



Pruszków, dnia 19.07.2021 r.

**PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** Akademia Muzyczna im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy, ul. Juliusza Słowackiego 7, 85-008 Bydgoszcz tel. 52 / 321 05 82  
e-mail: zam.publiczne@amfn.pl

**Odwołujący:** **STRABAG Sp. z o.o.**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, numer KRS 0000054588, NIP 521-04-21-928, REGON 010676681  
e-mail: [pl\\_office.strabag@strabag.com](mailto:pl_office.strabag@strabag.com)  
reprezentowana przez:  
radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza  
**adres do korespondencji:** **CML Construction Services Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków  
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com  
Tel.: 609043322

Odwołujący oświadcza, iż w dniu 19.07.2021 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania drogą elektroniczną na adres e-mail: zam.publiczne@amfn.pl

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w projekcie pn.: „**Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy**”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2021 r. pod numerem: **2021/S 129 - 341232**

Odwołanie jest składane w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust 1 PZP.

### **ODWOŁANIE**

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części „PZP” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, pn.: „**Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy**” (dalej: „Postępowanie”)

## **I. Termin**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o numerze 2021/S 129-341232 w dniu 07.07.2021 r.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 19 lipca 2021 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

## **II. Zarzuty:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ustalenie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego, tj.:

- 1) Naruszenie art. 16 pkt. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC poprzez obciążenie generalnego wykonawcy w §2 ust. 4 i §3 ust. 2.16 załącznika nr 6 do SWZ – wzór umowy odpowiedzialnością za teren budowy, poprzez nałożenie na generalnego wykonawcę obowiązku usuwania w ramach robót podziemnych niezainwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej i zastrzeżenie w związku z tym braku możliwości dochodzenia z tego tytułu od Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń, w tym żądania przesunięcia terminu zakończenia poszczególnych etapów wykonywanych robót. W przypadku umów w systemie buduj to na inwestorze (zamawiającym) ciąży obowiązek przekazania terenu budowy, a na wykonawcy spoczywa obowiązek zapoznania się z teren budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości. Dotyczy to jednak wyłącznie kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, co nie oznacza obowiązku zarówno szczegółowego badania terenu budowy, jak i ponoszenia przez generalnego wykonawcę odpowiedzialności za możliwość wystąpienia pod terenem budowy niezainwentaryzowanych obiektów, których wykrycie jest ponadto niemożliwe na etapie podpisywania umowy.
- 2) Naruszenie art. 16 pkt. 1 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, art. 103 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC poprzez obciążenie generalnego wykonawcy w §2 ust. 3 w zw. z §3 ust. 2.18 wzoru umowy odpowiedzialnością za prawidłowość dokumentacji projektowej, która nie jest sporządzona przez wykonawcę, a została sporządzona przez zamawiającego oraz nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania dodatkowej dokumentacji projektowej, jeżeli dokumentacja zamawiającego jest niewystarczająca. W przypadku umów w systemie buduj to na inwestorze (zamawiającym) ciąży obowiązek dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowej, a na wykonawcy spoczywa obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości. W obu przypadkach dotyczy to jednak wyłącznie kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, co nie oznacza obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia błędów. Rolą wykonawcy nie jest uzupełnienie lub modyfikowanie dokumentacji projektowej.

