Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Warszawa, dnia 23 października 2020 r.

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

Zamawiający:

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich
ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź
prowadzący postępowanie:
Wydział Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi
ul. ks. Ignacego Skorupki 21, 90-532 Łódź
osoby do kontaktu:
Dominika Piwowarczyk
Waldemar Seliga
email: zamowienia@uml.lodz.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez:
r.pr. Annę Wrzesień
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: anna.wrzesien@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Rewitalizacja obszarowa centrum Łodzi – projekt 6 – remont, przebudowa i adaptacja obiektu pofabrycznego przy ulicy Sienkiewicza 75/77 wraz z zagospodarowaniem terenu na potrzeby Teatru Pinokio oraz budowa ciągu pieszo-jezdnego w kwartale ulic Nawrot-Piotrkowska-Roosevelta-Sienkiewicza* w ramach projektu pn. *„Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6" WND-RPLD.06.03.01-10-0004/17* (nr sprawy: DSR-ZP-II.271.19.2020; dalej jako **„Postępowanie"**)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2020 r. pod nr 2020/S 199-481495.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako **„Odwołujący"**) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako **„ustawa Pzp"**), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: **„SIWZ"**), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

1) **art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie nieprecyzyjnych definicji oraz ustalenie w ramach wzoru Aktu Umowy (Załącznik do SIWZ, dalej jako **„Umowa"**) niespójnych postanowień dotyczących dokonywania odbiorów w ramach przedmiotowej realizacji, przyznających w konsekwencji Zamawiającemu prawo do uzależnienia przystąpienia do właściwych czynności odbiorowych oraz odmowy dokonania odbioru robót do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

2) **art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473§ 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484§2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie bez precyzyjnego określenia podstaw ich naliczania;

3) **art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do Umowy postanowień wymuszających na wykonawcach kalkulację ryzyk niemożliwych do oszacowania na etapie sporządzania oferty, związanych z zaistnieniem zdarzeń przyszłych i niepewnych, nieznajdujących oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia i aktualnych uwarunkowaniach będących podstawą jego sporządzenia, co narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc równocześnie do nieporównywalności składanych ofert, a w konsekwencji naruszając uczciwą konkurencję w ramach Postępowania;

4) **art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 355§2 KC** poprzez zdefiniowanie obowiązków nałożonych na wykonawcę poprzez odniesienie do niezdefiniowanego miernika „najwyższej staranności", co w konsekwencji uniemożliwia precyzyjne ustalenie zakresu oczekiwanych od wykonawcy działań, a w konsekwencji precyzyjną wycenę ryzyk kontraktowych.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2020 r. Tego samego dnia opublikowana została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SIWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także**

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.[1] Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.[2] W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353[1] KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**[3]

II. Zarzut dotyczący bezusterkowego odbioru robót – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach Umowy ustalił sposób, w jaki powinny być interpretowane przez strony zwroty użyte w treści dokumentu. Tak też w ramach §1 Umowy Zamawiający zdefiniował m.in. następujące pojęcia mające wpływ na odbiór wykonywanych prac:
   - ***„Odbiór Końcowy Inwestycji"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Inwestycji oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych ostatecznych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie oraz usunięcie wad i usterek stwierdzonych podczas Odbioru Końcowego Robót, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z*

[1] Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.
[2] Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.
[3] KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.

- ***„Odbiór Końcowy Robót"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Inwestycji oraz uzyskanie wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie , z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
- ***„Odbiór Końcowy Zadania 1"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Zadania 1 oraz uzyskanie wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
- ***„Odbiór Końcowy Zadania 2"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Zadania 2 oraz uzyskanie wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
- ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Robót, **obejmujący listę wad i usterek stwierdzonych przez Zamawiającego** podczas Odbioru Końcowego Robót, **których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Robót".***
- ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Zadania 1"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Zadania 1, **obejmujący listę wad i usterek stwierdzonych przez Zamawiającego** podczas Odbioru Końcowego Zadania 1, **których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 1".***
- ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Zadania 2"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Zadania 2, **obejmujący listę wad i usterek stwierdzonych przez Zamawiającego** podczas Odbioru Końcowego Zadania 2, **których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 2".***
- ***„Protokół Usterek i Wad"*** *- podpisany przez Strony dokument, **zawierający listę wad i usterek nieistotnych** stwierdzonych przez Zamawiającego podczas Odbioru Końcowego Robót, **których występowanie umożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Robót**. Protokół Usterek i Wad **jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego Robót".***
- ***„Protokół Usunięcia Usterek i Wad"*** *- podpisany przez Strony dokument, potwierdzający **usunięcie wszelkich wad i usterek stwierdzonych podczas Odbioru Końcowego Robót** w Protokole Usterek i Wad. Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.*
- ***„Protokół Odbioru Końcowego Robót"*** *- podpisany przez Strony dokument, potwierdzający dokonanie Odbioru Końcowego Robót.*
- ***„Protokół Odbioru Końcowego Inwestycji"****- podpisany przez Strony dokument potwierdzający dokonanie Odbioru Końcowego Inwestycji.*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

- ***„Protokół Odbioru Końcowego Zadania 1"*** *- podpisany przez Strony dokument, potwierdzający dokonanie Odbioru Końcowego Zadania 1.*
- ***„Protokół Odbioru Końcowego Zadania 2"*** *- podpisany przez Strony dokument, potwierdzający dokonanie Odbioru Końcowego Zadania 2*
- ***„Wada"*** *- **każda wada** fizyczna lub prawna w zakresie Robót/Dostaw/Usług, brak, niekompletność lub uszkodzenie / Robót/Dostaw/Usług oraz **każda niezgodność** w wykonaniu Robót/Dostaw/Usług z Umową, stosownymi przepisami, normami lub sztuką budowlaną; **w tym jakiekolwiek wady zmniejszające wartość lub użyteczność /Robót/Dostaw/Usług ze względu na cel określony w Umowie i ich przeznaczenie .***

2. Już ze wskazanych powyżej definicji wynikają niejednoznaczności w zakresie podejścia Zamawiającego do kwestii bezusterkowości odbiorów dokonywanych w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji. Z jednej strony poprzez definicję „Protokołu Usterek i Wad" Zamawiający daje wyraz temu, że rozróżnia pojęcie wad istotnych i nieistotnych, a w konsekwencji wskazuje, że wady i usterki nieistotne nie przekładają się na możliwość dokonania odbioru prac. Z drugiej jednak strony Zamawiający **definiując Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót czy Zadania nie wprowadza jakiejkolwiek gradacji zidentyfikowanych nieprawidłowości,** co w konsekwencji prowadzi do tego, że bazując na tak ukształtowanej definicji w zasadzie wszelkie wady i usterki mogłyby uniemożliwić dokonanie odbioru. Co za tym idzie, wprowadzone przez Zamawiającego rozróżnienie wad istotnych i nieistotnych nie jest konsekwentne, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że Zamawiający w każdym z punktów posługuje się inną terminologią posługując się równolegle sformułowaniem „wada", „usterka", „Wada", „Usterka" oraz „wady i usterki nieistotne". Co przy tym istotne, definicja „Wady" obejmuje w zasadzie wszelkie możliwe nieprawidłowości (zarówno usterki jak i wady istotne jak i nieistotne), co w konsekwencji oznacza, że jej wprowadzenie w takim kształcie zmniejsza jedynie czytelność projektowanych postanowień umownych, obejmując w zasadzie wady i usterki o charakterze istotnym i nieistotnym.

3. Brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego i intencja wprowadzenia do wzoru umowy odbioru bezusterkowego wynika dodatkowego z postanowień §17 Umowy regulującego odbiór robót przez Zamawiającego, zgodnie z którymi:
   - **§17 ust. 1 Umowy:** ***Zgłoszenie gotowości Robót do odbioru końcowego dla Zadania 1, Zadania 2.***

     a) Kiedy całość przedmiotu Zamówienia dla Zadania 1, Zadania 2 zostanie ukończona, Wykonawca zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 poprzez:
     1)dokonanie wpisu do dziennika budowy;
     2) powiadomienie Inżyniera Kontraktu (z kopią dla Zamawiającego).
     b) Zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 2 może być dokonane tylko po:
     1) zgłoszeniu Robót do przeglądu technicznego. Wykonawca dokona takiego zgłoszenia z 7 (siedmio) - dniowym wyprzedzeniem. W ramach zgłoszenia powiadomi Inżyniera Kontraktu o planowanym terminie rozpoczęcia przeglądów technicznych. Wraz z informacją Wykonawca przedłoży harmonogram rozruchu instalacji, prób i sprawdzeń,

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

*2) dokonaniu przeglądu technicznego potwierdzonego protokołem z przeglądu Robót. Przegląd techniczny obejmuje: **wskazanie usterek**, sprawdzenia poprawności działania instalacji, urządzeń, systemów, ocenę jakości wykonanych Robót. Przegląd dokonywany jest w obecności przedstawicieli Zamawiającego, Inżyniera Kontraktu i zaproszonych konsultantów. Dla potrzeb powyższych czynności Wykonawca dostarczy konieczną dokumentacje powykonawczą. Rozpoczęcie przeglądu technicznego nie może rozpocząć się później niż 21 (dwadzieścia jeden) dni przed planowanym zgłoszeniem gotowości Robót do odbioru końcowego,*

*3) **potwierdzeniu usunięcia usterek** wykazanych podczas przeglądu technicznego. Potwierdzenie tego wpisu przez Inżyniera Kontraktu lub brak ustosunkowania się do powyższego w terminie do 7 (siedmiu) dni od daty dokonania wpisu i **oznaczać będzie, że Roboty uznaje się za zakończone i Zamawiający przystąpi do ich odbioru końcowego w dniu określonym przez Strony.***

- **§17 ust. 2 Umowy:** ***Dokumentacja odbiorowa odpowiednio dla Zadania 1, Zadania 2***

  Z zastrzeżeniem postanowień § 7 ust. 6 przed Odbiorem Końcowym Robót Wykonawca dla Zadania 1, Zadania 2 przeprowadzi przewidziane niniejszą Umową i odpowiednimi przepisami prawa próby techniczne, a na dzień rozpoczęcia czynności Odbioru Końcowego Robót przedłoży Inżynierowi w szczególności:

  a)oryginał dziennika budowy,

  b)oświadczenie Kierownika Budowy w zakresie określonym w § 7 ust. 6 lit. n,

  c)oświadczenie projektanta sprawującego nadzór autorski (na podstawie odrębnej umowy) o wykonaniu Robót zgodnie z projektem,

  d)protokoły badań i prób technicznych,

  e)inwentaryzację geodezyjną powykonawczą,

  f)dokumentację powykonawczą potwierdzenie odbioru wykonanych przyłączy,

  g)świadectwo charakterystyki energetycznej budynku, jeżeli jest wymagane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

  h) zaświadczenia organów, wymienionych w art. 56 Prawa budowlanego, o braku sprzeciwu lub uwag do użytkowania obiektu,

  i) inne dokumenty niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie,

  j) instrukcje obsługi i konserwacji zamontowanych Urządzeń, o ile są wymagane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa; protokoły ze szkoleń,

  k) karty gwarancyjne producentów urządzeń i materiałów,

  l) certyfikaty na znak bezpieczeństwa, certyfikaty zgodności lub deklaracje zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną, świadectwa jakości, atesty,

  m) protokół z usunięcia usterek,

  n) końcowe rozliczenie Robót,

  o) oświadczenie o przeniesieniu wszelkich majątkowych praw autorskich do utworów wchodzących w skład zrealizowanego przedmiotu Umowy wraz z wszelkimi wymaganymi licencjami,

  p) dokumenty do rozliczenia finansowego Inwestycji (OT, PT) w ujęciu określonym przez Zamawiającego.

- **§17 ust. 6 Umowy:** ***Protokół Odbioru Końcowego Robót***

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Z czynności Odbioru Końcowego Robót Zadania 1, Odbioru Końcowego Robót Zadania 2 zostanie sporządzony i podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę ***Protokół Odbioru Końcowego Robót****, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w ich toku, w tym* ***wszelkie ujawnione Wady*** *wraz ze wskazaniem terminu ich usunięcia. Jeżeli w trakcie czynności Odbioru Końcowego Robót:*

a) ***Zamawiający wraz z Inżynierem Kontraktu stwierdzą, że przedmiot odbioru nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 z powodu nie zakończenia wszystkich Robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób, istnienia zasadniczych Wad czy też z powodu innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami; normami lub niniejszą Umową,*** *czy też Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej umożliwiającej prawidłowe i bezpieczne użytkowanie i eksploatację przedmiotu odbioru, Zamawiający, może odmówić takiego odbioru.* ***W takiej sytuacji, Wykonawca i Zamawiający sporządzą Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 ze wskazaniem usterek i Wad, których występowanie uniemożliwia dokonanie Odbioru Końcowego Robót oraz ustalą datę ich usunięcia.*** *Po usunięciu przez Wykonawcę zawartych w tym protokole stwierdzonych usterek i Wad, Wykonawca ponownie zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2, a Zamawiający ponownie przystąpi do przeprowadzenia Odbioru Końcowego Robót*

