych. Odbiór ten stanowi formalne potwierdzenie zakończenia prac. W praktyce często zdarza się, że na etapie odbioru końcowego pojawiają się spory dotyczące wad. W efekcie w takim przypadku bardzo często inwestorzy odmawiają dokonania odbioru robót, co skutkuje możliwością naliczenia kar

umownych i odmową dokonania pełnej zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Powyższe ma na celu wymuszenie na wykonawcy usunięcia stwierdzonych wad przed odbiorem końcowym. Ta problematyka była przedmiotem wielu analiz w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Aktualna doktryna orzecznicza, niezmiennie potwierdza, że odbiór robót nie może być bezusterkowy. W ocenie Sądów inwestor ma obowiązek przeprowadzenia odbioru końcowego oraz wypłacenia wynagrodzenia dla wykonawcy w przypadku, gdy przedmiot umowy posiada jedynie nieistotne wady bądź usterki, które nie stanowią przeszkody w użytkowaniu robót. Możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego przysługuje inwestorowi dopiero wtedy, gdy stwierdzone zostaną istotne wady tj. takie, które uniemożliwiają użytkowanie robót zgodnie z ich przeznaczeniem, ponieważ tylko w takim przypadku można mówić o niewykonaniu zobowiązania przez wykonawcę. W sytuacjach, gdy występują jedynie wady nieistotne, inwestor ma obowiązek przeprowadzenia odbioru, a do protokołu odbioru może zostać załączony wykaz wad nieistotnych, które wykonawca zobowiązany jest usunąć w ustalonym terminie.

Dodatkowo i niezależnie od powyższego istotne znaczenie ma czas trwania procedury odbiorowej, albowiem determinuje on moment odbioru końcowego robót oraz wystawienia faktury końcowego, co z kolei wpływa na moment przeniesienia władania nad przedmiotem Umowy (a co za tym idzie ma wpływ na koszty związane chociażby z utrzymaniem obiektu, które oferenci powinni uwzględnić w ofercie) oraz moment otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił termin, w którym Zamawiający uprawniony będzie do odrzucenia, zawiadomienia Wykonawcy o gotowości robót do odbioru oraz wskazał termin, w którym powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru robót natomiast nie wskazał jak długo odbiór ten będzie trwał. Tym samym oferenci nie mają wiedzy odnośnie tego jak długo będą trwały odbiory, jak długo ponosić będą koszty związane z utrzymaniem budowy i kadry oraz kiedy będzie możliwe otrzymanie wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót.

Nadto wskazać należy, iż w § 10 ust. 9 Umowy Zamawiający uzależnił odbiór końcowy Robót od czynności, na które Wykonawca nie ma wpływu i które zależne są od woli i czynności osób trzecich tj. od zakończenia postępowania przed właściwym terytorialnie organem nadzoru budowlanego dotyczącego użytkowania obiektu. Wykonawca zwraca uwagę na fakt, iż takie ukształtowanie zasad dotyczących odbioru narusza zasady wynikające kc oraz pzp z kilku powodów. Zgodnie z art. 647 kc, odbiór robót budowlanych jest obowiązkiem zamawiającego i nie może być uzależniony od czynników, na które wykonawca nie ma wpływu. Wymóg zakończenia postępowania przed organem nadzoru budowlanego jest niezależny od działań wykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie może kontrolować terminu odbioru końcowego. Takie postanowienie narusza zasadę swobody umów, która wymaga, aby warunki umowy były realistyczne i wykonalne dla obu stron. Ponadto, zgodnie z pzp, warunki umowy muszą być jasne, przejrzyste i nie mogą stawiać wykonawcy w niekorzystnej sytuacji. Uzależnienie odbioru końcowego od czynności osób trzecich, na które wykonawca nie ma wpływu, może być uznane za naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie postanowienie może prowadzić do nieuzasadnionego przedłużenia terminu realizacji umowy, i to pomimo faktu, że wykonawca wywiąże się ze swoich zobowiązań w terminie co jest sprzeczne z przytoczonymi powyżej zasadami pzp. Dodatkowo, procedura uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu może zostać przerwana lub „zaburzona”

z uwagi na działania innych wykonawców inwestora na terenie budowy np. z uwagi na nieukończenie przez nich robót na dzień odbiorów dokonywanych przez organ nadzoru budowlanego.

Z powyższych rozważań wynika, że projekt umowy przedstawiony przez Zamawiającego jest nieprecyzyjny i narusza art. 647 Kodeksu cywilnego. Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę §6. Ust 1, §10 ust. 4 oraz §10 ust. 9 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

6. Zarzut dot. terminów usuwania wad (zarzut 6 odwołania).

Z oczywistych i praktycznych względów w ocenie Odwołującego wydaje się zasadne i konieczne, aby termin na usunięcie wad lub usterek uwzględniał sytuacje, w których Wykonawca nie ma wpływu na terminową naprawę, np. gdy nie ma dostępnych części, urządzeń, lub gdy dochowanie terminu nie jest możliwe z przyczyn technologicznych (np. proces dojrzewania betonu). W innym wypadku odpowiedzialność Wykonawcy jest zbyt restrykcyjna i obejmuje okoliczności nie tylko niezawinione przez niego, ale w ogóle niezależne od niego lub pozostające poza jego możliwością oddziaływania, w tym uzależnione od osób trzecich lub za siłę wyższą.

Warto także zaznaczyć, że usunięcie fragmentu „(...) jak również w innych przypadkach niecierpiących zwłoki (...)” spowoduje, że nastąpi usunięcie z umowy postanowienia, które opisuje przedmiot umowy, a co za tym idzie obowiązek wykonawcy w sposób nieprecyzyjny. Jak bowiem można przewidzieć, a co za tym idzie wycenić takie ryzyka czy okoliczności nazwane przez Zamawiającego jako „inne przypadki niecierpiące zwłoki”, bez doprecyzowania, jakie są to przypadki (przecież według tego brzmienia mogą to być przypadki całkowicie niezależne od wykonawcy).

Zmiany polegające na uwzględnieniu dłuższych terminów usuwania wad nie wyposażają wykonawcy w nadmierne uprawnienia, nie są jego uprzywilejowaniem, ponieważ nadal jest on zobowiązany do wykonywania umowy zgodnie ze swoim profesjonalizmem – art. 355 § 1 i 2 kc (§ 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w

stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). § 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.).

Powyższe postulaty są przejawem zasady współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy (art. 431 pzp). Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę § 6. Ust 7, 8 i 15 pkt 1 i 4 Umowy, §4 ust 2, 3 i 4 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

7. Zarzut dot. postanowień umowy w zakresie robót dodatkowych, zwiększających (zarzut 7 odwołania).

Postanowienie nakładające obowiązek wykonania przez wykonawcę robót dodatkowych jest postanowieniem sprzecznym z zasadą autonomii stron. Nakłada bowiem na wykonawcę obowiązek wykonania robót nie objętych przedmiotem zamówienia, których zakres (rozmiar) jest wykonawcy nieznan. Wykonawca nie wie, czy będzie miał techniczną możliwość wykonania robót, czy będzie dysponował kadrą niezbędną do wykonania takich robót oraz czy będzie zainteresowany wykonaniem takiego zakresu robót.

Tak ukształtowane postanowienie jest niezgodne z zasadami kc, ponieważ narusza zasadę swobody umów (art. 353 (1) kc: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, w zw. z art. 58 § 1 kc) oraz równowagi kontraktowej stron, zmuszając wykonawcę do realizacji robót, które mogą wykraczać poza pierwotny zakres umowy. Poza tym wykonawca nie wie, czy roboty dodatkowe będą możliwe do wykonania, a to z kolei naraża takie postanowienia na sankcję nieważności z punktu widzenia art. 387 kc (Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

Zamawiający z jednej strony oczekuje gotowości wykonawcy do wykonania robót dodatkowych, a z drugiej strony nakłada na zakres i cenę takich robót dodatkowych ograniczenie. Ograniczenie to wynika z wskazanej rezerwy finansowej. Zdaniem Odwołującego jest to nie tylko niepotrzebny dodatek, ale i nieskuteczny. Albowiem, jeżeli w myśl § 12 ust. 3 Strony po podpisaniu protokołu konieczności przystąpią do negocjacji w sprawie ustalenia ceny, to już w tym momencie mają wiedzę i wpływ na ustalenia ceny.

Co jednak ważniejsze, cena robót dodatkowych (i innych) musi odpowiadać ich wartości i nie może być takiej sytuacji, że faktyczna wartość robót, a co za tym idzie cena i wynagrodzenia należne wykonawcy za ich wykonanie będzie niższa, ograniczona, czy też dostosowana do rzeczzonej rezerwy. Jest to sztuczne ograniczanie rzeczywistej wartości (ceny) robót dodatkowych, zwiększających i zamiennych. Pozostawienie postanowienia

o rezerwie może doprowadzić do sytuacji, w której tempo prac zmniejszy się lub wykonanie przedmiotu umowy przewidzianego tym postępowaniem będzie przerwane, gdyż pomimo niezbędności wykonania robót dodatkowych/ zwiększających/ zamiennych nie będą one mogły być wykonywane z powodu postanowienia o rezerwie. Takie postanowienie jest niezgodne

z zasadami pzp, ponieważ wprowadza jednostronne kryterium oceny zasadności robót dodatkowych, które może być dowolnie interpretowane przez Zamawiającego, co narusza zasadę przejrzystości i równości stron umowy.

W § 12 ust. 8 Umowy Zamawiający przyznał sobie nieprecyzyjne jednostronne (arbitralne) uprawnienie do rezygnacji z wykonywania części (elementów) przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Z kolei zgodnie z Art. 433 pkt 4 ustawy pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”. Tym samym przewidziane w § 12 ust. 8 Umowy uprawnienie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy pzp. Dodatkowo postanowienie

o możliwości ograniczenia zakresu przedmiotu umowy bez ograniczeń (bez limitu) jest postanowieniem naruszającym zasadę równowagi stron i zasadę proporcjonalności. Stawia to wykonawcę w sytuacji, w której, gdy ten zaangażuje środki, wyceni przedmiot zamówienia przygotowuje niezbędną kadrę nagle dowie się o rezygnacji przez zamawiającego z realizacji znaczącej części Zamówienia. Jest to nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy ryzykami, na które nie ma wpływu. Dlatego jest to również przykład naruszenia zasady proporcjonalności.

Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę § 12 ust 3, 4 i 8 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

8. Zarzut dot. wymagań odnoszących się do umów z podwykonawcami, uprawnienia zamawiającego do naliczania kar umownych (zarzut 8 odwołania).

Zaskarżone żądanie zamawiającego z § 13 ust. 4 lit. d) jest nie tylko nieuprawnione, ale również oderwane od realiów gospodarczych i realizacyjnych. Pomija ryzyko gospodarcze wykonawcy (np. wzrost cen), który kontraktując ostatecznie podwykonawców ponosi ryzyko zawarcia umowy z podwykonawcą na gorszych warunkach niż zakładał. W takim przypadku, wykonawca często nie będzie miał innego wyjścia i będzie musiał zakontraktować podwykonawcę nawet ze swoją stratą. Nie może być to mu zakazane. A w takim przypadku zgodnie z zaskarżonym postanowieniem wykonawca oprócz straty finansowej jest narażony na niedotrzymanie terminu wykonania robót z uwagi na sprzeciw Zamawiającego. Co więcej, zdarzają się sytuacje, że skutek nierzetelności pierwotnego podwykonawcy wykonawca będzie zmuszony

sytuacją w trybie zastępczego podwykonawstwa do ratowania sytuacji (terminu wykonania robót) i wprowadzenia innego podwykonawcy. W takim przypadku najczęściej oferty podwykonawców zastępczych są wyższe. Dlatego takie postanowienie jest nie tylko niekorzystne (i nieuprawnione) dla wykonawcy, ale i dla zamawiającego, gdyż krępuje go w możliwości wykonania inwestycji, a w skrajnych (lecz bardzo prawdopodobnych w aktualnych realiach) przypadkach może doprowadzić do następcej niemożliwości świadczenia (np. gdy wykonawca nie zdoła uzyskać oferty podwykonawcy na odpowiednim poziomie i jednocześnie nie będzie mógł wykonać robót siłami własnymi).

Wreszcie nie sprzeciwia się wykreśleniu tego postanowienia bezpieczeństwo finansowe zamawiającego, gdyż jego ewentualna odpowiedzialność solidarna jest ograniczona do wartości cen robót ustalonych z wykonawcą. Mówi o tym wprost art. 647(1) § 3 kc: „Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej

w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2 [chodzi

o umowę pom. Inwestorem a wykonawcą – przypis autora odwołania]. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2”.