- 3) Naruszenie art. 447 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez:
- (i) przyznanie Zamawiającemu w postanowieniu §7 ust. 20.1 wzoru umowy możliwości wstrzymania zapłaty na rzecz generalnego wykonawcy całości należnego mu wynagrodzenia do czasu przedstawienia kompletu wymaganych niniejszą umową dokumentów dotyczących uregulowania płatności na rzecz podwykonawców, podczas gdy prawo wstrzymania płatności powinno dotyczyć jedynie części wynagrodzenia w zakresie nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Co więcej, dowody powinny dokumentować zapłatę wymagalnego wynagrodzenia, a nie dokonanie bliżej niesprecyzowanych płatności na rzecz podwykonawców.
  - (ii) Przyznanie w § 7 ust. 19.3 wzoru umowy prawa do odmowy przyjęcia faktury końcowej w przypadku niedokonania rozliczenia końcowego pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą podczas gdy art. 447 PZP nie wymaga dokonania rozliczenia końcowego a jedynie uregulowania wymagalnych płatności na rzecz podwykonawców
  - (iii) Przyznanie w § 7 ust. 12 i 19.4 wzoru umowy poprzez nieproporcjonalny wymóg ograniczający dowody potwierdzające zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wyłącznie do oświadczeń podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 1 PZP możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców.
- 4) Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 643 KC i art. 647 KC poprzez sformułowanie ust. 2 rozdziału VI Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zastrzeżenie bezusterkowego odbioru końcowego (protokół bez uwag) poprzez ustalenie, że przez datę wykonania zamówienia należy rozumieć podpisanie przez Zamawiającego protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez uwag i uznanie przez Zamawiającego, że zostało ono należycie wykonane. W ten sposób Zamawiający przyjął, że wyłącznie bezusterkowego protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia i tym samym oznacza to, że Zamawiający przyznał sobie prawo do odmowy podpisania tego protokołu w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie natomiast z art. 647 KC Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru inwestycji.
- 5) Naruszenie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 647 KC. w zw. z art. 484 §2 w zw. z art. 483 KC ze względu na zastrzeżenie w postanowieniu §18 ust. 1 wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych dotyczących zgłaszania podwykonawców:
- (i) § 18 ust. 1.7 z tytułu niedopełnienia przez generalnego wykonawcę obowiązku przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy podwykonawczej której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, zgodnie z §9 ust. 6

- 
- w wysokości 50.000 zł. za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku;
  - (ii) §18 ust. 1.9 wzoru umowy rażąco wygórowanej kary umownej z tytułu niedopełnienia przez generalnego wykonawcę obowiązku zmiany umowy wykonawczej zgodnie z wymogami zamawiającego - w wysokości 25.000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku.
  - (iii) §18 ust. 1.11 wzoru umowy rażąco wygórowanej kary umownej z tytułu wprowadzenia Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy na Teren Budowy bez uprzedniego zgłoszenia Zamawiającemu, o którym mowa w § 9 ust. 16: w wysokości 25.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku.
- 6) Naruszenie art. 112 ust. 1 PZP, art. 116 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie w rozdziale IX ust. 2 ppkt 2.2.2.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia wymogu skierowania przez wykonawcę do realizacji zamówienia co najmniej jednej osoby zdolnej do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych (niskoprądowych) o odpowiednim wykształceniu oraz doświadczeniu, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie przewiduje wykonywania przez wykonawcę robót telekomunikacyjnych (tj. sieci, instalacji lub urządzeń telekomunikacji przewodowej lub bezprzewodowej), a przewiduje jedynie roboty elektryczne niskoprądowe. W związku z tym Wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia publicznego wykazując się dysponowaniem co najmniej jedną osobą zdolną do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń. Dysponowanie kierownikiem robót telekomunikacyjnych nie wpływa zatem na możliwość realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zapis ten narusza więc zasadę uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 PZP), albowiem w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów zdolnych do należytej realizacji zamówienia publicznego.
- 7) Naruszenie art. 112 ust. 1 PZP, art. 116 ust. 1 PZP oraz art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie w rozdziale IX ust. 2 ppkt 2.2.2.5 Specyfikacji Warunków Zamówienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na określeniu przez Zamawiającego wymogu, aby osoba, która zostanie skierowana przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych wykazywała się dodatkowym doświadczeniem w zastosowaniu oraz uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej na obiektach klasyfikowanych pod numerami PKOB 1261, 1262 lub 1263, a który to wymóg nie jest wyrażony w postaci minimalnego poziomu zdolności i w sposób nieuzasadniony ogranicza zasadę uczciwej konkurencji. Kumulowanie parametru dotyczącego instalacji fotowoltaicznej z pozostałymi elementami doświadczenia, jakim powinien wykazywać się osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych nie wpływa na możliwość realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości i tym samym jest całkowicie nieuzasadnione i narusza zasadę proporcjonalności, a ponadto narusza uczciwą konkurencję.

---

### III. Żądania:

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności w sposób opisany poniżej:

#### Ad. II. 1 powyżej

- (i) Zmiana §2 ust. 4 oraz §3 ust. 2.16 wzoru umowy w sposób, który nie będzie przerzucał na generalnego wykonawcę odpowiedzialności za warunki panujące na terenie budowy tj. obowiązku usuwania przez wykonawcę niezainwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej, a której wykrycie jest niemożliwe do dokonania przez wykonawcę na etapie podpisywania umowy, nawet przy zachowaniu należytej staranności.