lub

b) zostaną stwierdzone ***niemożliwe do usunięcia, ale nieistotne Wady*** *umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 obniżając odpowiednio Wynagrodzenie, Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy.*

c) ***zostaną stwierdzone Wady, które uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem*** *Zamawiający może odstąpić od Umowy poprzez złożenie pisemnego oświadczenia w terminie 60 dni od dnia stwierdzenia tych Wad lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy wg własnego wyboru - przez Wykonawcę lub podmiot trzeci. Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy. W zakresie odstąpienia od Umowy § 36 ust. 5-7 Umowy stosuje się odpowiednio.*

d) zostaną stwierdzone nieistotne Wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z przeznaczeniem Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 z określonymi uwagami i zastrzeżeniami. W przypadku uwag lub zastrzeżeń Strony opracują i podpiszą Protokół Usterek i Wad stanowiący załącznik do Protokołu Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2, w którym zostaną wskazane stwierdzone przez Zamawiającego w toku Odbioru Końcowego Robót Wady i usterki umożliwiające Odbiór Końcowy Robót dla Zadania 1, Zadania 2 oraz wyznaczony zostanie termin na ich usunięcie przez Wykonawcę.

- **§17 ust. 7 Umowy: Potwierdzenie usunięcia Wad**

Po tym, jak wszystkie ***Wady*** *wyspecyfikowane w Protokole Usterek i Wad zostaną usunięte, Inżynier Kontraktu i Wykonawca powinni, w ciągu 3 (trzech) dni od daty otrzymania przez Inżyniera Kontraktu od Wykonawcy powiadomienia o takim skutku, potwierdzić usunięcie* ***usterek i Wad*** *w odniesieniu do wadliwych części poprzez podpisanie Protokołu Usunięcia*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Usterek i Wad. Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego dla Zadania 1, Zadania 2 Inwestycji.

- **§17 ust. 8 Umowy: *Protokół Odbioru Końcowego Inwestycji***

Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji będzie możliwe po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 1, Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 2 oraz po zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy w całości, ***po usunięciu Wad i usterek*** *zgłoszonych podczas Odbioru Końcowego Robót oraz po uzyskaniu ostatecznych i niezbędnych decyzji, pozwoleń i zezwoleń, w szczególności ostatecznego pozwolenia na użytkowanie. Czas trwania czynności Odbioru Końcowego Inwestycji wliczany jest do Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji.*

4. Z powyższych postanowień wynikają następujące wnioski:
   - **Zamawiający warunkuje już samo przystąpienie do czynności odbiorowych od pozytywnego przeglądu robót i uzyskania bezusterkowego protokołu z tegoż przeglądu** (vide §17 ust. 1 lit. b) ppkt 2) Umowy oraz §17 ust. 2 lit. m) Umowy). Tymczasem, ocena prawidłowości dokonywanych prac to elementy, które podlegają weryfikacji już w tracie samych czynności odbiorowych. Ocenę wykonanych prac i charakter występujących w nich uchybień regulują dalsze ustępy §17 Umowy, a tym samym **sam Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, że tego typu oceny dokonać może dopiero po szczegółowym sprawdzeniu wykonanych prac w ramach czynności odbiorowych i nie są to elementy, które zadecydować mogą o odmowie przystąpienia do odbioru robót.** Niezasadnym byłoby bowiem dokonywanie takiej weryfikacji „z góry" i wykorzystywanie tego mechanizmu do opóźniania czynności odbiorowych, a w konsekwencji wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia, zwłaszcza, że §17 ust. 1 lit. b) ppkt 2) Umowy zakłada w tym zakresie daleko idącą uznaniowość, gdyż odwołuje się do pojęcia „usterek", sprawiając, że wszelkie najdrobniejsze nawet uchybienia, w żaden sposób nie wpływające na prawidłowość wykonanych prac i możliwość korzystania z ich efektu, mogą stanowić przeszkodę w samym już przystąpieniu do zasadniczych czynności odbiorowych. Taka regulacja jest tym bardziej niezrozumiała i niespójna, że sam Zamawiający zdaje się zdawać sprawę z faktu, iż drobne usterki mogą w odbieranym przedmiocie zamówienia występować i nie powinno to skutkować brakiem odbioru (vide §17 ust. 6 lit. d) Umowy). **Co za tym idzie, skoro usterki (z samej definicji stanowiąc nieistotną wadę) nie powinny blokować odbioru przedmiotu zamówienia, to tym bardziej nie mogą blokować przystąpienia do czynności odbiorowych.** W konsekwencji, tego typu postanowienie stanowi wyraz uchylania się przez Zamawiającego od ciążącego na nim obowiązku odbioru robót, wynikającego z art. 647 k.c. i akcentowanego w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej (o czym w dalszej części odwołania).
   - Zamawiający zdaje się rozróżniać pojęcia wad istotnych i nieistotnych (vide pierwsze zdanie §17 ust. 6 lit. d Umowy, gdzie Zamawiający posługuje się sformułowaniem „nieistotne Wady" oraz pierwszy fragment §17 ust. 6 lit. a) Umowy, gdzie Zamawiający posługuje się sformułowaniem „zasadnicze Wady") i przewidywać w konsekwencji w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych możliwość dokonania odbioru to takie rozróżnienie nie jest przez niego dokonywane w sposób konsekwentny, gdyż zwłaszcza **dalsza treść §17 ust. 6 lit. a) Umowy sugeruje uprawnienie**

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek niezgodności (Zamawiający posługuje się w dalszej części §17 ust. 6 lit. a) Umowy sformułowaniem o „innych niezgodnościach" mogących być przyczyną odmowy odbioru czy też sformułowaniem „usterki i Wady", a więc sformułowaniem wskazującym na mniej istotne uchybienia niż wady zasadnicze).