W zakresie § 13. Ust. 6 Umowy stanowisko Zamawiającego jest nie tylko niezrozumiałe, ale i nieuprawnione. Po pierwsze jednostronne i nieprzejrzyste uprawnienie Zamawiającego, przewidziane w § 13. Ust. 6 umowy może prowadzić do nadużyć i naruszać zasadę równości stron umowy. Brak precyzyjnych kryteriów dotyczących uprawnień i kwalifikacji podwykonawców sprawia, że zgoda na zatrudnienie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy jest uzależniona od arbitralnego uznania Zamawiającego. Może to prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający będzie mógł dowolnie odmawiać zgody na zatrudnienie podwykonawców, co jest sprzeczne z zasadą przejrzystości i równości stron umowy. Wykonawca, nie mając jasnych wytycznych dotyczących wymaganych uprawnień i kwalifikacji, może być narażony na nieuzasadnione odmowy i opóźnienia w realizacji zamówienia.

Po drugie to wykonawca odpowiada za właściwy dobór podwykonawców pod kątem rzetelności, w tym doświadczenia. To wykonawca odpowiada za bezpieczeństwo na terenie budowy i za końcowy efekt – jakość robót. Wreszcie to wykonawca spełnia przewidziane

w SWZ warunki do wygrania postępowania, a zatem to on spełnia te warunki i to wykonawca gwarantuje właściwy nadzór nad ostatecznym wykonaniem tych robót przez danego podwykonawcę. Dla uwypuklenia tej kwestii warto zauważyć, że w sytuacji, gdyby wykonawca korzystał z zasobów podmiotów trzecich do spełnienia wymogów SWZ do pozyskania zamówienia, takie postanowienia Zamawiającego byłoby w pełni uprawnione, a nawet niezbędne. W innym jednak przypadku – takim jaki mamy w przypadku tego postanowienia jest to nieuprawnione i narusza zasadę proporcjonalności (obciążeń wykonawcy i ingerencji zamawiającego).

Jeżeli chodzi o § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy, to zgodnie z przepisami kc, ale także doktryną i orzecznictwem, kara umowna dla swej skuteczności musi być właściwie i precyzyjnie opisana. Precyzyjnie musi być opisana nie tylko sankcja, ale i hipoteza, czyli stan faktyczny, który jest sankcjonowany karą. W przeciwnym wypadku może dojść do sytuacji, w której nie będzie wiadomo za co kara umowna może być nałożona i w efekcie w ogóle kara umowna nie będzie miała zastosowania. Sądy powszechne, w tym Sąd Najwyższy przyjmują bowiem, że wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zreagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zreagowała umowę [tak m.in. wyrok SN- Izby Cywilnej z dnia 21.06.2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07]. W § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy Zamawiający nie wskazała jakie czynności mają być wykonywane przez osobę wskazaną w § 8 ust. 8 pkt. 3) Umowy, przez co zachodzi uzasadniona wątpliwość odnośnie tego, kiedy przedmiotowa kara umowna miałaby zastosowanie. Zapewne nie było intencją Zamawiającego, aby podstawą do naliczania tej kary było faktyczne usuwanie wad przez osobę wskazaną w § 8 ust. 8 pkt. 3) Umowy, albowiem osoba ta może nie mieć odpowiednich kwalifikacji we wszystkich dziedzinach i branżach. Niemniej jednak literalna interpretacja § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy może doprowadzić do wniosku, że osoba wskazana w § 8 ust. 8 pkt. 3) Umowy zobowiązana jest do wykonywania wszystkich czynności związanych z usuwaniem wad.

Postanowienie określone w § 15 ust. 9 Umowy przewiduje karę umowną rażąco wygórowaną i nieproporcjonalną. Zważywszy, że o ile dwukrotność kary jest już sama w sobie nad wyraz represyjnym środkiem, to w dodatku Zamawiający jest i tak wyposażony

w uprawnienie do: naliczenia kary umownej, o której mowa § 15 ust. 1 pkt. 4) Umowy, żądania od Wykonawcy zwrotu kosztów zastępczego usunięcia wad (§ 6 ust. 15 Umowy), oraz żądania naprawienia szkody przewyższających wartość

naliczonych kar umownych (§ 15 ust. 6 Umowy).

Takie uregulowanie tej kwestii jest rażąco sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kara umowna w tym przypadku nie pełni funkcję stymulującą, a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego – co również klóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 i art. 431 pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego – tutaj Zamawiającego (wyrok SA w Katowicach, 17.12.2008 r. V ACa 483/08).

Z tego względu Odwołujący postuluje o zmianę §13 ust 4 lit d), 6 Umowy, §15 ust 1 pkt 9 Umowy w sposób wskazany we wnioskach.

9. Zarzut dot. wskazania sztywnej daty wykonania robót (zarzut 9 odwołania).

14 lutego 2025 r. zamawiający udostępnił oferentom Umowę, OPZ wraz z pozostałymi załącznikami w tym dokumentację projektową. Z udostępnionej dokumentacji wynika, że infrastruktura pod montaż anteny (tj. element robót którego termin wykonania stanowi jednocześnie kryterium oceny ofert) ma być wykonana na dachu budynku będącego przedmiotem zamówienia. Powyższe oznacza, że w zasadzie termin wykonania infrastruktury pod montaż anteny uzależniony jest od wykonania znacząco większej części zamówienia. Jednocześnie w pkt 11.2. rozdziału XXIII SWZ (OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT) Zamawiający wskazując sposób oceny ofert dla kryterium „TERMIN WYKONANIA INFRASTRUKTURY POD MONTAŻ ANTENY” uzależnił punktację od zadeklarowanego przez Wykonawcę terminu zakończenia robót budowlanych związanych z wykonaniem infrastruktury pod montaż anteny, przy czym punktacja ta uzależniona została od sztywnych dat tj. odpowiednio 27 lutego 2026 r, 31 stycznia 2026 r. oraz 29 grudnia 2025r, a nie od odniesienia się do dnia zawarcia umowy. Dodatkowo w § 2 ust 4 lit. a) Umowy Zamawiający zażądał określenia terminu wykonania zakresu prac dotyczącego przygotowania infrastruktury niezbędnej do montażu oraz prawidłowego funkcjonowania anteny przez wymóg wskazania daty sztywnej bez odniesienia się do dnia zawarcia Umowy.

W ocenie Odwołującego tak wskazany termin wykonania zakresu prac dotyczącego przygotowania infrastruktury niezbędnej do montażu oraz prawidłowego funkcjonowania anteny (a co za tym idzie kryterium oceny ofert) narusza zasady przejrzystości, zachowania równej konkurencji w zakresie wskazania sztywnej daty wykonania robót oraz wymóg opisanie przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Odwołującego określenie przez Zamawiającego sztywnego terminu odnoszącego się do realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie ma wiedzy, kiedy zakończy się postępowanie i kiedy zostanie podpisana Umowa, a wskazane przez Zamawiającego terminy w ramach sposobu oceny ofert dla kryterium „TERMIN WYKONANIA INFRASTRUKTURY POD MONTAŻ ANTENY” mogą okazać się terminami nierealnymi.

Po złożeniu ofert Zamawiający musi przestrzegać procedury i sztywnych terminów wynikających z ustawy pzp, a dotyczących składania dokumentów, ewentualnych uzupełnień czy wyjaśnień oraz środków ochrony prawnej, a wreszcie wykonawca musi zrealizować zdecydowanie większą część zamówienia, albowiem newralgiczny element robót od którego uzależniona została punktacja znajduje się na dachu obiektu będącego przedmiotem zamówienia. Takie działanie Zamawiającego naraża Wykonawcę na obowiązek zapłaty kar umownych. Określając terminy dla kryterium „TERMIN WYKONANIA INFRASTRUKTURY POD MONTAŻ ANTENY” Zamawiający nie uwzględnił obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 pzp albowiem, nie uwzględnił wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym wskazanych powyżej kwestii proceduralnych związanych z procedurą przetargową, oraz istniejące realia rynkowe. Ponadto tak ukształtowane postanowienia umowne wypaczają zasadę wynikającą z art. 433 pzp zgodnie, z którą projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, oraz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W przypadku przepisania do umowy sztywnej daty wynikającej z oferty wykonawcy

i przedłużenia się procedury przetargowej, w braku wystąpienia innych przesłanek, niewątpliwie trudno będzie uniknąć odpowiedzialności przez wykonawcę za niedochowanie tego sztywno określonego terminu.

Z tych przyczyn Odwołujący wniósł o nakazanie u zmiany w § 2 ust 4 lit. a) Umowy i w pkt 11.2. rozdziału XXIII SWZ (OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT) w sposób wskazany we wnioskach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość

szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

W związku z oświadczeniami stron postępowania odwoławczego, do merytorycznego rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego oraz zarzuty niewycofane przez odwołującego.

W zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego oraz wycofanych przez odwołującego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, przez:

1. Zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny

i wyczerpujący, naruszający obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania

i odbioru robót budowlanych, naruszający obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, uniemożliwiający oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert, gdyż:

1.1. w pkt 1.3 (dział Istniejąca zieleń) oraz w pkt 1.5.2 (Zakres zamówienia) lit. C pkt 2) i 3) OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (dalej „OPZ”) Zamawiający zobowiązał wykonawcę do uwzględnienia w ofercie wycinki drzew kolidujących z planowaną inwestycją. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał, ile i jakie drzewa podlegają wycinie, nie przedstawił decyzji zezwalającej na wycinkę tych drzew ani też inwentaryzacji tych drzew, co uniemożliwia oferentom przedstawienie rzetelnej wyceny tego zakresu i uwzględniania w wycenie ewentualnych ryzyk z tego wynikających. Wbrew postanowieniom pkt 1.5.2 (Zakres zamówienia) lit. C pkt 3) OPZ zakres drzew podlegających wycinie nie znajduje się również w dokumentacji projektowej.

1.3. Zamawiający nie załączył do dokumentacji przetargowej inwentaryzacji infrastruktury podziemnej co uniemożliwia oferentom przedstawienie rzetelnej wyceny tego zakresu i uwzględniania w wycenie ewentualnych ryzyk z tego wynikających.

1.7. W §9 ust. 10 Umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do koordynacji robót wykonywanych przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawarł odrębną umowę na wykonanie robót nieobjętych przedmiotem Umowy, przy czym zakres koordynacji takich robót nie został w żaden sposób określony.

2. Nieuprawnione zgodnie z PZP przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. działania i zaniechania Zamawiającego i innych wykonawców Zamawiającego, błędy projektowe itp.) oraz naruszanie obowiązku przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zasadę przejrzystości i proporcjonalności, gdyż:

2.1. w §1 ust. 7 pkt 6 Umowy Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do usunięcia wszystkich wad występujących w przedmiocie umowy w okresie rękojmi oraz w okresie gwarancji, a nie tylko tych wad, za które zgodnie z Umową czy obowiązującym prawem odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

2.2. w §6 ust. 15 Umowy Zamawiający przypisał sobie uprawnienie do zlecenia wykonawstwa zastępczego w przypadku zaniechań Wykonawcy, przy czym uprawnienie to dotyczy wszystkich wad, a nie tylko tych wad, za które zgodnie z Umową czy obowiązującym prawem odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

2.3. w pkt 1.5.1 dział pkt 1.5.2 (Zakres zamówienia) lit. A pkt 2) OPZ oraz w §6 ust. 17 Umowy Zamawiający wskazał, że Prace wykonane przez Dostawcę Sprzętu nie będą miały wpływu na gwarancję dotyczącą wykonywanych robót budowlanych oraz że wszelkie działania Dostawcy nie będą stanowiły podstawy do wyłączenia ani ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za jakość i trwałość zrealizowanych prac budowlanych,

2.4. w §9 ust. 8 Umowy Zamawiający wskazał, że przekazany teren budowy podlega ochronie przez wykonawcę od kradzieży, pożaru, zachowania pierwotnego stanu technicznego otoczenia powstania zagrożenia dla ludzi i zwierząt oraz środowiska naturalnego w rejonie wykonywania przez wykonawcę robót oraz że obowiązki te w zakresie kosztów usunięcia negatywnych skutków obciążają wyłącznie wykonawcę. Tak uregulowany zakres odpowiedzialności wykonawcy wykracza znacząco poza ramy wynikające z zasad ogólnych ustawy kodeks cywilny,

2.6. w §5 ust. 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający wskazał, iż gwarancja obejmuje również inne przypadki niż wymienione w ust. 1, jeżeli usterka będzie wynikała z wykonanych robót, a użytkowanie obiektu i sieci było właściwe.