Powyższa zmiana umożliwi także generalnemu wykonawcy domaganie się zmian umowy w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych warunków na terenie budowy, których nie mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy zachowaniu należytej staranności.

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 6 do SWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

- (i) *§2 ust. 4 - „Wszelkie zastrzeżenia GW dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia Umowy nie mogą być podstawą do dochodzenia roszczeń od Zamawiającego oraz do żądania przez GW przesunięcia terminu zakończenia poszczególnych etapów wykonywanych robót przewidzianych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, w tym terminu zakończenia Robót, o ile nie mogły zostać one wykryte przez GW przy dochowaniu należytej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych”.*
- (ii) *§3 ust. 2.16 - „wykonanie - w razie konieczności - robót z ręcznymi przekopami próbnymi oraz uwzględnienie potrzeby inwentaryzacji i usuwania w ramach robót podziemnych niezainwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej. W przypadku czynnych elementów infrastruktury GW uzyska od gestora danej sieci warunki techniczne jej usunięcia, a uwarunkowania jej usunięcia będą przedmiotem uzgodnień pomiędzy Zamawiającym a GW. W przypadku określonym w niniejszym ustępie prace w zakresie niezainwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej będą traktowane jako roboty dodatkowe lub roboty zamiennie w rozumieniu § 16 ust. 1.3 Umowy i zastosowanie będzie miała procedura zmiany umowy uregulowana w § 16 umowy a umowa zostanie zmieniona w zakresie określonego w umowie wynagrodzenia i/lub w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego.*

#### Ad. II. 2 powyżej

- (i) Zmiana §2 ust. 3 oraz §3 ust. 2.18 wzoru umowy w sposób, który nie będzie przerzucał na generalnego wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość dokumentacji projektowej oraz umożliwi generalnemu wykonawcy domaganie się zmian umowy w przypadku wystąpienia błędów lub braków dokumentacji projektowej, których nie mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy zachowaniu należytej staranności.

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 6 do SWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

- (i) *§2 ust. 3 – „GW oświadcza, że zapoznał się zgodnie z art. 651 KC z dokumentacją, o której mowa ust. 2, nie wnosi do niej zastrzeżeń i uznaje ją za podstawę do realizacji Przedmiotu Umowy. Wszelkie niezgłoszone przez GW przed zawarciem niniejszej umowy, zastrzeżenia do dokumentacji, o której mowa w ust. 2, które mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, nie mogą stanowić podstawy do zmiany określonego w umowie wynagrodzenia lub zmiany Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Ryzyko niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji, których nie mógł wykryć GW przy dochowaniu należytej staranności w całości obciąża Zamawiającego. W przypadku wystąpienia pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji, których nie mógł wykryć wykonawca przy zachowaniu należytej staranności zastosowanie będzie miała procedura z §16 umowy, a umowa zostanie odpowiednio zmieniona w zakresie określonego w umowie wynagrodzenia i/lub w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego”*
- (ii) *§ 3 ust. 2.18 – „wykonanie opracowań projektowych w zakresie, który jest niezbędny do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy, a który nie znajduje się w Dokumentacji Projektowej lub jest niewystarczający jest obowiązkiem Zamawiającego. Dotyczy to również rozszerzenia lub modyfikacji projektów geotechnicznych, dokumentacji geologicznej, hydrogeologicznej, operatu wodno-prawnego, gospodarki zielenią i pozostałej dokumentacji. W przypadku określonym w niniejszym Wykonawca poinformuje Zamawiającego o brakach Dokumentacji Projektowej lub koniecznych zmianach. W takim wypadku zastosowanie będzie miała procedura z §16 umowy, a umowa zostanie odpowiednio zmieniona w zakresie określonego w umowie wynagrodzenia i/lub w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego”.*

#### **Ad. II 3 powyżej**

- (i) Zmiana §7 ust. 20.1 umowy jednoznaczne określenie, że prawo do wstrzymania płatności na rzecz generalnego wykonawcy przysługuje Zamawiającemu w części, w jakiej brakuje dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców z jednoczesnym zastrzeżeniem, że w pozostałym zakresie nastąpi płatność wynagrodzenia na rzecz generalnego wykonawcy;
- (ii) Zmiana § 7 ust. 19.3 umowy poprzez usunięcie wymogu dokonania rozliczenia podwykonawców jako warunku wystawienia faktury końcowej przez wykonawcę
- (iii) Zmiana § 7 ust. 19.4 umowy i § 7 ust. 12 umowy poprzez możliwość przedstawienia przez wykonawcę innych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców niż tylko oświadczenia podwykonawców tj. pozostawienie otwartego katalogu dowodów