- Zamawiający w ramach §17 ust. 6 lit. c) Umowy przewiduje możliwość odstąpienia od Umowy każdorazowo w sytuacji zidentyfikowania wad, które uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem **bez względu czy dana wada ma charakter usuwalny**. Powyższe jest o tyle niespójne z pozostałymi postanowieniami umowy i niezgodne z praktyką budowlaną, że w sytuacji istotnych wad, które wykonawca jest w stanie doprowadzić do zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego jego uprawnieniem i obowiązkiem jest wywiązania się z zobowiązań umownych. Niezrozumiałym byłoby w takiej sytuacji dążenie do zakończenie istniejącego stosunku prawnego, zwłaszcza, że w przypadku wad nieistotnych dalej idącą sankcję niż wyszczególnienie jej podczas czynności odbiorowych, Zamawiający przewiduje wyłącznie w odniesieniu do wad, których nie można usunąć (a więc właśnie wad nieusuwalnych);
- jakkolwiek pewne rozróżnienie dotyczące wad istotnych i nieistotnych ma miejsce w odniesieniu do odbioru robót (§17 ust. 6 Umowy), to w przypadku odbioru końcowego inwestycji Zamawiający żadnej nawet wzmianki w przedmiocie dopuszczenia istnienia wad nieistotnych nie projektuje, jednoznacznie wskazując, że dokona odbioru dopiero po usunięciu **Wad i usterek** zgłoszonych podczas Odbioru Końcowego Robót. Takie rozróżnienie z jednej strony wskazuje na **brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego, z drugiej zaś obrazuje oczekiwanie Zamawiającego co do bezusterkowego odbioru końcowego inwestycji**, który w swych skutkach ma kluczowe znaczenie na linii wykonawca – inwestor (właśnie od odbioru końcowego inwestycji uzależnione jest stwierdzenie terminowości wykonania zobowiązania – vide §3 ust. 1 Umowy i związana z tym kara umowna naliczana na podstawie §33 lit. d) Umowy czy końcowe rozliczenie inwestycji – vide §30 ust. 19 Umowy).

5. Tym samym, cytowane powyżej postanowienia Umowne cechują się po pierwsze niespójnością, co godzi w dyrektywę prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś dają Zamawiającemu uprawnienie **do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac) jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.** Wprowadzając niespójną terminologię i używając łącznego określenia „wady i usterki" względem tego samego rodzaju przewinień Zamawiający wprowadza w konsekwencji postanowienia, które w sposób niejednoznaczny odzwierciedlają jego intencje, a wykonawcy nie mają pewności co do sposobu działania i kwalifikacji zidentyfikowanych w czasie odbiorów robót czynności. Ta niejednoznaczność i brak spójności wzmożona jest zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę mnogość odbiorów, które wprowadza Zamawiający, które winny być przeprowadzone w tym samym czasie. Unaocznia to odbiór końcowy Zadania 2 (przeprowadzany w terminie do 18 miesięcy od podpisania Umowy) oraz odbiór końcowy

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Inwestycji, który winien być przeprowadzony w tożsamym czasie. Niezrozumiałym jest więc powielanie czynności odbiorowych i wprowadzanie zasad realizacyjnych koncentrujących się na formalnym aspekcie odbioru, wzmagając potencjalne ryzyko sporów w tym zakresie. Niejednoznaczności dotyczą też samego zdefiniowania zakresu czynności odbiorowych przypisanych dla danego etapu, które nie odzwierciedlają zakresu czynności do wykonania na danym etapie realizacji, będąc niespójnymi z dalszą częścią Umowy. Należy w tym kontekście zwrócić uwagę na fakt, że definiując zarówno odbiór końcowy inwestycji, jak i odbiór końcowy robót oraz odbiór końcowy zadania 1 i 2 Zamawiający każdorazowo wskazuje na zobowiązanie wykonawcy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, podczas gdy siłą rzeczy ten element uzyskiwany jest po finalnym zakończeniu realizacji, a więc jest elementem charakterystycznym wyłącznie dla odbioru końcowego inwestycji, co potwierdza treść §17 ust. 8 Umowy.

6. **Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na Nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 kc, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakakolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad czy też kompletności przygotowanej dokumentacji powykonawczej, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad dokumentacji czy stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

7. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych**:

   - **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**

   „Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.".

   - **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

   „Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy."

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku."

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne.

2. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji."

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowanie robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i zakreślić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).

8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o wprowadzenie spójnych definicji oraz doprowadzenie postanowień Umowy do zgodności z art. 647 kodeksu cywilnego poprzez nadanie im brzmienia jednoznacznie precyzującego, iż Zamawiający odbierze Przedmiot umowy z wadami nieistotnymi, w tym w szczególności:**
   - **modyfikację §1 poprzez sprecyzowanie definicji użytych na potrzeby treści Umowy poprzez dookreślenie charakteru wad pociągających za sobą określone skutki oraz posłużenie się sformułowaniami odzwierciedlającymi zakres prac przypisanych do danego etapu odbiorowego, tj. przykładowe nadanie im następującego brzmienia:**
     - ***„Odbiór Końcowy Inwestycji"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Inwestycji* ***bez Wad Istotnych*** *oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych ostatecznych pozwoleń i zezwoleń, w szczególności pozwoleń na użytkowanie z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
     - ***„Odbiór Końcowy Robót"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Inwestycji oraz uzyskanie* ***wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń właściwych dla danego etapu prac****, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
     - ***„Odbiór Końcowy Zadania 1"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Zadania 1 oraz uzyskanie* ***wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń właściwych dla danego etapu prac****, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
     - ***„Odbiór Końcowy Zadania 2"*** *- czynność, mocą której Strony potwierdzają wykonanie całości Robót związanych z realizacją Zadania 2 oraz uzyskanie* ***wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń właściwych dla danego etapu prac****, z tym zastrzeżeniem że powyższe nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszystkie wady i usterki jakie ujawnią się w późniejszym okresie, zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*
     - ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

*Odbioru Końcowego Robót, **obejmujący listę Wad mających charakter istotny (tj. czyniącym przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku), stwierdzonych przez Zamawiającego podczas Odbioru Końcowego Robót, których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Robót".***

- ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Zadania 1"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Zadania 1, **obejmujący listę Wad mających charakter istotny (tj. czyniącym przedmiot odbioru niezdatnym do zwykłego użytku), stwierdzonych przez Zamawiającego podczas Odbioru Końcowego Zadania 1, których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 1".***
- ***„Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Zadania 2"*** *- podpisany przez Strony dokument, wskazujący, iż przedmiot Umowy nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Zadania 2, **obejmujący listę Wad mających charakter istotny (tj. czyniącym przedmiot odbioru niezdatnym do zwykłego użytku) stwierdzonych przez Zamawiającego podczas Odbioru Końcowego Zadania 2, których występowanie uniemożliwia podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 2".***
- ***„Protokół Usunięcia Usterek i Wad"*** *- podpisany przez Strony dokument, potwierdzający **usunięcie wad i usterek nieistotnych stwierdzonych podczas Odbioru Końcowego Robót** w Protokole Usterek i Wad.*
- ***„Wada"- wada o charakterze istotnym, uniemożliwiająca korzystanie z danego elementu prac zgodnie z jego przeznaczeniem.***