3. Naruszanie obowiązku określenia jasnych, klarownych i przejrzystych warunków dotyczących płatności (art. 436 pkt 2 Pzp), co skutkuje również naruszeniem obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty (art. 16 pkt 2 Pzp) oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp), nieuprawnionym zgodnie z PZP przeniesieniem na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (naruszenie art. 433 pkt 3 PZP), gdyż w § 3 ust. 7 Umowy Zamawiający uzależnił rozliczenie robót od przekazania obiektu osobie trzeciej nie będącej stroną umowy tj. od przekazania obiektu administratorowi.

4. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności (art. 16 pkt 1 i 3 Pzp) gdyż w § 3 ust. 4 Umowy Zamawiający wprowadził termin rozliczenia przydzielonych limitów w 2025 r. i 2026 r. w okresach dłuższych niż miesięczne, co prowadzi do sytuacji,

w której Wykonawca poprzez opłacanie podwykonawców, materiałów, urządzeń i podatków przez tak długi okres musi kredytować inwestycje przez kilka miesięcy, co z kolei pogarsza jego sytuację finansową i przekłada się na wartość oferty.

5. Naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści Umowy zapisów, które wskazują na odbiór bezusterkowy, uzależnieniem rozpoczęcia biegu okresu gwarancji na przedmiot umowy od daty usunięcia wad, brak ustalenia czasu trwania Odbioru Końcowego, gdyż:

5.1. w § 6 ust. 1 Umowy Zamawiający uzależnił rozpoczęcie biegu okresu gwarancji na przedmiot Umowy od daty usunięcia wad, bez wskazania, że chodzi jedynie o te wady, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy,

5.2. w § 10 ust. 5 Umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odrzucenia, zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego, jeżeli Zamawiający według własnego uznania stwierdzi, że roboty nie zostały wykonane i/lub zakończone niezgodnie z zawartą umową i nie dostarczono kompletu dokumentów określonych w Umowie, nie precyzując jednocześnie, że takie odrzucenie zawiadomienia jest możliwe jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych uniemożliwiających użytkowanie robót zgodnie z ich przeznaczeniem,

5.3. w § 10 ust. 9 Umowy Zamawiający uzależnił odbiór końcowy robót od czynności, na które Wykonawca nie ma wpływu i które zależne są od woli i czynności osób trzecich tj. od zakończenia postępowania przed właściwym terytorialnie organem nadzoru budowlanego dotyczącego użytkowania obiektu.

6. Ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w zakresie usuwania wad w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 pzp), zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 pzp) zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 pzp), zasadę współdziałania (art. 431 pzp), gdyż:

6.1. w § 6 ust. 7, § 6 ust. 15 pkt 4 Umowy oraz w § 4 ust. 3 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający uzależnił 72 godzinny termin na usunięcie wady od nieobiektywnej przesłanki zależnej od arbitralnej decyzji Zamawiającego obejmującej „inne przypadki niecierpiące zwłoki”,

6.2. w § 6 ust. 7, § 6 ust. 15 pkt 1 i 4 Umowy oraz w § 4 ust. 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do usuwania wad i usterek

w terminach nierealnych, niemożliwych do dotrzymania, sztywno określonych, bez uwzględnienia innych okoliczności, w szczególności charakteru wady, obiektywnej możliwości jej usunięcia itp.,

6.3. w § 6 ust. 8 Umowy oraz w § 4 ust. 4 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający wskazał, iż terminy usuwania wad mogą zostać wydłużone jedynie w przypadku uzyskania zgody Zamawiającego.

8. Ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, gdyż:

8.1. w § 13 ust. 4 lit d) Umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do ustalania z Podwykonawcami (i dalszymi podwykonawcami) wynagrodzenia, którego wysokość za wykonanie danego zakresu robót realizowanego przez Podwykonawcę (i dalszego podwykonawcę) nie może być wyższa niż wartość zakresu prac wynikających z oferty Wykonawcy,

8.3. w § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy Zamawiający ukształtował prawo do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy w sposób nieprecyzyjny i niejasny skutkujący brakiem możliwości stwierdzenia za co faktycznie

będzie naliczana kara umowna, albowiem Zamawiający nie precyzuje jakie czynności związane z obsługą gwarancyjną i serwisową w trakcie trwania okresu gwarancji mają być wykonywane przez osobę wskazaną w § 8 ust. 8 pkt 3) Umowy,

8.4. w § 15 ust. 9 Umowy Zamawiający ukształtował zbyt represyjne, nieproporcjonalne i nieuzasadnione przedmiotem Umowy konsekwencje dla Wykonawcy w przypadku nieusuwania wad przez zastrzeżenie w Umowie prawa do naliczenia kary umownej,

w wysokości dwukrotności kary umownej ustalonej na zasadach określonych § 15 ust. 1 pkt 4 Umowy) w przypadku konieczności powierzenia usunięcia wad innemu podmiotowi

w sytuacji, w której w takim przypadku wykonawca i tak będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej, o której mowa § 15 ust. 1 pkt 4) Umowy, pokrycia kosztów zastępczego usunięcia wad (§ 6 ust. 15 Umowy), naprawienia szkody przewyższających wartość naliczonych kar umownych (§ 15 ust. 6 Umowy).

9. Naruszenie zasady przejrzystości, zachowania równej konkurencji i wymogu 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 w zakresie wskazania sztywnej daty wykonania robót, oraz

w sposób naruszający zasady wynikające z art. 433 pkt 1 i 2 ustawy pzp, gdyż:

9.1. w § 2 ust. 4 lit. a) Umowy Zamawiający żąda określenia terminu wykonania zakresu prac dotyczącego przygotowania infrastruktury niezbędnej do montażu oraz prawidłowego funkcjonowania anteny przez wymóg wskazania daty sztywnej bez odniesienia się do dnia zawarcia umowy,

9.2. w pkt 11.2. rozdziału XXIII SWZ (OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT) Zamawiający wskazując sposób oceny oferty kryterium „TERMIN WYKONANIA INFRASTRUKTURY POD MONTAŻ ANTENY” uzależnił punktację od zadeklarowanej przez wykonawcę terminu zakończenia robót budowlanych związanych z wykonaniem infrastruktury pod montaż anteny, przy czym punktacja ta uzależniona została od sztywnych dat tj. odpowiednio: 27 lutego 2026 r, 31 stycznia 2026 r. oraz 29 grudnia 2025 r., a nie od odniesienia się do dnia zawarcia umowy.

1. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1.1. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wykonawcom poniżej wymienionych dokumentów i informacji dotyczących przedmiotu Umowy a niezbędnych do sporządzenia oferty:

1.1.1. decyzji zezwalającej na wycinkę drzew kolidujących z inwestycją lub inwentaryzacji tych drzew (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 1.1.**),

1.1.3. inwentaryzacji infrastruktury podziemnej (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 1.3.**),

1.2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:

(Fragmenty przekreślone – do usunięcia; fragmenty wytłuszczone i podkreślone – do dodania, przy skomplikowanych wnioskach, podana treść aktualna i postulowana. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że: zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień Umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający; Odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia),

1.2.2. Umowy w § 9 ust. 10 Umowy, poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 1.7.**):

„Wykonawca jest zobowiązany do koordynacji robót na terenie budowy, w szczególności wykonywanych przez podwykonawców na terenie budowy, jak również wykonawców opisanych w ust. 11.”

1.2.3. Umowy w § 1 ust. 7 pkt 6 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 2.1.**):

„7. Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do: (...)

6) usunięcia ~~wszystkich~~ wad występujących w przedmiocie umowy w okresie rękojmi za wady fizyczne oraz w okresie gwarancji, przy czym strony celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości potwierdzają, że zobowiązania Wykonawcy dotyczące usuwania wad,

o których mowa w niniejszej umowie, oraz związane z tym uprawnienia Zamawiającego w zakresie wad wynikające z niniejszej Umowy dotyczą jedynie tych wad, za które odpowiedzialność zgodnie z Umową i zgodnie z prawem ponosi Wykonawca. Wykonawca w ramach niniejszej Umowy nie jest zobowiązany do usuwania wad, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”,

1.2.4. Umowy w § 6 ust. 15 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 2.2.**):

„15. Zamawiający, w razie stwierdzenia wad podlegających usunięciu w ramach rękojmi i gwarancji, ma prawo bez uzyskania zgody sądu powierzyć usunięcie wad innemu podmiotowi na koszt wykonawcy w

wypadku:

- 1) jeżeli wykonawca nie usunie wad, za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z Umową lub obowiązującym prawem w okresie 2 miesięcy od dnia otrzymania zgłoszenia, chyba że usunięcie takiej wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne),
- 2) jeżeli wykonawca, dwukrotnie wezwany do usunięcia wad, za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z Umową lub obowiązującym prawem listem poleconym na adres wykonawcy wskazany w umowie, nie podejmie odpowiednich czynności zmierzających do usunięcia wady lub nie ustosunkuje się pisemnie do zgłoszenia;
- 3) jeżeli wykonawca odmówi usunięcia wad, za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z Umową lub obowiązującym prawem wskazanych w zgłoszeniu;
- 4) w wypadku wad, za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z Umową lub obowiązującym prawem które mogą skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, zanieczyszczeniem środowiska, wystąpieniem niepozewetowanej szkody dla Zamawiającego lub osób trzecich, jak również w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, po upływie 72 godzin, jakie Wykonawca ma na usunięcie wady chyba że usunięcie takiej wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne)".

1.2.5. OPZ w Pkt 1.5.1 dział pkt 1.5.2 (Zakres zamówienia) lit. A pkt 2) OPZ oraz § 6 ust. 17 Umowy poprzez wykreślenie zapisu o treści (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 2.3.**):

~~Prace wykonane przez Dostawcę Sprzętu nie będą miały wpływu na gwarancję dotyczącą wykonywanych robót budowlanych. Wszelkie działania Dostawcy nie będą stanowiły podstawy do wyłączenia ani ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za jakość i trwałość zrealizowanych prac budowlanych~~

1.2.6. Umowy w § 9 ust. 8 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 2.4.**):

Przekazany teren budowy podlega ochronie przez Wykonawcę od kradzieży, pożaru, zachowania pierwotnego stanu technicznego otoczenia powstania zagrożenia dla ludzi

i zwierząt oraz środowiska naturalnego w rejonie wykonywania przez Wykonawcę robót. Obowiązki te w zakresie kosztów usunięcia negatywnych skutków obciążają wyłącznie Wykonawcę. Odpowiedzialność Wykonawcy za niedopełnienie ww. zobowiązań kształtować się będzie na zasadach ogólnych ustawy kodeks cywilny.

1.2.8. Umowy w § 5 ust. 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 2.6.**):

„Gwarancja obejmuje również inne przypadki niż wymienione w ust. 1, jeżeli usterka będzie wynikała z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wykonanych robót, a użytkowanie obiektu i sieci było właściwe”.

1.2.10. Umowy w § 3 ust. 7 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 3.**):

„Rozliczenie robót nastąpi fakturą końcową po zakończeniu i komisijnym odebraniu robót, uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i przekazaniu obiektu dla administratora, którą Wykonawca przedłoży w terminie do 15 dni od daty odbioru końcowego”

1.2.11. Umowy w § 3 ust. 4 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 4.**):

~~Termin rozliczenia przydzielonych limitów w 2025 r. i 2026 r. ustala się do dnia 30 listopada danego roku, a termin rozliczenia w 2027 r. ustala się do 30 dni od daty dostarczenia faktury końcowej.~~ Rozliczenia pośrednie (przejściowe) dokonywane będą w okresach miesięcznych.

1.2.12. Umowy w § 6 ust. 1 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 5.1.**):

„Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na przedmiot umowy na okres 5 lat licząc od daty jego odbioru końcowego, a w przypadku stwierdzenia wad przy odbiorze końcowym licząc od daty usunięcia wad. Szczegółowe zasady gwarancji określa karta gwarancyjna stanowiąca załącznik do niniejszej umowy (załącznik nr 4)”,

1.2.13. Umowy w § 10 ust. 5 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 5.2.**):

„Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia, w terminie 10 dni roboczych, zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego, jeżeli uzna-

~~że roboty nie zostały wykonane i/lub zakończone niezgodnie z zawartą umową i nie dostarczono kompletu~~ lub dokumentów zgodnie z zapisami, o których mowa § 10 ust. 4 posiadają wady istotne tj. wady i/lub braki, które uniemożliwiają właściwą eksploatację obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. W przypadku niestwierdzenia

wad, o których mowa powyżej Zamawiający dokona odbioru robót w terminie 10 dni roboczych od zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego”.

1.2.14. Umowy w § 10 ust. 9 Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 5.3.**):

„Za gotowość do odbioru końcowego uznaje się zakończenie postępowania przed właściwym **zakończenie robót (w taki sposób, aby nie posiadały one wad istotnych,**

o których mowa w ust 5 Umowy) i złożenie wniosku do właściwego terytorialnie organem nadzoru budowlanego dotyczącego użytkowania obiektu i złożenie pisemnego drugiego zawiadomienia do siedziby Zamawiającego informującego o gotowości do odbioru końcowego. Za dzień zgłoszenia gotowego przedmiotu umowy do odbioru końcowego Zamawiający uznaje datę wpływu wniosku Wykonawcy do siedziby Zamawiającego”.