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 6 do SWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

- (i) §7 ust. 20.1 – „GW nie dostarczy Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu wraz z fakturą oświadczeń GW i Podwykonawców o dokonaniu zapłaty wynagrodzenia za roboty objęte przedstawioną Zamawiającemu do zapłaty fakturą, w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń o dokonaniu zapłaty – do czasu dostarczenia przez GW oświadczeń potwierdzających zapłatę na rzecz podwykonawców wymagalnego wynagrodzenia”.
- (ii) § 7 ust. 19.3 – skreślony
- (iii) § 7 ust. 19.4 – przekazanie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców i Dalszych Podwykonawców.
- (i) § 7 ust. 12 - Do każdej faktury VAT wystawionej przez GW dołączone będą dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawców wykonujących roboty objęte tą fakturą potwierdzające, że wynagrodzenie należne im i wymagalne od GW na koniec poprzedniego miesiąca zostało zapłacone. Dodatkowo do każdej faktury wystawionej przez GW zostanie dołączone oświadczenie własne o dokonaniu zapłaty wymagalnych należności dla Podwykonawców. Wymóg ten dotyczy także Dalszych Podwykonawców

#### **Ad. II 4 powyżej**

- (i) Zmiana ust. 2 rozdziału VI Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez wyeliminowanie konieczności sporządzenia bezusterkowego protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia, a który to protokół stanowi jeden z warunków wykonania przez wykonawcę zamówienia i zobowiązanie tym samym Zamawiającego do podpisania tego protokołu w przypadku braku wad istotnych. Stwierdzone w trakcie podpisywania powyższego protokołu wady nieistotne powinny zostać usunięte w terminie ustalonym przez strony.

Po uwzględnieniu zmiany treść ust. 2 rozdziału VI Specyfikacji Warunków Zamówienia - powinna być następująca:

- (i) Rozdział VI ust. 2 SWZ - „Przez datę wykonania zamówienia przyjmuję się zakończenie robót, złożenie dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego i przekazanie Zamawiającemu ostatecznej decyzji właściwego inspektora powiatowego nadzoru budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz datę protokołarnego przekazania obiektu w użytkowanie, co zostanie potwierdzone podpisaniem przez wszystkie Strony (GW, Zamawiający, Inżynier Kontraktu) protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia bez wad istotnych i uznania przez Zamawiającego, że zostało ono należycie wykonane (z wyłączeniem obowiązków GW wynikających z postanowień w zakresie gwarancji i rękojmi). Jeżeli w trakcie sporządzania protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia zostaną stwierdzone wady istotne (a) nadające się do usunięcia,

*to Zamawiający może odmówić podpisania protokołu z winy Wykonawcy oraz zażądać usunięcia wad, wyznaczając odpowiedni termin nie dłuższy niż 14 dni od dnia odmowy odbioru (b) nie nadające się do usunięcia to Zamawiający może dokonać odbioru obniżając odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy lub odstąpić od umowy jeżeli wady istotne uniemożliwiają korzystanie z przedmiotu umowy. W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych strony podpiszą protokół zakończenia realizacji zamówienia, do którego zostanie załączona lista stwierdzonych wad nieistotnych wraz z wyznaczonym odpowiednim terminem ich usunięcia”.*

#### **Ad. II 5 powyżej**

Zmiana §18 ust. 1.7, 1.9, 1.11 wzoru umowy poprzez zredukowanie wysokości kar umownych w zakresie nieprawidłowości dotyczących niedopełnienia przez generalnego wykonawcę obowiązków w zakresie zgłaszania podwykonawców. W tym zakresie proponuje się redukcję kar do kwoty 10.000 zł. za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku.