- **modyfikację treści §17 ust. 1 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** ***Zgłoszenie gotowości Robót do odbioru końcowego dla Zadania 1, Zadania 2.***

  a) Kiedy całość przedmiotu Zamówienia dla Zadania 1, Zadania 2 zostanie ukończona, Wykonawca zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 poprzez:
  1)dokonanie wpisu do dziennika budowy;
  2) powiadomienie Inżyniera Kontraktu (z kopią dla Zamawiającego).
  b) Zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 2 może być dokonane tylko po:
  1) zgłoszeniu Robót do przeglądu technicznego. Wykonawca dokona takiego zgłoszenia z 7 (siedmio) - dniowym wyprzedzeniem. W ramach zgłoszenia powiadomi Inżyniera Kontraktu o planowanym terminie rozpoczęcia przeglądów technicznych. Wraz z informacją Wykonawca przedłoży harmonogram rozruchu instalacji, prób i sprawdzeń,
  *2) dokonaniu przeglądu technicznego potwierdzonego protokołem z przeglądu Robót. Przegląd techniczny obejmuje: **wskazanie Wad o istotnym charakterze (tj. czyniącym przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku),** sprawdzenia poprawności działania instalacji, urządzeń, systemów, ocenę jakości wykonanych Robót. Przegląd dokonywany jest w obecności przedstawicieli Zamawiającego, Inżyniera Kontraktu i zaproszonych konsultantów. Dla potrzeb powyższych czynności Wykonawca dostarczy konieczną dokumentacje powykonawczą. Rozpoczęcie przeglądu*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

technicznego nie może rozpocząć się później niż 21 (dwadzieścia jeden) dni przed planowanym zgłoszeniem gotowości Robót do odbioru końcowego,

*3) **potwierdzeniu usunięcia Wad o istotnym charakterze** wykazanych podczas przeglądu technicznego. Potwierdzenie tego wpisu przez Inżyniera Kontraktu lub brak ustosunkowania się do powyższego w terminie do 7 (siedmiu) dni od daty dokonania wpisu i oznaczać będzie, że Roboty uznaje się za zakończone i Zamawiający przystąpi do ich odbioru końcowego w dniu określonym przez Strony.*

- **modyfikację treści §17 ust. 2 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *Dokumentacja odbiorowa odpowiednio dla Zadania 1, Zadania 2***

  Z zastrzeżeniem postanowień § 7 ust. 6 przed Odbiorem Końcowym Robót Wykonawca dla Zadania 1, Zadania 2 przeprowadzi przewidziane niniejszą Umową i odpowiednimi przepisami prawa próby techniczne, a na dzień rozpoczęcia czynności Odbioru Końcowego Robót przedłoży Inżynierowi w szczególności: (...)

  m) protokół z usunięcia Wad o istotnym charakterze;

- **modyfikację treści §17 ust. 6 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *Protokół Odbioru Końcowego Robót***

*Z czynności Odbioru Końcowego Robót Zadania 1, Odbioru Końcowego Robót Zadania 2 zostanie sporządzony i podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę Protokół Odbioru Końcowego Robót, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w ich toku, w tym **wszelkie ujawnione wady i usterki o nieistotnym charakterze, których występowanie umożliwiło podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Robót** wraz ze wskazaniem terminu ich usunięcia. Jeżeli w trakcie czynności Odbioru Końcowego Robót:*

*a) Zamawiający wraz z Inżynierem Kontraktu stwierdzą, że przedmiot odbioru nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 z powodu nie zakończenia wszystkich Robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób, **istnienia Wad o istotnym charakterze czy też z powodu innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową, które czynią przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku,** czy też Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej umożliwiającej prawidłowe i bezpieczne użytkowanie i eksploatację przedmiotu odbioru, Zamawiający, może odmówić takiego odbioru. **W takiej sytuacji, Wykonawca i Zamawiający sporządzą Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 ze wskazaniem Wad o charakterze istotnym (tj. czyniącym przedmiot zamówienia niezdatnym do zwykłego użytku), których występowanie uniemożliwia dokonanie Odbioru Końcowego Robót oraz ustalą datę ich usunięcia.** Po usunięciu przez Wykonawcę zawartych **w tym Protokole Odmowy Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2,** Wykonawca ponownie zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2, a Zamawiający ponownie przystąpi do przeprowadzenia Odbioru Końcowego Robót*

lub

*b) zostaną stwierdzone **niemożliwe do usunięcia, ale nieistotne wady** umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 obniżając odpowiednio Wynagrodzenie, Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy.*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

*c) **zostaną stwierdzone nieusuwalne Wady o istotnym charakterze, które uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem** Zamawiający może odstąpić od Umowy poprzez złożenie pisemnego oświadczenia w terminie 60 dni od dnia stwierdzenia tych Wad lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy wg własnego wyboru - przez Wykonawcę lub podmiot trzeci. Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy. W zakresie odstąpienia od Umowy § 36 ust. 5-7 Umowy stosuje się odpowiednio.*

d) zostaną stwierdzone nieistotne wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z przeznaczeniem Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2 z określonymi uwagami i zastrzeżeniami. W przypadku uwag lub zastrzeżeń Strony opracują i podpiszą Protokół Usterek i Wad stanowiący załącznik do Protokołu Odbioru Końcowego Robót dla Zadania 1, Zadania 2, w którym zostaną wskazane stwierdzone przez Zamawiającego w toku Odbioru Końcowego Robót nieistotne wady umożliwiające Odbiór Końcowy Robót dla Zadania 1, Zadania 2 oraz wyznaczony zostanie termin na ich usunięcie przez Wykonawcę.

- **§17 ust. 7 Umowy: Potwierdzenie usunięcia Wad**

*Po tym, jak wszystkie **nieistotne wady** wyspecyfikowane w Protokole Usterek i Wad zostaną usunięte, Inżynier Kontraktu i Wykonawca powinni, w ciągu 3 (trzech) dni od daty otrzymania przez Inżyniera Kontraktu od Wykonawcy powiadomienia o takim skutku, potwierdzić usunięcie **usterek i wad** w odniesieniu do wadliwych części poprzez podpisanie Protokołu Usunięcia Usterek i Wad. Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego dla Zadania 1, Zadania 2 Inwestycji.*

- **§17 ust. 8 Umowy: *Protokół Odbioru Końcowego Inwestycji***

Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji będzie możliwe po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 1, Protokołu Odbioru Końcowego Zadania 2 oraz po zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy w całości oraz po uzyskaniu ostatecznych i niezbędnych decyzji, pozwoleń i zezwoleń, w szczególności ostatecznego pozwolenia na użytkowanie. Czas trwania czynności Odbioru Końcowego Inwestycji wliczany jest do Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji.