1.2.15. Umowy w § 6 ust. 7, ust. 15 pkt 1 i 4 Umowy oraz 4 ust. 2, 3 i 4 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy poprzez ich zmianę, tak aby otrzymały następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 6. wspólnie**):

- § 6 ust. 7 Umowy:

„Termin usunięcia wad ustala się do 14 dni kalendarzowych, od daty otrzymania zawiadomienia przez Wykonawcę. **Jeżeli usunięcie wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne), wada zostanie usunięta w terminie odpowiednim, mającym na względzie ww. okoliczności.** Jeżeli ujawniona wada ogranicza lub uniemożliwia działanie części lub całości przedmiotu umowy,

a także gdy ujawniona wada może skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, zanieczyszczeniem środowiska, wystąpieniem niepowetowanej szkody dla Zamawiającego lub osób trzecich, jak również w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, wada zostanie usunięta przez Wykonawcę w ciągu 72 godzin. Wykonawca zostanie powiadomiony o takiej wadzie w ciągu 12 godzin od jej ujawnienia (tryb awaryjny). **Jeżeli usunięcie wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne), wada zostanie usunięta w terminie odpowiednim, mającym na względzie ww. okoliczności”.**

- § 6 ust. 15 pkt 1 i 4 Umowy:

„15. Zamawiający, w razie stwierdzenia wad podlegających usunięciu w ramach rękojmi i gwarancji, ma prawo bez uzyskania zgody sądu powierzyć usunięcie wad innemu podmiotowi na koszt wykonawcy w wypadku:

1) jeżeli wykonawca nie usunie wad w okresie 2 miesięcy od dnia otrzymania zgłoszenia **chyba, że usunięcie takiej wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne);**

(...)

4) w wypadku wad, **za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z Umową lub obowiązującym prawem** które mogą skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, zanieczyszczeniem środowiska, wystąpieniem niepowetowanej szkody dla Zamawiającego lub osób trzecich, jak również w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, po upływie 72 godzin, jakie Wykonawca ma na usunięcie wady **chyba, że usunięcie takiej wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne)”.**

- § 4 ust. 2 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy:

„Termin usunięcia wad ustala się do 14 dni kalendarzowych, od daty otrzymania zawiadomienia przez Wykonawcę. **Jeżeli usunięcie wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne), wada zostanie usunięta w terminie odpowiednim mającym na względzie ww. okoliczności”.**

- § 4 ust. 3 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy:

„Jeżeli ujawniona wada ogranicza lub uniemożliwia działanie części lub całości przedmiotu umowy, a także gdy ujawniona wada może skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi, zanieczyszczeniem środowiska, wystąpieniem niepowetowanej szkody dla zamawiającego lub osób trzecich, jak również w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, awaria zostanie usunięta przez Wykonawcę w ciągu 72 godzin. Wykonawca zostanie powiadomiony o takiej awarii w ciągu 12 godzin od jej ujawnienia (tryb awaryjny). **Jeżeli usunięcie wady w tym terminie nie będzie możliwe z obiektywnych przyczyn (np. z uwagi na charakter wady, dostępność materiałów, obiektywne możliwości techniczne i technologiczne), wada zostanie usunięta w terminie odpowiednim mającym na względzie ww. okoliczności”.**

- § 6 ust. 8 Umowy oraz § 4 ust. 4 Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy:

„W uzasadnionych przypadkach na pisemny wniosek Wykonawcy i za zgodą Zamawiającego wyrażoną na piśmie

termin usunięcia wad może być **zostanie wydłużony**".

1.2.19. Umowy w § 13 ust. 4 lit d) Umowy przez jego wykreślenie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 8.1.**):

~~„wysokość wynagrodzenia Podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) za wykonanie danego zakresu robót, kwota wynagrodzenia nie może być wyższa niż wartość zakresu prac wynikających z oferty Wykonawcy”.~~

1.2.21. Umowy w § 15 ust. 1 pkt 9 Umowy poprzez jego wykreślenie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 8.3.**):

~~„jeżeli czynności związane z obsługą gwarancyjną i serwisową w trakcie trwania okresu gwarancji, będzie wykonywała inna osoba niż wskazana w § 8 ust. 8 pkt. 3) w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych). O zmianie ww. osoby należy niezwłocznie powiadomić Zamawiającego”.~~

1.2.22. Umowy w § 15 ust. 9 Umowy poprzez jego wykreślenie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 8.4.**):

~~„W wypadku powierzenia usunięcia wad innemu podmiotowi na zasadach § 6 ust. 15 umowy, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości dwukrotności kary umownej ustalonej na zasadach określonych § 15 ust. 1 pkt. 4) W takim wypadku Zamawiający zachowuje uprawnienie do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość szkody będzie przekraczała wysokość nałożonej kary umownej”.~~

1.2.23. Umowy w § 2 ust. 4 lit. a) Umowy poprzez jego zmianę, tak aby otrzymał następujące brzmienie (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 9.1.**):

~~„przygotowanie infrastruktury niezbędnej do montażu oraz prawidłowego funkcjonowania anteny **do miesięcy od daty podpisania umowy** tj. do”.~~

1.2.24. SWZ w pkt 11.2. rozdziału XXIII SWZ (OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT) ~~Przez~~ nakazanie Zamawiającemu wskazania terminów zakończenia robót budowlanych związanych

z wykonaniem infrastruktury pod montaż anteny poprzez odniesienie się do terminu liczego od dnia zawarcia umowy a nie poprzez odniesienie do dat sztywnych (**dot. zarzutu z pkt IV ppkt 9.2.**)

2. Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający złożył pismo procesowe stanowiące odpowiedź na zarzuty odwołania, w którym oświadczył, iż uwzględnia zarzuty nr 1.6., 2.5., 2.7. odwołania, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, co następuje.

Ad. 1.1.1. Zarzut dotyczący braku decyzji zezwalającej na wycinkę drzew kolidujących z inwestycją lub inwentaryzacji tych drzew (zarzut 1.1.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisem OPZ pkt. 1.3. „Istniejąca zieleń” teren inwestycji jest oznaczony, jako „LS” czyli las. W myśl ustawy o ochronie gruntów rolnych

i leśnych rozpoczęcie innego niż leśne użytkowanie gruntu jest tożsame z wyłączeniem gruntu z produkcji leśnej. Wyłączenie gruntów leśnych z produkcji dotyczy wszystkich sytuacji, gdy fragment działki oznaczony jest w ewidencji gruntów i budynków symbolem „LS”. Oznacza to, że przeznaczenie gruntu pod inny cel, niż związany z gospodarką leśną wymaga uprzedniego uzyskania decyzji Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych zezwalającej na wyłączenie gruntu z produkcji leśnej. Na terenach leśnych wyręb drzewostanu odbywa się po uzyskaniu prawomocnej decyzji wyłączającej grunty z produkcji leśnej. Na terenie inwestycji większą część terenu stanowi zieleń niska (trawy, krzewy i drobne samosiejki). Zamawiający zaznacza, że w pkt. 1.5.2. C.3) opisu widnieje zapis, że decyzja o wyłączeniu gruntów jest

w trakcie procedowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami tj.: ustawą z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych, ustawą z dnia 28 września 1991 r. o lasach, rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie jednorazowego odszkodowania za przedwczesny wyręb drzewostanu.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut uznaje się za bezpodstawny - zamawiający zawarł w dokumentach przetargowych wszelkie informacje i zapisy, jakie posiada w zakresie drzew. Brak tej decyzji na etapie postępowania przetargowego nie wynika, więc z zaniedbań zamawiającego, lecz z obowiązujących procedur administracyjnych, na które zamawiający nie ma wpływu. Ponadto odwołujący (wykonawca) ma możliwość oszacować ilość drzew na podstawie dostępnych narzędzi, w tym dokumentacji geodezyjnej, map oraz przez dokonanie wizji lokalnej, która odbędzie się w dniach 5 marca lub 12 marca 2025 r. Możliwość zapoznania się ze stanem faktycznym poprzez wizję lokalną stanowi standardowy element przygotowania rzetelnej oferty przetargowej. Wykonawca jako profesjonalista, powinien uwzględnić

w kalkulacji ofertowej ryzyka związane z koniecznością ewentualnych korekt w zakresie wycinki wynikających z rzeczywistych warunków terenowych.

Ad. 1.1.3. Zarzut dotyczący braku precyzyjnych informacji o inwentaryzacji infrastruktury podziemnej (zarzut 1.3.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że pełen obraz istniejącej infrastruktury, jak również infrastruktury planowanej, został

szczegółowo przedstawiony w projekcie zagospodarowania terenu (PZT) opatrzonym klauzulą „ZASTRZEŻONE” Dokument zawiera istotne informacje pozwalające na określenie położenia infrastruktury oraz oszacowanie ewentualnych ryzyk związanych z jej kolizją z planowanymi pracami. Z uwagi na klauzulę dokument nie jest udostępniony na stronie prowadzonego postępowania, jednakże zgodnie z zapisami w SWZ wykonawca ma możliwość wglądu do dokumentów w siedzibie zamawiającego lub też po wskazaniu kancelarii lub punktu ewidencyjnego w celu przesłania dokumentacji w wersji elektronicznej. Jeśli odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do zakresu lub szczegółowości tych informacji, mógł zadawać pytania w ramach procedury wyjaśnień, co jest standardową praktyką w postępowaniach przetargowych. Wykonawca nie skorzystał jednak z tego uprawnienia, co oznacza, że nie zgłaszał wcześniej potrzeby doprecyzowania dokumentacji w tym zakresie.

Odwołujący 24.02.2025 r. wystosował pismo do zamawiającego o wgląd 26.02.2025 r. do dokumentacji projektowej o klauzuli „ZASTRZEŻONE” (załącznik do niniejszego pisma), a więc później niż wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a to oznacza, że zarzuty zostały postawione zanim odwołujący zapoznał się z dokumentacją projektową.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie może, skutecznie podnosić zarzutu dotyczącego rzekomego braku informacji. Zarzut to pewna określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z zachowaniem się zamawiającego, którego zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany - dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2006 r. sygn. akt I CZ 84/06 zarzut powinien być na tyle skonkretyzowany, aby istniała możliwość przeprowadzenia postępowania w odpowiednim kierunku oraz by wskazywane przez skarżącego wadliwości postępowania stanowiły właściwe uzasadnienie postawionych następnie wniosków.

Niezapoznanie się z dokumentacją nie może stanowić podstawy do stawiania zarzutu zamawiającemu.

Ad. 1.2.2. Zarzut dotyczący braku precyzyjnych informacji w zakresie koordynacji zadań (zarzut 1.7.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Obowiązek koordynacji robót na terenie budowy jest naturalnym i standardowym wymogiem w każdej inwestycji budowlanej o złożonym charakterze, szczególnie w przypadku przedsięwzięć realizowanych w systemie wieloetapowym, gdzie różne podmioty prowadzą powiązane ze sobą działania. W praktyce obowiązek koordynacji robót inwestor może realizować samodzielnie albo powierzyć jego realizację np. temu wykonawcy częściowemu, który ma do zrealizowania największy zakres robót. W niniejszym postępowaniu zamawiający powierzył koordynację robót dla wykonawcy robót. Zgodnie z zapisami umowy, wykonawca jest zobowiązany do koordynacji robót na terenie budowy, w szczególności tych realizowanych przez jego podwykonawców, ale również przez innych wykonawców działających na podstawie odrębnych umów zawartych przez zamawiającego. Jest to logiczny i konieczny zapis, ponieważ inwestycja składa się z różnych, wzajemnie powiązanych elementów, a ich nieskoordynowana realizacja doprowadziłaby do chaosu organizacyjnego, opóźnień i potencjalnych kolizji prac.

Odwołujący błędnie zakłada, że zamawiający powinien wprost określić sposób koordynacji tych robót. W rzeczywistości sposób ten wynika z charakteru inwestycji i jest standardowo ustalany przez Generalnego Wykonawcę, który ponosi odpowiedzialność za sprawne zarządzanie terenem budowy - na budowie jest jeden kierownik budowy (wyznaczany przez wykonawcę). Oczekiwanie, że zamawiający narzuci szczegółowe wytyczne w tym zakresie, świadczy o braku podstawowej znajomości zasad realizacji robót budowlanych i podważa profesjonalizm odwołującego. Ponadto, obowiązek koordynacji robót dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy ich realizacja jest niezbędna do prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego. Zgodnie z § 9 ust. 11 umowy, Wykonawca musi udostępnić teren budowy innemu wykonawcy realizującemu roboty nieobjęte przedmiotem niniejszej umowy, ale mające kluczowe znaczenie dla inwestycji, w tym montaż anteny z osprzętem. Nie chodzi więc o dowolne, niepowiązane prace, lecz o ściśle określone działania, bez których realizacja projektu byłaby niemożliwa. Koordynacja ta wynika z realiów budowy i jest typowym obowiązkiem Generalnego Wykonawcy, który ma doświadczenie w organizacji terenu budowy i zarządzaniu różnymi procesami prowadzonymi równolegle.