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 6 do SWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

- (i) §18 ust. 1.7 – „za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy podwykonawczej, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, zgodnie z § 9 ust. 6: w wysokości 10.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku”.
- (i) § 18 ust. 1.9 – „za niedopełnienie przez GW obowiązku zmiany umowy podwykonawczej zgodnie z wymogami Zamawiającego, o których mowa w § 9 ust. 9: w wysokości 10.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku”;
- (i) § 18 ust. 1.11 – „za wprowadzenie Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy na Teren Budowy bez uprzedniego zgłoszenia Zamawiającemu, o którym mowa w § 9 ust. 16: w wysokości **10.000,00 zł** za każdy stwierdzony przypadek naruszenia obowiązku”

#### **Ad. II. 6 powyżej**

Zmiana ust. 2 ppkt 2.2.2.6. rozdziału IX Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez jego usunięcie.

#### **Ad. II. 7 powyżej**

Odwołujący wnosi o zmianę rozdziału IX ust. 2 ppkt 2.2.2.5 Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób, który będzie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady określania warunków udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie oraz zasady uczciwej konkurencji tj. aby wymóg kierowania robotami w zakresie wykonania i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej nie był łączony z wykonaniem obiektów PKOB 1261, 1262, 1263 ale aby było możliwe wykazanie doświadczenia w zakresie wykonania i uruchomienia instalacji fotowoltaicznej przy budowie nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu, będącego obiektem użyteczności publicznej, w ramach którego zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną.



Po uwzględnieniu zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (rozdział IX ust. 2 ppkt 2.2.2.5) powinna być następująca:

*„2.2.2.5. co najmniej 1 osobą zdolną do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych, posiadającą:*

- Uprawnienia budowlane: uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,*
- Doświadczenie zawodowe: osoba ta posiada minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Elektrycznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych inwestycji): budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, o wymaganych parametrach:*
  - powierzchnia całkowita nie mniejsza niż 15.000,00 m<sup>2</sup>,*
  - wartość robót elektrycznych nie mniejsza niż 15.000.000,00 zł brutto,*
  - obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie,*

*a ponadto posiada doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 471) na minimum 1 inwestycji, innej niż wymieniona powyżej, (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu, będącego obiektem użyteczności publicznej, w ramach którego zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną.”*

#### **IV. Interes prawny:**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem nr 6 do SWZ są niezgodne z PZP i KC. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), gdyż w sposób niezgodny z KC wprowadza odpowiedzialność Odwołującego za dokumentację projektową, której autorem jest sam Zamawiający, a także obarcza Odwołującego nieograniczoną odpowiedzialnością za teren budowy, wprowadza odbiór bezusterkowy inwestycji czy uzależnia dokonanie całości płatności

na rzecz Odwołującego od przedstawienia kompletu wymaganych niniejszą umową dokumentów dotyczących uregulowania płatności na rzecz podwykonawców. Nie bez znaczenia jest także sposób sformułowania przez Zamawiającego Specyfikacji Warunków Zamówienia, który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można

kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17)

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

### Uzasadnienie

- 1. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przekazania terenu budowy w takim stanie, który umożliwia realizację robót budowlanych, a na wykonawcy spoczywa obowiązek zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z terenem budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości. Dotyczy to jednak wyłącznie kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, co nie oznacza obowiązku zarówno szczegółowego badania terenu budowy, jak i ponoszenia przez generalnego wykonawcę odpowiedzialności za możliwość wystąpienia pod terenem budowy niezainwentaryzowanych obiektów, których wykrycie jest ponadto niemożliwe na etapie podpisywania umowy.**

We wskazanych powyżej zapisach umowy Zamawiający stara się obarczyć generalnego wykonawcę nieograniczoną odpowiedzialnością za możliwość wystąpienia na terenie budowy, a także pod nim nieprawidłowości uniemożliwiających realizację robót budowlanych. Przyjęcie tego rodzaju odpowiedzialności przez generalnego wykonawcę pozostaje w sprzeczności z art. 647 w zw. z art. 651 KC, gdyż podmiot ten nie jest w stanie wykryć nieprawidłowości terenu budowy, których nie może stwierdzić w trakcie wizji lokalnej lub które ujawnią się dopiero w trakcie prowadzenia robót. Działanie zamawiającego skutkuje więc przerzuceniem odpowiedzialności za teren budowy na wykonawcę, a tymczasem wykonawca, który nie jest właścicielem terenu budowy nie posiada informacji na temat możliwych do wystąpienia pod tym terenem niezainwentaryzowanych obiektów, bądź sieci, które mogą utrudnić, uniemożliwić prowadzenie robót budowlanych.