III. Zarzuty dotyczące kar umownych – zarzut nr 2

1. W przedmiotowym postępowaniu, w ramach poszczególnych paragrafów Umowy, Zamawiający zdefiniował katalog kar umownych obciążających Wykonawcę, wskazując na m.in. na następujące podstawy naliczania kar umownych:

- **§19 ust. 6 Umowy:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*

  *- 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 30 ust. 1 **za każdy dzień opóźnienia** w usunięciu jakichkolwiek Wad i usterek Robót w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub z tytułu udzielonej gwarancji na Roboty liczonego od dnia następującego po upływie terminu wyznaczonego na usunięcie Wad i usterek Robót,.*

  Zastrzeżone kary umowne nie pozbawiają Zamawiającego dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.

- **§22 ust. 9 lit. a-b Umowy:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

a) *1.500,00 zł w przypadku, gdy okres usunięcia Wady/awarii lub usterki dotyczącej Sprzętu przekroczy okresy wskazane w ust. 7 liczone od daty zgłoszenia Wady/ awarii lub usterki dotyczącej Sprzętu* ***za każdy dzień opóźnienia****, nie więcej niż 0,2% całkowitego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 30 ust. 1.*

b) *1.500,00 zł w przypadku, gdy Wykonawca nie rozpocznie prac naprawczych w terminie 48 godzin od daty zgłoszenia Wady / awarii lub usterki dotyczącej Sprzętu* ***za każdą godzinę opóźnienia*** *nie więcej niż 0,02 % całkowitego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 30 ust. 1.* ***Kara umowna w tym przypadku nie będzie naliczana, jeżeli Wykonawca wykaże, iż przystąpienie do usunięcia Wad lub awarii było niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.***

- **§25 ust. 24 Umowy:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*
  1.000,00 zł w przypadku, gdy Wykonawca nie wykona obowiązku opisanego w ust. 17 lit. g, tj. niedostarczenia urządzenia zastępczego ***za każdy dzień opóźnienia****, a w przypadku terminu liczonego w godzinach roboczych - za każdą godzinę roboczą,*
  1.000,00 zł w przypadku niewykonania usługi serwisowej w terminach opisanych w ust. 17 lit. h ***za każdy dzień opóźnienia****, a w przypadku terminu liczonego w godzinach roboczych - za każdą godzinę roboczą,*
  1.000,00 zł w przypadku niewykonania usługi serwisowej w terminach opisanych w ust. 23 lit. b ***za każdy dzień opóźnienia****,*
  Zastrzeżone kary umowne nie pozbawiają Zamawiającego dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.
- **§33 lit. a), c), d), f), g), h), o) oraz q) Umowy:** *Oprócz kar umownych wskazanych wyraźnie w poszczególnych postanowieniach niniejszej Umowy, Strony przewidują następujące kary umowne, należne od Wykonawcy Zamawiającemu:*
  a)karę umowną wysokości 500,00 zł ***za każdy dzień opóźnienia*** *w przekazaniu raportu miesięcznego w terminie wskazanym w § 31 ust. 2 Umowy,*
  c)w przypadku nie przedłożenia dowodu przedłużenia Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w trybie § 32 ust, 7 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,005 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień opóźnienia,***
  d)karę umowną za niedotrzymanie w realizacji Zadania 1 lub Zadania 2 Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji określonego w § 3 ust. 1 w wysokości 0,05 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień opóźnienia,***
  f)karę umowną w wysokości 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień opóźnienia*** *w przekazaniu Zamawiającemu Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 4 Umowy,*
  g)karę umowną w wysokości 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień opóźnienia*** *w przekazaniu Zamawiającemu poprawionego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 6, lub ust. 8, lub ust. 9 Umowy,*
  h)za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę Wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w zakresie robót budowlanych Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,01 % kwoty całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień opóźnienia.***

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

o) za nieusunięcie naruszeń BHP w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego/lub Inżyniera, w wysokości 2000 zł ***za każdy dzień opóźnienia*** *w stosunku do wyznaczonego terminu,*

q) za nieprzejęcie Placu Budowy w terminie określonym w powiadomieniu o którym mowa w § 9 ust. 1 lub w terminie o którym mowa w § 9 ust. 2 lub ust. 3 Umowy - w wysokości 0,03% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień opóźnienia.***

2. Oceniając powyższy katalog kar umownych należy wskazać, że jako podstawę naliczania kar umownych wyżej zdefiniowanych, Zamawiający wskazał „opóźnienie" w realizacji poszczególnych czynności przez Wykonawcę. W tym kontekście podnosimy, że zgodnie z poglądami doktryny i judykatury **kara umowna winna opierać się na zasadzie winy dłużnika w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania.** Co więcej, samo użycie w Umowie słowa „opóźnienie" nie jest tożsame z odejściem od odpowiedzialności dłużnika na zasadzie winy na rzecz odpowiedzialności dłużnika na zasadzie ryzyka. W tym kontekście zwracamy uwagę przykładowo na stanowisko komentatorów zaprezentowane w komentarzu do art. 483 Kodeksu cywilnego (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. prof. Gutowski, II wyd. 1, 2016), w którym wskazano, iż *„w zakresie kar zastrzeganych za opóźnione wykonanie zobowiązania kategorycznie podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się "za opóźnienie" nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika"* (Identycznie P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142).

3. **Jeśli strony zdecydowałyby się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473§1 KC, to zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona.** Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala przede wszystkim treść art. 473 KC (w przepisie bowiem mowa o „oznaczonych okolicznościach"). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłyby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12).