Ad. 1.2.3. Zarzut w zakresie wad i rękojmi (zarzut 2.1.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

W ocenie zamawiającego odwołujący wybrał z kontekstu fragment umowy, pomijając fakt, że szczegółowe zasady odpowiedzialności Wykonawcy za wady zostały jednoznacznie określone w § 6 umowy oraz w karcie gwarancyjnej. Dokumenty te precyzyjnie regulują zakres zobowiązań Wykonawcy w odniesieniu do wad fizycznych oraz warunki rękojmi i gwarancji, co eliminuje jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjne. Co więcej, wprost wskazano w § 6 ust. 4 umowy, że Wykonawca jest odpowiedzialny za wady ujawnione w okresie rękojmi na zasadach określonych w przepisach art. 556-576 Kodeksu Cywilnego. Oznacza to, że zakres odpowiedzialności Wykonawcy został ograniczony do wad, za które zgodnie z prawem

i umową faktycznie odpowiada. Podnoszenie zarzutu, że zobowiązanie do „usunięcia wszystkich wad występujących w przedmiocie umowy” mogłoby obejmować również wady niezawinione przez Wykonawcę, jest całkowicie nieuzasadnione i wynika z celowego pominięcia innych, kluczowych postanowień umownych, które precyzują zakres tej odpowiedzialności. Zamawiający nie wskazał w żadnym miejscu umowy, że Wykonawca miałby usuwać wady, za które nie ponosi odpowiedzialności, a interpretowanie tego zapisu w oderwaniu od pozostałych regulacji umownych jest próbą nadania mu znaczenia sprzecznego z jego rzeczywistą treścią i celem.

Ad. 1.2.4. Zarzut w zakresie wad i rękojmi § 6 ust. 15 (zarzut 2.2.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Treść zakwestionowanego zapisu jednoznacznie wskazuje, że dotyczy on wyłącznie wad podlegających usunięciu w ramach rękojmi i gwarancji, co oznacza, że odnosi się wyłącznie do wad, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca zgodnie z umową oraz przepisami prawa, w tym Kodeksem Cywilnym. Nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że Zamawiający przypisuje sobie prawo do obciążania Wykonawcy kosztami usuwania wad niezależnie od źródła ich powstania. Jest to całkowicie błędna interpretacja, nieznajdująca potwierdzenia w zapisach umowy ani w obowiązujących przepisach. Zakwestionowany zapis jedynie określa tryb postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca uchyli się od usunięcia wad, do czego jest zobowiązany. Przewiduje on możliwość powierzenia ich usunięcia innemu podmiotowi na koszt wykonawcy, ale wyłącznie w przypadkach, gdy: wykonawca nie usunie wad w terminie dwóch miesięcy od otrzymania zgłoszenia, pomimo dwukrotnego wezwania listem poleconym nie podejmie żadnych czynności zmierzających do usunięcia wady, odmówi usunięcia wad, wada stanowi zagrożenie dla życia, zdrowia, środowiska lub może skutkować niepowetowaną szkodą dla Zamawiającego.

Każdy z tych przypadków dotyczy wyłącznie wad, które podlegają usunięciu w ramach rękojmi i gwarancji, czyli za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Nie ma tu mowy o obciążeniu Wykonawcy kosztami usunięcia wad, za które zgodnie z prawem i umową nie odpowiada. Odwołujący po raz kolejny wyrywa z kontekstu fragment umowy, ignorując pozostałe postanowienia, które jednoznacznie precyzują zakres odpowiedzialności Wykonawcy i warunki, w jakich Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do zlecenia usunięcia wad innemu podmiotowi. W zakresie terminu usunięcia wad również są w umowie jak i karcie gwarancyjnej zapisy dotyczące, że w uzasadnionych przypadkach za zgodą Zamawiającego termin usunięcia wad może być wydłużony. Zmiana terminu nie może być uzależniona od „obiektywnych możliwości technicznych” Wykonawcy i podjęta tylko przez Wykonawcę.

Ad. 1.2.5. Zarzut w zakresie odpowiedzialności za wykonane roboty (zarzut 2.3.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Wykonawca zobowiązuje się do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do zapewnienia trwałości i jakości zrealizowanych robót budowlanych, a także do ich należytego zabezpieczenia przed wpływem innych czynników, które mogłyby negatywnie oddziaływać na ich stan techniczny. Jest to standardowy wymóg, wynikający z ogólnych zasad realizacji inwestycji budowlanych oraz obowiązków Wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego. W tym kontekście przekazanie terenu budowy dostawcy sprzętu oraz jego późniejsze działania montażowe nie mogą stanowić podstawy do wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za prawidłowe wykonanie i jakość zrealizowanych robót budowlanych. Jest to fundamentalna zasada w tego typu inwestycjach, gdzie roboty budowlane oraz dostawy i montaż sprzętu są skoordynowanymi, wzajemnie powiązаныmi elementami jednego przedsięwzięcia.

Dodatkowo, Zamawiający celowo wprowadził w umowie oraz w opisie przedmiotu zamówienia zapis, który jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca zobowiązuje się do protokolarnego i praktycznego przekazania dostępu do terenu budowy Dostawcy w celu montażu oraz wykonania innych czynności związanych z prawidłowym funkcjonowaniem systemu. Zapis ten nie nakłada na Wykonawcę odpowiedzialności za działania Dostawcy, lecz zapewnia, że prace budowlane zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami technicznymi i zachowają swoją jakość oraz trwałość, niezależnie od czynności montażowych wykonywanych na późniejszym etapie realizacji inwestycji.

Ad. 1.2.6. Zarzut w zakresie odpowiedzialności za teren budowy (zarzut 2.4.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zgodnie z art. 652 Kodeksu Cywilnego, 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. Od chwili przejęcia terenu budowy do czasu oddania obiektu Wykonawca jest (...) „gospodarzem na terenie budowy”, obowiązany w szczególności do koordynowania podwykonawców, ochrony mienia i zabezpieczenia przeciwpożarowego, nadzoru nad bezpieczeństwem i higieną pracy oraz ustalania i utrzymania ogólnego porządku. Wykonawca, więc zachowuje teren budowy w swoim władaniu w ramach, którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i

porządku. Celem tych czynności jest osiągnięcie zamierzonego rezultatu - wykonania obiektu i oddania go Zamawiającemu wraz

z przekazanym uprzednio terenem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1990 r., I CR 750/90). W wyroku z dnia 4 listopada 2016 r., VI ACa 1158/15, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że: „Odpowiedzialność Wykonawcy na podstawie tego przepisu dotyczy wszelkich szkód powstałych na przejętym terenie. W aspekcie podmiotowym obejmuje zarówno odpowiedzialność wobec osób trzecich, jak i odpowiedzialność wobec stron uczestniczących w procesie budowlanym. W aspekcie przedmiotowym odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy zarówno szkód na osobie, jak i szkód na mieniu. Jak się wskazuje w doktrynie, przepis ten obejmuje odpowiedzialność zarówno deliktową, jak i kontraktową”.

Biorąc powyższe pod uwagę przekazanie terenu budowy Wykonawcy jest standardowym elementem każdej inwestycji budowlanej i wiąże się z koniecznością zapewnienia przez niego ochrony tego terenu oraz znajdującego się na nim mienia. Obowiązki w tym zakresie wynikają zarówno z postanowień umownych, jak i z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,

w tym m.in. Kodeksu Cywilnego oraz Prawa budowlanego. Zapis wskazujący, że Wykonawca odpowiada za ochronę przekazanego terenu budowy przed kradzieżą, pożarem, degradacją stanu technicznego, powstaniem zagrożeń dla ludzi, zwierząt i środowiska oraz że koszty usunięcia negatywnych skutków ewentualnych zaniedbań obciążają go w całości, jest naturalną konsekwencją przyjęcia przez Wykonawcę odpowiedzialności za teren budowy w okresie realizacji kontraktu.

Odwołujący błędnie interpretuje ten zapis, twierdząc, że rzekomo rozszerza on odpowiedzialność Wykonawcy ponad zakres wynikający z ogólnych zasad prawa cywilnego. W rzeczywistości postanowienie to jedynie precyzuje obowiązki, które i tak spoczywają na Wykonawcy na podstawie obowiązujących regulacji prawnych oraz standardowej praktyki kontraktowej. Podkreślenia wymaga również fakt, że: teren budowy staje się miejscem realizacji inwestycji przez Wykonawcę i to on ma pełną kontrolę nad jego stanem oraz tym, jakie działania są na nim prowadzone, odpowiedzialność za teren budowy obejmuje nie tylko kwestie techniczne, ale również bezpieczeństwo ludzi i środowiska, co jest zgodne

z obowiązującymi przepisami, ochrona terenu budowy przed kradzieżą, pożarem i innymi zagrożeniami jest obowiązkiem Wykonawcy wynikającym z jego roli, jako generalnego wykonawcy prac budowlanych i nie stanowi żadnego nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności, brak tego zapisu mógłby prowadzić do sytuacji, w której Wykonawca uchylałby się od obowiązku należytej ochrony terenu budowy, co stanowiłoby zagrożenie zarówno dla inwestycji, jak i dla bezpieczeństwa publicznego.

Ad. 1.2.8. Zarzut w zakresie odpowiedzialności za wady (zarzut 2.6.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć wszystkich możliwych usterek, jakie mogą wystąpić w trakcie eksploatacji obiektu - każda inwestycja jest inna, a specyfika robót budowlanych i technologicznych powoduje, że mogą pojawić się różne wady, których charakteru nie da się jednoznacznie określić w zamkniętym katalogu przypadków.

W ocenie Zamawiającego zapis, o którym mowa § 5 ust. 2 karty gwarancyjnej nie rozszerza w żaden sposób odpowiedzialności Wykonawcy ponad standardowe obowiązki gwarancyjne, lecz jedynie zapewnia, że wszelkie usterki wynikające z wadliwego wykonania robót będą objęte gwarancją, niezależnie od ich konkretnej przyczyny. Jest to logiczne i konieczne rozwiązanie, które jednoznacznie zabezpiecza Zamawiającego przed sytuacją, w której wykonawca próbowałby uchylać się od odpowiedzialności, argumentując, że konkretna usterka nie została wprost wymieniona w katalogu wad. Należy podkreślić, że:

- gwarancja obejmuje wyłącznie usterki wynikające z wykonanych robót,
- wykonawca nie odpowiada za wady spowodowane niewłaściwym użytkowaniem obiektu ani za inne czynniki niezależne od jego działań, zapis ten nie wprowadza żadnej nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy,
- jasno określa, że obejmuje jedynie przypadki, w których przyczyna usterek leży po stronie wykonanych robót,
- brak tego zapisu mógłby prowadzić do absurdu sytuacji, w której wykonawca mógłby uchylać się od naprawy wad, twierdząc, że konkretna usterka nie została wprost wymieniona w katalogu gwarancyjnym.

Podnoszenie zarzutu w tym zakresie świadczy o niezrozumieniu podstawowej funkcji gwarancji oraz roli Wykonawcy, jako podmiotu odpowiedzialnego za jakość i trwałość zrealizowanych robót.

Ad. 1.2.10. Zarzut w zakresie rozliczenia zadania (zarzut 3).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zakwestionowane postanowienie jest standardowym zapisem stosowanym w umowach zawieranych przez instytucje publiczne i zostało zatwierdzone przez Prokuratorię Generalną, co jednoznacznie potwierdza jego zgodność z obowiązującymi przepisami oraz praktyką

w tego typu inwestycjach. Podobne zapisy funkcjonują powszechnie w umowach dotyczących zamówień publicznych i służą zachowaniu transparentności oraz prawidłowości procedur rozliczeniowych w jednostkach skarbu państwa.

Rozliczenie końcowe nie jest uzależnione wyłącznie od przekazania obiektu administratorowi, lecz od spełnienia szeregu standardowych procedur, które obejmują: zakończenie robót, komisyjny odbiór końcowy, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, udział w przekazaniu obiektu administratorowi, jako etap końcowy. Przekazanie obiektu administratorowi nie stanowi samodzielnej przesłanki do rozliczenia, lecz jest naturalnym elementem procesu odbiorowego.