4. Konieczność modyfikacji postanowień Umowy w tym zakresie i jednoznaczne przesądzenie, że wykonawca ponosić mają odpowiedzialność jedynie za sytuacje zawinionego opóźnienia w wykonaniu określonych czynności (tj. za zwłokę) jest tym bardziej uzasadniona, że sam Zamawiający w ramach określania katalogu kar umownych w Postępowaniu w ramach §22 ust. 9 lit b wskazuje, iż w przypadku wykazania przez wykonawcę, iż opóźnienie nastąpiła z przyczyn od niego niezależnych, zostaje on zwolniony z obowiązku zapłaty. **Nie jednak jakiegokolwiek**

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

uzasadnienia, aby w odniesieniu do niektórych czynności realizacyjnych wykonawcy obciążani byli karami umownymi za opóźnienie z wyłączeniem okoliczności niezależnych od wykonawcy, za inne zaś czynności w zamierzeniu Zamawiającego ponosili odpowiedzialność także za sytuacje przez siebie niezawinione. Warto też zaznaczyć, że w celu uniknięcia sporów interpretacyjnych powszechną obecnie praktyką rynkową w zakresie inwestycji realizowanych w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych jest jednoznaczne odnoszenie się przy formułowaniu katalogu kar umownych do pojęcia „zwłoki", nie zaś „opóźnienia". Tak przykładowo w postępowaniu pn. *„Poprawa jakości i dostępności w diagnostyce i terapii chorób cywilizacyjnych poprzez rozbudowę szpitala specjalistycznego im. F. Ceynowy w Wejherowie"*, (znak postępowania: D25C/251/N/25-49rj/19, Zamawiający: Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.), czy postępowaniu pn. *„Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu: "Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary knowledge Services) w zakresie Infrastruktury B+R."* (znak postępowania: ZP/229/022/R/19, Zamawiający: Politechnika Gdańska).

5. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:**
   - **modyfikację treści §19 ust. 6 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*
     - 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień zwłoki*** *w usunięciu jakichkolwiek Wad i usterek Robót w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub z tytułu udzielonej gwarancji na Roboty liczonego od dnia następującego po upływie terminu wyznaczonego na usuniecie Wad i usterek Robót,.*
     Zastrzeżone kary umowne nie pozbawiają Zamawiającego dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.
   - **modyfikację treści §22 ust. 9 lit. a Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*
     a)1.500,00 zł w przypadku, gdy okres usunięcia Wady/awarii lub usterki dotyczącej Sprzętu przekroczy okresy wskazane w ust. 7 liczone od daty zgłoszenia Wady/ awarii lub usterki dotyczącej Sprzętu ***za każdy dzień zwłoki****, nie więcej niż 0,2% całkowitego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 30 ust. 1.*
   - **modyfikację §25 ust. 24 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości:*
     1.000,00 zł w przypadku, gdy Wykonawca nie wykona obowiązku opisanego w ust. 17 lit. g, tj. niedostarczenia urządzenia zastępczego ***za każdy dzień zwłoki****, a w przypadku terminu liczonego w godzinach roboczych - za każdą godzinę roboczą,*
     1.000,00 zł w przypadku niewykonania usługi serwisowej w terminach opisanych w ust. 17 lit. h ***za każdy dzień zwłoki****, a w przypadku terminu liczonego w godzinach roboczych - za każdą godzinę roboczą,*
     1.000,00 zł w przypadku niewykonania usługi serwisowej w terminach opisanych w ust. 23 lit. b ***za każdy dzień zwłoki.***
     Zastrzeżone kary umowne nie pozbawiają Zamawiającego dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

- modyfikację treści **§33 lit. a), c), d), f), g), h), o) oraz q) Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** *Oprócz kar umownych wskazanych wyraźnie w poszczególnych postanowieniach niniejszej Umowy, Strony przewidują następujące kary umowne, należne od Wykonawcy Zamawiającemu:*
  a)karę umowną wysokości 500,00 zł ***za każdy dzień zwłoki*** *w przekazaniu raportu miesięcznego w terminie wskazanym w § 31 ust. 2 Umowy,*
  c)w przypadku nie przedłożenia dowodu przedłużenia Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w trybie § 32 ust, 7 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,005 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień zwłoki,***
  d)karę umowną za niedotrzymanie w realizacji Zadania 1 lub Zadania 2 Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji określonego w § 3 ust. 1 w wysokości 0,05 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień zwłoki,***
  f)karę umowną w wysokości 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień zwłoki*** *w przekazaniu Zamawiającemu Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 4 Umowy,*
  g)karę umowną w wysokości 0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień zwłoki*** *w przekazaniu Zamawiającemu poprawionego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 6, lub ust. 8, lub ust. 9 Umowy,*
  h)za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę Wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w zakresie robót budowlanych Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,01 % kwoty całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 ***za każdy dzień zwłoki.***
  o) za nieusunięcie naruszeń BHP w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego/lub Inżyniera, w wysokości 2000 zł ***za każdy dzień zwłoki*** *w stosunku do wyznaczonego terminu,*
  q) za nieprzejęcie Placu Budowy w terminie określonym w powiadomieniu o którym mowa w § 9 ust. 1 lub w terminie o którym mowa w § 9 ust. 2 lub ust. 3 Umowy - w wysokości 0,03% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy ***za każdy dzień zwłoki.***

IV. Zarzut dotyczący konieczności kalkulacji ryzyk niemożliwych do przewidzenia – zarzut nr 3

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził m.in. następujące postanowienia:
   - §1 Umowy: *„**Warunki Techniczne i Budowlane**" - warunki określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1065 z późn. zm.) oraz inne standardy techniczne stosowane przy wykonywaniu i odbiorach robót budowlanych i instalacyjnych, z tym zastrzeżeniem, że* ***ryzyko zmiany przepisów w trakcie realizacji Inwestycji obciąża Wykonawcę.***
   - §30 ust. 15 Umowy: *„Wykonawca oświadcza, że szczegółowo zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, której zapisy są dla niego czytelne i zrozumiałe, a w szczególności z dokumentacją przetargową, i w związku z tym prawidłowo wycenił swoje prace, a ponadto zapoznał się z wymaganiami Inwestycji,*

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

szczególnie z warunkami, w jakich ma być realizowana i przy uwzględnieniu powyższego złożył swoją ofertę oraz oświadcza w związku z tym, że Zamawiający nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów z tytułu jakichkolwiek błędów w wycenach dokonanych przez Wykonawcę lub w określonym przez Wykonawcę zakresie Robót. Przyjmuje się, że Wynagrodzenie uwzględnia warunki prowadzenia Inwestycji oraz wszelkie związane z nim zagrożenia, ***jak i nieprzewidziane okoliczności".***

2. Odwołujący wskazuje, że **wspólnym mianownikiem ww. postanowień jest konieczność skalkulowania i wykonania potencjalnych prac niewynikających z dokumentacji projektowej i uwarunkowań prawnych istniejących w momencie sporządzenia oferty**, niemożliwych tym samym do przewidzenia na podstawie aktualnie dostępnych informacji, zwłaszcza wynikających z udostępnionego opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym, że te elementy odnoszą się do okoliczności przyszłych i niepewnych, szacunki każdego z wykonawców dokonywane na tej podstawie mogą być w konsekwencji całkowicie odmienne, mając nadto charakter całkowicie spekulacyjny.