W celu jasności zapisów Zamawiający wprowadzi uszczegółowienie w § 3 ust. 7 umowy:

„7. Rozliczenie robót nastąpi fakturą końcową po zakończeniu i komisyjnym odebraniu robót, uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i po udziale w przekazaniu obiektu dla administratora, którą Wykonawca przedłoży w terminie do 15 dni od daty odbioru końcowego”.

Ad. 1.2.11. Zarzut w zakresie finansowania (zarzut 4).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zakwestionowane postanowienia umowy dotyczące terminów rozliczenia są standardowymi zapisami stosowanymi w zamówieniach publicznych i zostały zatwierdzone przez Prokuratorię Generalną, co jednoznacznie potwierdza ich zgodność z obowiązującymi przepisami oraz praktyką w tego typu inwestycjach. Twierdzenie, że zapisy te naruszają interes Wykonawcy, jest bezzasadne, ponieważ dotyczą one zasadniczych reguł finansowania projektów realizowanych w ramach budżetu publicznego. Wykonawca wybiórczo analizuje poszczególne paragrafy, pomijając kluczowe zapisy dotyczące płatności, które jednoznacznie precyzują zasady rozliczenia.

§ 3 ust. 6 umowy jasno wskazuje, że Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty faktur częściowych oraz faktury końcowej zgodnie z harmonogramem, przy czym faktury częściowe mogą być wystawiane nawet dwa razy w miesiącu. Za faktury częściowe Zamawiający dokonuje płatności w terminie do 30 dni od daty ich dostarczenia, co zapewnia Wykonawcy płynność finansową i eliminuje konieczność kredytowania inwestycji przez długie okresy.

Nie jest prawdą, że wysokość limitu finansowego na dany rok nie może zostać zmieniona - zapisy umowy w § 4 jednoznacznie przewidują możliwość modyfikacji w drodze aneksu, co oznacza, że harmonogram płatności może zostać dostosowany do rzeczywistych potrzeb inwestycji. Rozliczenie umowy może następować fakturami częściowymi, co umożliwia elastyczne zarządzanie płynnością finansową wykonawcy w trakcie realizacji inwestycji.

Zamawiający wprost przewidział mechanizmy zapewniające terminowe rozliczenia robót, a możliwość wystawiania faktur częściowych i ich regulowanie w terminie do 30 dni wyklucza sytuację, w której Generalny Wykonawca musiałby finansować inwestycję ze środków własnych przez długi okres.

Ad. 1.2.12. Zarzut w zakresie terminu gwarancji przy stwierdzeniu wad przy odbiorze końcowym (zarzut 5.1.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest szczególną procedurą zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, a przedsiębiorcą ubiegającym się o realizację publicznego kontraktu. Prawo zamówień publicznych reguluje przede wszystkim zasady przygotowania postępowania oraz etap prowadzenia procedury. Przepisy nie regulują szczegółowo zasad realizacji samej umowy oraz zasad odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy zamówienia publicznego.

Gwarancja jakości ma charakter umowy, a więc musi być wyartykułowana bądź w treści zasadniczej umowy o wykonanie dokumentacji bądź może stanowić dodatkowy dokument powiązany z umową. W kontraktach budowlanych na ogół przyjmowane są 10-letnie okresy na konstrukcję budynku, izolację, dach oraz 3-letnie okresy na pozostałe roboty budowlane

z wyjątkiem urządzeń, gdzie gwarancję wystawia się na okres zgodny z gwarancją udzielaną przez producenta danego urządzenia. Brak żądania gwarancji jakości od Wykonawcy wiąże się z ryzykiem po stronie Zamawiającego na przykład ponownej wymiany wadliwego elementu już na własny koszt. Z uwagi na specyfikę zamówienia tj. przygotowanie Głównego Segmentu Naziemnego, który odpowiadać będzie za sterowanie i programowanie Satelitów Narodowych, które realizowane będzie z wykorzystaniem stacji odbiorczej wraz z systemem antenowym w ocenie Zamawiającego zasadnym jest, aby gwarancja na wadliwie wykonane roboty bądź po wymianie wadliwego urządzenia liczona jest na 5 lat od daty wykonania bądź wymiany - tylko i wyłącznie na ten zakres.

Ad. 1.2.13. Zarzut w zakresie odrzucenia zawiadomienia o odbiorze końcowym (zarzut 5.2.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający jako profesjonalny podmiot, logicznie podchodzi do kwestii odbioru robót.

W zakresie odbioru końcowego informuję, że odbywa się on po odbiorze technicznym robót i dotyczy odbioru całości przedmiotu umowy, a zakres, co jest wymagane szczegółowo zostało określone zarówno w OPZ jak i wzorze umowy. Przekazane dokumenty nie mogą zawierać wad, ponieważ na ich podstawie wytwarzane są dokumenty księgowe umożliwiające rozliczenie Zamawiającemu inwestycję finansowaną z budżetu państwa (na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 grudnia w sprawie szczegółowego sposobu i trybu finansowania inwestycji z budżetu państwa oraz Decyzji Ministerstwa Obrony Narodowej nr 7/BIS/2024 z dnia 29.04.2024 r. w sprawie wprowadzenia do użytku w resorcie obrony narodowej „Wytycznych w sprawie odbioru i przyjmowania do eksploatacji

(użytkowania) inwestycji resortu obrony narodowej w zakresie budownictwa").

Ad. 1.2.14. Zarzut w zakresie uzależnienia odbioru końcowego od czynności, za które wykonawca nie odpowiada (zarzut 5.3.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniosł o jego oddalenie.

W ocenie Zamawiającego stawiany zarzut jest bezpodstawny. Zgodnie z § 3 art. 35 Kodeksu postępowania administracyjnego nie później niż w ciągu 1 miesiąca od daty złożenia kompletnego wniosku WINB (Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego) jest zobowiązany do wydania pozwolenia na użytkowanie, przy czym zgodnie z Prawem Budowlanym art. 59

i 59c przed upływem 21 dni WINB przeprowadza kontrolę, o terminie której ma obowiązek zawiadomić z 7-dniowym wyprzedzeniem.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający przewidział miesięczny termin na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie po zakończonych robotach budowlanych - umowa § 2 ust. 4 lit. b) i c). Reasumując to od Wykonawcy zależy terminowość uzyskania pozwolenia na użytkowanie to Wykonawca odpowiada za kompletność wniosku składanego do WINB jak również za zgodność wykonanych robót w stosunku do pozwolenia na budowę.

Ad. 1.2.15. Zarzuty w zakresie usuwania wad (zarzuty 6.1., 6.2., 6.3.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów i wniosł o ich oddalenie.

Zakwestionowane postanowienia umowy dotyczące usuwania wad zostały zatwierdzone przez Prokuratorię Generalną, co jednoznacznie potwierdza ich zgodność z obowiązującymi przepisami oraz praktyką w tego typu inwestycjach. Zamawiający jako profesjonalny podmiot, logicznie podchodzi do kwestii usterek i nie będzie wymagał usunięcia drobnych wad, takich jak np. poluzowana klamka, w terminie 72 godzin. Nie jesteśmy w stanie przewidzieć wszystkich możliwych usterek, które mogą wystąpić w trakcie eksploatacji obiektu, dlatego konieczne było wprowadzenie zapisu pozwalającego na niezwłoczne reagowanie

w sytuacjach kryzysowych. Zatem nie ma tu miejsca na arbitralność kryterium zostało określone w sposób logiczny i odnosi się do faktycznych, obiektywnie istotnych przypadków wymagających szybkiej reakcji. Podstawowy termin na usunięcie wad wynosi 14 dni kalendarzowych, co jest standardową praktyką w umowach budowlanych. Termin 72 godzin został przewidziany wyłącznie dla wad, które mogą skutkować poważnymi konsekwencjami

i wymagają natychmiastowego działania dotyczy głównie systemów (zapisy wynikają z Normy Obronnej) lub też awarii, która może uszkodzić niewrażliwe elementy przedmiotu umowy.

Zamawiający chciałby zaznaczyć, że umowa przewiduje elastyczność, tj. w uzasadnionych przypadkach, na pisemny wniosek Wykonawcy i za zgodą Zamawiającego, termin może zostać wydłużony. Mechanizm wydłużenia terminu usunięcia wad za zgodą Zamawiającego jest standardową praktyką w umowach budowlanych i gwarancyjnych. Wprowadzenie mechanizmu uzyskania zgody Zamawiającego nie oznacza arbitralności. Wykonawca ma możliwość uzasadnienia konieczności wydłużenia terminu i przedstawienia stosownej argumentacji. Brak takiego mechanizmu mógłby prowadzić do sytuacji, w której Wykonawca samodzielnie decydowałby o terminach napraw, co mogłoby prowadzić do długotrwałego pozostawiania usterek bez reakcji.

Umowa przewiduje terminy standardowe, jak również awaryjne usunięcia wad, a także mechanizm umożliwiający ich dostosowanie do okoliczności. Co więcej, umowa nie wyklucza możliwości uzyskania zgody na wydłużenie terminu w uzasadnionych przypadkach, co wprost wskazuje na elastyczność podejścia Zamawiającego do tego procesu.

Podkreślić należy, że Zamawiający jako właściciel inwestycji, musi mieć kontrolę nad procesem usuwania wad, aby zapobiec nieuzasadnionym opóźnieniom oraz zapewnić prawidłowe funkcjonowanie przedmiotu umowy.

Ad. 1.2.19. Zarzut w zakresie wynagrodzenia podwykonawcy (zarzut 8.1.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu i wniosł o jego oddalenie.

Zakwestionowane postanowienia umowy dotyczące wynagrodzenia podwykonawcy zostały zatwierdzone przez Prokuratorię Generalną, co jednoznacznie potwierdza ich zgodność z obowiązującymi przepisami oraz praktyką w tego typu inwestycjach.

Zgodnie z art. 353 (1) ustawy z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Natomiast przepisy ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego.

W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z

prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (KIO 3159/21).

Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, udzielając zamówienia zgodnie z zasadą efektywności ekonomicznej, obowiązany jest przestrzegać nie tylko ustawy Prawo zamówień publicznych ale również ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.), w tym: zasad dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,

w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (art. 44 ust. 3). Uregulowanie o solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i Wykonawcy względem podwykonawcy zostało uregulowane w art. 647 (1) ustawy Kodeks Cywilny. Jak wskazano

w art. 647 (1) § 3 Kodeksu Cywilnego „Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą

a Wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2”. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2”.

Treść art. 647 (1) § 3 Kodeks Cywilny należy odczytywać tak, że inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości wskazanej umowie pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą. Zakres tej odpowiedzialności nie może jednak przekraczać wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, które powierzone zostały do wykonania podwykonawcy zgodnie ze zgłoszeniem lub umową pomiędzy inwestorem a Wykonawcą. Takie rozwiązanie ma na celu ochronę inwestora przed nadużyciami wykonawców polegającymi na zlecaniu robót za kwoty, których łączna suma przewyższa wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Inwestor nie ma obowiązku pokrywania nadwyżek wynikających z wewnętrznych ustaleń między wykonawcą a podwykonawcami. W przeciwnym razie wykonawca generowałby stratę lub przerzucałby na Inwestora dodatkowe koszty, które nie zostały uwzględnione w jego ofercie.

Zaznaczyć należy, że Wykonawca, składając ofertę, bierze pełną odpowiedzialność za kalkulację kosztów i dobór podwykonawców w taki sposób, aby był w stanie zrealizować zadanie w ramach zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego nieprawdą jest, że zapis, o którym mowa w § 13 ust. 4 lit d) umowy narusza zasad współżycia społecznego czy też zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jest to standardowe zabezpieczenie Zamawiającego przed eskalacją kosztów oraz próbą przenoszenia na niego konsekwencji niewłaściwego zarządzania podwykonawcami przez Wykonawcę.

Ad. 1.2.21. Zarzut w zakresie kary za obsługę (zarzut 8.3.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wymaga, aby wskazana osoba w § 8 ust. 8 pkt 3 umowy była stałym punktem kontaktowym w sprawach gwarancyjnych, co usprawnia obsługę zgłoszeń i eliminuje chaos organizacyjny. To rozwiązanie wynika z doświadczeń Zamawiającego i zapewnia efektywną koordynację działań serwisowych. Osoba ta ma być odpowiedzialna w imieniu Wykonawcy za przyjmowanie zgłoszeń w trakcie gwarancji i serwisów o ewentualnych wadach, awariach, usterkach; ma odpowiadać za skoordynowanie usuwania ww. wymienionych i przesyłania protokołów z serwisów i usunięcia usterek/wad. Kara dotyczy czynności związanej z obsługą a nie obsługi, czyli usunięcia wad/usterek lub niewykonania serwisu. Zgodnie z umową Wykonawcą ma prawo zmienić wymienioną osobę z niezwłocznym powiadomieniem Zamawiającego i podaniem danych.