3. Jakkolwiek wykonawca akceptuje obowiązek wykonania w cenie kontraktowej wszystkich elementów wynikających z udostępnionej dokumentacji i możliwych do wywiedzenia z niej przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy technicznej i aktualnie obowiązujących Warunkach Technicznych, to obowiązki nakładane na wykonawców za pośrednictwem cytowanych na wstępie postanowień umownych dalece wykraczają poza ten zakres, sugerując odpowiedzialność wykonawcy również za te elementy, które ani pośrednio ani bezpośrednio tak z udostępnionej dokumentacji jak i aktualnych Warunków Technicznych nie wynikają. Tymczasem, **zgodnie z utartą praktyką orzeczniczą i realizacyjną to właśnie elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej dokumentacji i aktualnych na dzień składania ofert uwarunkowań prawnych mogą stanowić maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę**. Tak przykładowo w przeprowadzonym niedawno postępowaniu pn. *„Budowa dwóch hal targowych wraz z infrastrukturą techniczną, murów oporowych, miejsc postojowych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Kawaleryjskiej w Białymstoku"* (znak sprawy NDZ.231.17.2019.DM), gdzie Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że Wykonawca *ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji Umowy w zakresie możliwym do przewidzenia na podstawie SIWZ. Nie dotyczy to warunków niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert".*

4. Wszelkie inne prace, których nie dało się wywieźć z udostępnionej dokumentacji i aktualnych uwarunkowań prawnych siłą rzeczy nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia, nie będąc nim objętymi. **Dla takich sytuacji ustawodawca przewidział wprost możliwość realizacji robót dodatkowych czy innych zmian w umowie**, co oznacza, że kwestionowane postanowienia umowne nie tylko naruszają przepisy prawa zdefiniowane w petitum niniejszego odwołania, ale też stanowią obejście art. 140 ust. 1 oraz 144 ustawy Pzp. Warto w tym miejscu dodatkowo podkreślić, że pewnym standardem wśród publicznych zamawiających jest jednoznaczne definiowanie w ramach możliwych podstaw zmiany umowy sytuacji wystąpienia modyfikacji zobowiązania wykonawcy wynikającego z sytuacji nieprzewidzianych, niemożliwych do wywiedzenia z treści dokumentacji projektowej czy wynikających ze zmian prawa.

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

5. Zobowiązania Zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych zobowiązań kontraktowych, **kilkukrotnie były przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO, w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej i to on w połączeniu z aktualnymi na dzień składania oferty uwarunkowaniami prawnymi wyzacza granicę zobowiązań kalkulowanych przez wykonawcę na etapie ofertowania** (por. wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16). W drodze analogii powołać można w tym zakresie wyrok KIO w sprawie o sygn. KIO 1607/16, gdzie wskazane zostało, że: *„Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję.* ***Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty.*** *W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert".*

6. **Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:**
   - **modyfikację definicji „Warunków Technicznych i Budowlanych" zawartą w §1 Umowy** poprzez nadanie jej następującego brzmienia: ***„Warunki Techniczne i Budowlane"*** *- warunki określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1065 z późn. zm.) oraz inne standardy techniczne stosowane przy wykonywaniu i odbiorach robót budowlanych i instalacyjnych.*
   - **modyfikację treści §30 ust. 15 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:** *„Wykonawca oświadcza, że szczegółowo zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, której zapisy są dla niego czytelne i zrozumiałe, a w szczególności z dokumentacją przetargową, i w związku z tym prawidłowo wycenił swoje prace, a ponadto zapoznał się z wymaganiami Inwestycji, szczególnie z warunkami, w jakich ma być realizowana i przy uwzględnieniu powyższego złożył swoją ofertę oraz oświadcza w związku z tym, że Zamawiający nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów z tytułu jakichkolwiek błędów w wycenach dokonanych przez Wykonawcę lub w określonym przez Wykonawcę zakresie Robót. Przyjmuje się, że Wynagrodzenie uwzględnia warunki prowadzenia Inwestycji oraz wszelkie związane z nim zagrożenia* ***i okoliczności, które można było przewidzieć na podstawie dokumentacji przetargowej i analizy istniejących na moment złożenia oferty warunków realizacyjnych".***

V. Zarzut dotyczący posłużenia się niezdefiniowanym miernikiem „najwyższej staranności" – zarzut nr 4

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

1. Zamawiający w ramach §3 ust. 2 Umowy wprowadził postanowienie o następującej treści: *„Wykonawca potwierdza, zgodnie ze złożoną Ofertą **oraz z dołożeniem szczególnej i najwyższej staranności** doświadczonego profesjonalisty, że zarówno wskazany termin oraz dalej wskazane terminy szczegółowe są obiektywnie i prawidłowo określone i są wystarczające dla wykonania i zakończenia wszystkich Robót, Usług i Dostaw stanowiących przedmiot Umowy".*

2. Odnosząc się do tak skonstruowanego postanowienia Odwołujący podnosi, że w ramach Umowy Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „najwyższej staranności", a dodatkowo wprowadził poprzez tę konstrukcję miernik niezdefiniowany w jakichkolwiek przepisach prawa, wykraczający poza wskazanie samego ustawodawcy wynikające z art. 355§2 KC, który definiując obowiązki nałożone na wykonawcę jako profesjonalistę posługuje się wyłącznie sformułowaniem „należytej staranności". Co za tym idzie, posłużenie się przez Zamawiającego pojęciem świadczącym o podwyższeniu wymagań względem wymagań ustawowych świadczyłoby o konieczności przyjęcia innych, bliżej niezdefiniowanych obowiązków zawodowych, których na bazie obecnego ukształtowania umowy nie sposób ustalić, a w konsekwencji oszacować.

3. **Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację §3 ust. 2 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:**
   - *„Wykonawca potwierdza, zgodnie ze złożoną Ofertą **oraz z dołożeniem należytej staranności** doświadczonego profesjonalisty, że zarówno wskazany termin oraz dalej wskazane terminy szczegółowe są obiektywnie i prawidłowo określone i są wystarczające dla wykonania i zakończenia wszystkich Robót, Usług i Dostaw stanowiących przedmiot Umowy".*

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:
1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

Anna Wrzesień
Anna Wrzesień
radca prawny