Ad. 1.2.22. Zarzut w zakresie kar finansowych za powierzenie usunięcia wad innemu podmiotowi (zarzut 8.4.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutu i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wyjaśnia, że ujęta kara za powierzenie usunięcia wad innemu podmiotowi ma stanowić zadośćuczynienie i ma służyć, jako naprawienie wyrządzonej szkody.

W celu jasności zapisów Zamawiający wprowadzi uszczegółowienie w § 15 ust. 9 umowy:

W wypadku powierzenia usunięcia wad innemu podmiotowi na zasadach z § 6 ust. 15 umowy

Ad. 1.2.23 i 1.2.24. Zarzut w zakresie terminów realizacji (zarzuty 9.1. i 9.2.).

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględni zarzutów i wniósł o ich oddalenie.

Z punktu widzenia niniejszego postępowania, kluczowym jest fakt, iż w ramach umowy zawartej przez Agencję Uzbrojenia na dostawę satelitów obserwacyjnych wraz z Segmentem Naziemnym, Skarb Państwa zobowiązał się do udostępnienia infrastruktury niezbędnej do prawidłowego zrealizowania tej umowy. (Powyższa umowa objęta jest klauzulą ZASTRZEŻONE w związku z powyższym nie ma możliwości ujawnienia szczegółów wykonywania tej umowy) Z uwagi na powyższe, Zamawiający zobligowany został do wybudowania i oddania do użytkowania budynku

stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania w terminie umożliwiającym realizację zobowiązań Agencji Uzbrojenia w ramach zawartej przez nią umowy.

Nieoddanie do użytkowania budynku, który stanowi przedmiot niniejszego postępowania w określonym przez Zamawiającego terminie poniesie za sobą ryzyko kontraktowe po stronie Sił Zbrojnych RP, w tym związanych z potencjalnym ryzykiem dochodzenia odszkodowania wobec Skarbu Państwa.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że Zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie budynku stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania na potrzeby resortu obrony narodowej ustalenie sztywnego, konkretnego terminu realizacji przedmiotu postępowania pozwoliło w sposób przejrzysty i jednoznaczny określić jego przedmiot i poinformować wszystkich Wykonawców na tych samych zasadach, że składając ofertę powinni dobrać takie siły i środki aby wykonać przedmiot umowy z zachowaniem terminu określonego przez Zamawiającego. Zachowanie tego terminu jest istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności kraju, a więc wynika z obiektywnej konieczności i uwarunkowań zewnętrznych. Zamawiający wskazując sposób oceny ofert dla kryterium: „Termin wykonania infrastruktury pod montaż anteny” w sposób adekwatny odniósł się do przedmiotu zamówienia, podane terminy nie były w żaden sposób nadmierne ani restrykcyjne. Podnieść należy,

że wskazywanie ścisłych terminów realizacji zadania w umowie, zamiast określania ich w formie np. ilości miesięcy od dnia zawarcia umowy, jest prawnie dopuszczalne. Zgodnie z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada efektywności zamówień publicznych wymaga racjonalnego określenia warunków zamówienia, z kolei art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza wprost określenie terminu, jako konkretnej daty, jeśli wynika to z konieczności realizacji zamówienia w określonym czasie. Jedynym warunkiem zastosowania tego typu rozwiązania jest to, aby kryteria te były jasne i przewidywalne. Stosowanie sztywnych terminów znajduje szczególne uzasadnienie, zwłaszcza w przypadku projektów o krytycznym harmonogramie, które mają zapewnić terminowe zakończenie konkretnych prac, które są częścią szerszego projektu a opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, mogłoby skutkować nałożeniem kar umownych na zamawiającego przez inny podmiot. W niniejszym postępowaniu ochrona interesów Zamawiającego, z uwagi na szczególny rodzaj projektu (potrzeba przekazania infrastruktury na cele wywiadowcze i obronne) w pełnym zakresie umożliwiała posłużenie się właśnie takim sposobem punktowania zadeklarowanych przez wykonawców terminów. Jak podniesiono powyżej, kryteria nie dyskryminują żadnego z potencjalnych Wykonawców, są mierzalne, łatwe w ocenie i pozwalają w sposób jednoznaczny dokonać punktacji każdego Wykonawcy, z tego też względu zarzut należy uznać za całkowicie bezzasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego – w zakresie zarzutów nieuwzględnionych oraz w całości stanowisko odwołującego – w zakresie zarzutów uwzględnionych (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, co do zasady zamawiający uprawniony jest do dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz ustanowienia takich postanowień umowy, które w jak najlepszy sposób będą odpowiadały zapotrzebowaniu zamawiającego. Jednakże opis taki, jaki wg. oceny zamawiającego najbardziej oddaje intencje zamawiającego względem przedmiotu zamówienia oraz metody i sposobu realizacji przez opisanie w projekcie umowy stosownych wymagań, obostrzeń, kar, czy innego typu postanowień doznaje pewnego rodzaju ograniczenia ze względu na równowagę stron procesu inwestycyjnego.

Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza w ograniczonym zakresie uwzględniła zarzuty odwołującego w pozostałym zaś je oddalając uznając za bezzasadne.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Zgodnie z ustępem 3 pkt 1 lit. c) art. 554 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w zakresie zarzutów uwzględnionych, jednakże mając na uwadze przepis art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, Izba nie nakazała zamawiającemu wprowadzenia do umowy postanowień

o określonej treści, pozostawiając stosowną decyzję zamawiającemu, jednakże wyznaczając kierunek zmian, który w ocenie Izby byłby właściwy.

Zarzut IV.1.1. – wycinka drzew – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, odwołujący ma możliwość oszacować ilość drzew na podstawie dostępnych narzędzi, w tym dokumentacji geodezyjnej, map oraz przez dokonanie wizji lokalnej, która odbędzie się w dniach 5 marca lub 12 marca

2025 r. Możliwość zapoznania się ze stanem faktycznym poprzez wizję lokalną stanowi standardowy element przygotowania rzetelnej oferty przetargowej.

Brak udostępnienia przez zamawiającego, na obecnym etapie postępowania dokumentów i informacji nie stanowi wady postępowania, która naruszałaby zasady udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający swoim działaniem umożliwił bowiem wykonawcom powzięcie wszelkich możliwych informacji, które mają wpływ na prawidłową kalkulację ceny oferty.

Zarzut IV.1.3. – infrastruktura podziemna – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, pełen obraz istniejącej infrastruktury, jak również infrastruktury planowanej, został szczegółowo przedstawiony w projekcie zagospodarowania terenu (PZT) opatrzonym klauzulą „ZASTRZEŻONE”. Dokument zawiera istotne informacje pozwalające na określenie położenia infrastruktury oraz oszacowanie ewentualnych ryzyk związanych z jej kolizją

z planowanymi pracami. Z uwagi na klauzulę dokument nie jest udostępniony na stronie prowadzonego postępowania, jednakże zgodnie z zapisami w SWZ wykonawca ma możliwość wglądu do tych dokumentów. Jak wynika z dowodu powołanego przez zamawiającego, odwołującemu została udostępniona rzeczona dokumentacja, na jego wniosek, po terminie na wniesienie odwołania. Ponadto, analogicznie do wcześniej omawianego zarzutu, odwołujący miał możliwość z zapoznaniem się z zakresem zamówienia, przez dokonanie wizji lokalnej przewidzianej przez zamawiającego w SWZ.

Zarzut IV.1.7. – koordynacja prac – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, brzmienie treści umowy w zakresie skarżonym przez odwołującego jest jasna i jednoznaczna, nie budzi wątpliwości. Oczywistym bowiem jest, że wykonawca zamówienia, jako Generalny Wykonawca, przez swoich pracowników merytorycznych – kierownika budowy, kierowników robót, jak najbardziej uprawniony jest, a nawet taki obowiązek został nałożony na wykonawcę przez zamawiającego, do koordynowania prawidłowej realizacji inwestycji również w zakresie wykonawców opisanych w ust. 11 § 9 umowy. Przepis ten zobowiązuje wykonawcę do, cyt.: „Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia terenu budowy innemu Wykonawcy, z którym Zamawiający zawarł odrębną umowę na wykonanie robót nieobjętych przedmiotem niniejszej umowy, a których wykonanie stało się niezbędne do prawidłowej realizacji zadania oraz dla Wykonawcy montującego antenę z osprzętem”.

W ocenie Izby, uwarunkowanie powyższe nie stanowi naruszenia przepisów, które uniemożliwiłoby złożenie oferty przez odwołującego, czy też stanowiłoby ograniczenie w prawidłowej wycenie oferty.

Zarzuty IV.2.1. i 2.2. – wady – zarzuty zasadne.

Zdaniem Izby, w celu uniknięcia elementów spornych mogących ujawnić się na etapie odbioru robót zasadne i właściwe byłoby doprecyzowanie przez zamawiającego zakresu odpowiedzialności wykonawcy w zakresie w jakim odpowiada on za wady, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Jak wynika ze stanowiska zamawiającego, wprost opisanego w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający zdaje się podziela pogląd odwołującego, jednakże wywodzi swoje stanowisko z innych postanowień umowy. Dlatego też w celu ujednolicenia stanowiska zamawiającego, wydaje się zasadne dokonanie przez zamawiającego stosownej korekty postanowień umowy.

Zarzut IV.2.3. – zakres zamówienia – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, kwestionowany przez odwołującego zapis OPZ oraz Umowy, nie nakłada na wykonawcę odpowiedzialności za działania Dostawcy, lecz zapewnia, że prace budowlane zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami technicznymi i zachowają swoją jakość oraz trwałość, niezależnie od czynności montażowych wykonywanych na późniejszym etapie realizacji inwestycji.

Jak zasadnie wskazał zamawiający, Wykonawca zobowiązuje się do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do zapewnienia trwałości i jakości zrealizowanych robót budowlanych, a także do ich należytego zabezpieczenia przed wpływem innych czynników, które mogłyby negatywnie oddziaływać na ich stan techniczny. Jest to standardowy wymóg, wynikający z ogólnych zasad realizacji inwestycji budowlanych oraz obowiązków Wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego. W tym kontekście przekazanie terenu budowy dostawcy sprzętu oraz jego późniejsze działania montażowe nie mogą stanowić podstawy do wyłączenia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy za prawidłowe wykonanie i jakość zrealizowanych robót budowlanych. Jest to fundamentalna zasada w tego typu inwestycjach, gdzie roboty budowlane oraz dostawy i montaż sprzętu są skoordynowanymi, wzajemnie powiązanymi elementami jednego przedsięwzięcia.

Zarzut IV.2.4. – odpowiedzialność za teren budowy – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby rację ma zamawiający, że zgodnie z obowiązującymi przepisami przejęcie obiektu (terenu budowy) niejako wymusza na przejmującym (wykonawcy) odpowiedzialność za jego bezpieczeństwo i prawidłowe użytkowanie. Wykonawca zachowuje teren budowy

w swoim władaniu w ramach, którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i porządku. Celem tych czynności jest osiągnięcie zamierzonego rezultatu -

wykonania obiektu i oddania go zamawiającemu wraz z przekazaniem uprzednio terenem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1990 r., I CR 750/90). W wyroku z dnia 4 listopada 2016 r., VI ACa 1158/15, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że: „Odpowiedzialność Wykonawcy na podstawie tego przepisu dotyczy wszelkich szkód powstałych na przejętym terenie. W aspekcie podmiotowym obejmuje zarówno odpowiedzialność wobec osób trzecich, jak i odpowiedzialność wobec stron uczestniczących w procesie budowlanym. W aspekcie przedmiotowym odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy zarówno szkód na osobie, jak i szkód na mieniu. Jak się wskazuje w doktrynie, przepis ten obejmuje odpowiedzialność zarówno deliktową, jak i kontraktową”.

Jak słusznie wskazał zamawiający, odwołujący błędnie interpretuje ten zapis twierdząc, że rzekomo rozszerza on odpowiedzialność Wykonawcy ponad zakres wynikający z ogólnych zasad prawa cywilnego. W rzeczywistości postanowienie to jedynie precyzuje obowiązki, które i tak spoczywają na Wykonawcy na podstawie obowiązujących regulacji prawnych oraz standardowej praktyki kontraktowej. Podkreślenia wymaga również fakt, że teren budowy staje się miejscem realizacji inwestycji przez Wykonawcę i to on ma pełną kontrolę nad jego stanem oraz tym, jakie działania są na nim prowadzone, odpowiedzialność za teren budowy obejmuje nie tylko kwestie techniczne, ale również bezpieczeństwo ludzi i środowiska, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami, ochrona terenu budowy przed kradzieżą, pożarem i innymi zagrożeniami jest obowiązkiem Wykonawcy wynikającym z jego roli, jako generalnego wykonawcy prac budowlanych i nie stanowi żadnego nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności, brak tego zapisu mógłby prowadzić do sytuacji, w której Wykonawca uchylałby się od obowiązku należytej ochrony terenu budowy, co stanowiłoby zagrożenie zarówno dla inwestycji, jak i dla bezpieczeństwa publicznego.

Zarzut IV.2.6. – odpowiedzialność gwarancyjna – zarzut zasadny.

W ocenie Izby sformułowanie zaproponowane przez odwołującego nie wypacza celu jaki zamawiający przewidział w § 5 ust. 2 Karty Gwarancyjnej, wręcz przeciwnie, precyzuje zakres odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy określając tę odpowiedzialność do usterek wynikających z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Takie brzmienie § 5 ust. 2 Karty Gwarancyjnej zabezpiecza w równym stopniu interesy zamawiającego jak i wykonawcy, eliminując ewentualne roszczenia, które nie wynikają z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zarzut IV.3. – rozliczenie zadania – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, obowiązujące przepisy nie ograniczają możliwości rozliczenia robót, z uwzględnieniem wszystkich elementów składających się na takie rozliczenie, w sytuacji, w której przekazanie obiektu będzie dokonywane na rzecz przyszłego administratora obiektu. Nadto wskazać należy, że zamawiający w piśmie procesowym zapowiedział (złożył oświadczenie) modyfikację spornego postanowienia § 3 ust. 7 umowy przez uwzględnienie zamawiającego w czynnościach przekazania obiektu dla administratora, w związku z czym przyjąć należy, że zamawiający będzie brał udział w tych czynnościach, jako strona umowy. Tym samym udział strony umowy (zamawiającego) został przewidziany w czynnościach przekazania obiektu, co oznacza, że obawy odwołującego, iż w czynnościach będzie brał udział tylko podmiot trzeci (administrator), nie znajduje swojego uzasadnienia faktycznego.

Zarzut IV.4. - finansowanie – zarzut bezzasadny.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, który wskazał, że zamawiający wprost przewidział mechanizmy zapewniające terminowe rozliczenia robót, a możliwość wystawiania faktur częściowych i ich regulowanie w terminie do 30 dni wyklucza sytuację, w której Generalny Wykonawca musiałby finansować inwestycję ze środków własnych przez długi okres. Zamawiający przewidział również możliwość zmiany przydzielonych limitów finansowych na poszczególne lata, co z pewnością, przy przyjęciu, że zamawiającemu zależy na pilnym wykonaniu przedmiotu zamówienia, zostanie wprowadzone w formie aneksu,

co z kolei nie powinno powodować dodatkowego zwiększonego kredytowania inwestycji przez wykonawcę (zasada współpracy stron umowy w celu osiągnięcia zamierzenia inwestycyjnego – przepis art. 431 ustawy Pzp).

Zarzut IV.5.1. - termin gwarancji przy stwierdzeniu wad przy odbiorze końcowym – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, proponowana przez odwołującego zmiana § 6 ust. 1 umowy, *de facto* wykluczyłaby obowiązek 5 letniej gwarancji na elementy przedmiotu umowy, których wady zostały stwierdzone przy odbiorze końcowym. Oczywistym jest bowiem, że gwarancja obowiązuje i liczona jest od przekazania przedmiotu umowy bez wad. W przypadku stwierdzenia wad gwarancja względem usuniętych wad liczona jest od terminu przekazania ich protokołem odbioru. Nie ulega również wątpliwości, że stwierdzone wady muszą mieć charakter nieistotny, tzn. pomimo ich stwierdzenia, główny przedmiot realizacji nadaje się do użytkowania.

Zarzut IV.5.2. - odrzucenie zawiadomienia o odbiorze końcowym – zarzut zasadny.

W ocenie Izby, zamawiający *de facto* nie odniósł się do *clou* zarzutu wskazując jedynie na obowiązek prawidłowego rozliczenia inwestycji. Zamawiający całkowicie pomija okoliczności, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem jak i doktryną brak jest podstaw do odrzucenia zawiadomienia wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego

inwestycji

w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi wady, które nie są istotne z punktu widzenia użytkowania obiektu. Zamawiający w § 10 ust. 5 umowy nie sprecyzował podstaw do odrzucenia zawiadomienia wykonawcy, co może budzić uzasadnione wątpliwości.

Zdaniem Izby, proponowana przez odwołującego zmiana treści § 10 ust. 5 umowy w pełni ureguje powyższe kwestie i wprowadzi jednolitość interpretacji ewentualnego odrzucenia zawiadomienia.

Zarzut IV.5.3. - uzależnienie odbioru końcowego od czynności, za które wykonawca nie odpowiada – zarzut zasadny.

W ocenie Izby, odwołujący ma rację stawiając przedmiotowy zarzut, gdyż nie jest możliwe, aby wykonawca, który prawidłowo zrealizował przedmiot umowy i gotowy jest do odbioru końcowego ponosił negatywne konsekwencje za działanie organu administracji publicznej, na które to działania nie ma żadnego wpływu.

Zdaniem Izby, proponowana przez odwołującego zmiana treści § 10 ust. 9 umowy w pełni ureguje powyższe kwestie i wprowadzi jednolitość interpretacji.

Zarzuty IV.6.1., 6.2., 6.3. - usuwanie wad – zarzut zasadny w zakresie 6.1. i 6.2. niezasadny w zakresie 6.3.

W zakresie zarzutów 6.1. i 6.2. Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są zasadne.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca może odpowiadać tylko za wady spowodowane przez niego. Zdarzyć się również może sytuacja, że usunięcie wady, z przyczyn obiektywnych nie będzie możliwe w oznaczonym terminie. Dlatego też żądanie odwołującego o wprowadzenie stosownych zmian zarówno do postanowień umowy jak i Karty gwarancyjnej uznać należy za merytorycznie zasadne.

Zarzut 6.3. dotyczący § 6 ust. 8 umowy oraz §4 ust. 4 Karty Gwarancyjnej Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem Izby, ustanowione przez zamawiającego regulacje są prawidłowe i nie zaburzają stosunku stron postępowania. Oczywistym bowiem jest, że jeżeli wykonawca złoży do zamawiającego uzasadniony wniosek to zamawiający taki zaakceptuje. Nie można tak jak chce tego odwołujący arbitralnie twierdzić, że złożenie wniosku niejako z automatu powoduje wydłużenie terminu na usunięcie wad. W tym względzie zamawiający musi mieć możliwość oceny złożonego wniosku z uzasadnieniem i podjęcie stosownej decyzji.

Zarzut IV.8.1. - wynagrodzenie podwykonawcy – zarzut bezzasadny.

W ocenie Izby, przenoszenie odpowiedzialności dotyczącej wysokości wynagrodzenia wykonawcy w kwocie określonej zawartą umową w przypadku, gdy podwykonawca będzie realizował swój zakres zamówienia za kwotę wyższą niż pierwotnie ustalił to z wykonawcą, a co za tym idzie sumarycznie przekroczy kwotę kontraktową, na zamawiającego jest niezasadne.

Wskazać bowiem należy, iż umowa w swoim najbardziej kosztowym zakresie będzie realizowana w krótkim okresie czasu, tym samym możliwe jest ustalenie przez wykonawcę kosztów podwykonawcy na realnym poziomie, który nie ulegnie zmianie. Jest to ryzyko kontraktowe, które w całości spoczywa na wykonawcy. Nadto wskazać należy, że zamawiający przewidział procedurę waloryzacyjną, która będzie obowiązywała strony umowy.

Zarzut IV.8.3. - kara za obsługę – zarzut bezzasadny.

Zdaniem Izby, brzmienie kwestionowanego przez odwołującego postanowienia § 19 ust. 1 pkt 9 umowy jest jasne i nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych.

Jak słusznie wskazał zamawiający wymaga on, aby wskazana osoba w § 8 ust. 8 pkt 3) umowy była stałym punktem kontaktowym w sprawach gwarancyjnych, co usprawnia obsługę zgłoszeń i eliminuje chaos organizacyjny. To rozwiązanie wynika z doświadczeń zamawiającego i zapewnia efektywną koordynację działań serwisowych. Osoba ta ma być odpowiedzialna w imieniu wykonawcy za przyjmowanie zgłoszeń w trakcie gwarancji i serwisów o ewentualnych wadach, awariach, usterkach; ma odpowiadać za skoordynowanie usuwania ww. wymienionych i przysyłania protokołów z serwisów i usunięcia usterek/wad. Kara dotyczy czynności związanej z obsługą a nie obsługi, czyli usunięcia wad/usterek lub niewykonania serwisu.

Zarzut IV.8.4. - kary finansowe za powierzenie usunięcia wad innemu podmiotowi – zarzut bezzasadny.

Wskazać należy, że zamawiający oświadczył, iż zmodyfikuje brzmienie skarżonego postanowienia umowy, przez zmniejszenie wysokości kary oraz wykreślenie znacznej części spornego postanowienia. Zdaniem Izby czynność zamawiającego konsumuje żądanie odwołującego i nie narusza obowiązujących przepisów.

Zarzuty IV.9.1., 9.2. - terminy realizacji – zarzuty bezzasadne.

W niniejszym postępowaniu ochrona interesów zamawiającego, z uwagi na szczególny rodzaj projektu (potrzeba przekazania infrastruktury na cele wywiadowcze i obronne) w pełnym zakresie umożliwiała posłużenie się właśnie takim sposobem punktowania zadeklarowanych przez wykonawców terminów. Kryteria oceny ofert nie dyskryminują żadnego z potencjalnych wykonawców, są mierzalne, łatwe w ocenie i pozwalają w sposób jednoznaczny dokonać punktacji każdego wykonawcy.

Ponadto podanie przez zamawiającego terminów realizacji zamówienia przez określenie konkretnej daty nie narusza obowiązujących przepisów. Każdy z wykonawców, chcący złożyć ofertę, mając wiedzę co do potencjału własnej firmy i

ewentualnie podwykonawców, ma możliwość skalkulowania odpowiednich ryzyk, ich wyceny, a co za tym idzie ma możliwość ustalenia daty, w której przewiduje zakończenie wykonania infrastruktury pod montaż anteny.

Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, który wskazał, że jest związany umową z dostawcą systemu, a w ramach tej umowy został określony maksymalny termin realizacji prac budowlanych objętych przedmiotowym postępowaniem, co z kolei wiąże się, w przypadku niedotrzymania terminu, z naliczeniem bardzo wysokich kar.

Zdaniem Izby, każdy z wykonawców, przyjmując na siebie obowiązek wykonania zadania w określonym terminie ma świadomość znaczenia prawidłowego wykonania inwestycji dla bezpieczeństwa obywateli.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2067/24 „Istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na założeniu,

że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach, które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie. Dostępu do zamówienia publicznego nie sposób utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15, naturalnym jest, że jednego rodzaju kryteria, jedni wykonawcy spełniają „lepiej”, a inni „gorzej”. Taki bowiem jest charakter kryteriów oceny ofert. Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy Pzp nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt KIO 610/22, gdzie wskazała, że kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców”, ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miała być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłyby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast, aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurencyjności wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców

w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości”.

Podobnie stwierdziła Izba w wyroku KIO 1110/23: „Dobór kryteriów oceny ofert, stosownie do art. 239 ustawy Pzp, ma umożliwić wybór oferty najkorzystniejszej. W określonych przez ustawę Pzp ramach Zamawiający mogą dowolnie dobrać kryteria jakościowe do swoich uzasadnionych potrzeb”.

Izba wyjaśniła także pojęcie „uczciwej konkurencji” w kontekście punktacji określonych kryteriów (vide: wyrok o sygn. akt KIO 3463/21): „Nie budzi wątpliwości, że określenie „uczciwej konkurencji”, także w zamówieniach publicznych, należy odnieść do zasady „niech wygra najlepszy” (jako odpowiednika „najkorzystniejszej oferty”). Tym samym wybór produktu najlepszego jakościowo trudno uznać za naruszenie uczciwej konkurencji, także w kontekście art. 99 ust. 4 Prawo zamówień publicznych”.

W wyroku o sygn. akt KIO 1336/21 Izba stwierdziła: „W odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert mają na celu umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, która w najwyższym stopniu na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów będzie spełniała oczekiwania Zamawiającego. Kryterium oceny ofert może więc określać wyższe warunki i wymagania wobec wykonawcy w związku z charakterem przedmiotu zamówienia, w tym zasady przyznawania punktów”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jak najbardziej zgodne są z powyższą linią orzecniczą, gdyż zostały ukształtowane w sposób obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi

w ustawie Pzp, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący:.....