Za istotne uznać należy, iż Zamawiający wymaga zrzeczenia się przez wykonawcę jakichkolwiek roszczeń mogących pojawić się na skutek pojawienia się ww. utrudnień w trakcie realizacji umowy. Wykonawca pozbawiony zostaje więc uprawnienia do domagania się od Zamawiającego przesunięcia terminu realizacji umowy, czy wypłaty dodatkowego wynagrodzenia, jeśli pod terenem budowy natrafi na niezainwentaryzowane obiekty, które uniemożliwią mu prowadzenie robót, a których usunięcie w takim wypadku zostanie stanie się wyłączną odpowiedzialnością i kosztem wykonawcy.

Zamawiający oczekuje więc od wykonawcy skalkulowania w ofercie ryzyka, odnoszącego się do okoliczności, których wykonawca nie jest w stanie na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz wizji lokalnej oszacować na etapie przygotowania oferty. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty nieprzewidywalnych okoliczności i ryzyk, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 99 PZP i art. 103 PZP. Doprowadzi to do złożenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny Wykonawca ryzyka te skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na subiektywnych przewidywaniach. Jak wskazała w wyroku z dnia 27.08.2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza - „*opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować*”.

Tego rodzaju zapisy umowne pozostają w oczywistej sprzeczności z art. 647 w zw. 651 KC gdyż wykonawca ponosi odpowiedzialność za przekazany mu teren budowy, lecz tylko w granicach należytej staranności wymaganej od podmiotu trudniącego się fachowo realizacją obiektów budowlanych.

Dodatkowo zapis §3 ust. 2.16, w którym wykonawca ma zobowiązać się na swój koszt i bez jakichkolwiek roszczeń względem zamawiającego do usuwania w ramach robót podziemnych „niezinwentaryzowanych elementów infrastruktury podziemnej” świadczy o tym, że zamawiający, który jest właścicielem terenu budowy *de facto* nie posiada szczegółowych informacji na temat właściwości tego terenu, a ryzykiem wystąpienia pod tym terenem przeszkód uniemożliwiających prowadzenie inwestycji próbuje obarczyć wykonawcę.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 listopada 2019 r. I CSK 477/18) - „*Do obowiązków inwestora w umowie o roboty budowlane należą wymagane przez właściwe przepisy czynności związane z przygotowaniem inwestycji, w szczególności przekazanie terenu budowy wykonawcy, ale też uzyskanie wszystkich stosownych pozwoleń publicznoprawnych, które konieczne są do legalnego prowadzenia robót budowlanych (art. 647 in fine KC). O tym, czy pozwolenia takie zostaną uzyskane decydują zwykle właściwości terenu budowy, do którego inwestor ma tytuł upoważniający go do dysponowania nim na cele budowlane. Teren, na którym inwestor zamierza realizować inwestycję może zmienić właściwości fizyczne, gdy chodzi o jego zdolność do prowadzenia na nim robót budowlanych. Zmianie może ulec także jego status prawny, według którego należy oceniać dopuszczalność realizowania na nim robót budowlanych. Brak takich właściwości terenu, które warunkują prowadzenie na nim procesu inwestycyjnego jest okolicznością dotyczącą inwestora i jego obciążającą. Na wykonawcy ciąży w tym zakresie wyłącznie obowiązki określone w art. 651 KC, a zatem jeśli dostrzeże wady dokumentacji, terenu budowy, maszyn i urządzeń, które - dostarczone przez inwestora*

*- nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, ma obowiązek powiadomić o tym inwestora, do którego należy usunięcie przeszkód do wykonania umowy”.*

W konsekwencji wskazane powyżej zapisy umowy przerzucające na wykonawcę konsekwencje potencjalnie możliwych do wystąpienia na terenie budowy, a także pod nim przeszkód uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych, sprzeczne są ze wskazanymi powyżej przepisami prawa.

**2. To obowiązkiem Zamawiającego jest odpowiednie przygotowanie zamówienia i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia co zgodnie z art. 103 ust. 1 PZP w przypadku robót budowlanych polega na opracowaniu odpowiedniej dokumentacji projektowej. Obowiązek ten koresponduje z treścią art. 647 KC, który na inwestora (zamawiającego) nakłada obowiązek przekazania wykonawcy projektu. Zamawiający nie może zwolnić się z odpowiedzialności za prawidłowość realizacji tego obowiązku i przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość projektu (brak wad projektowych) lub też nakładać na wykonawcę obowiązku opracowania dodatkowej dokumentacji projektowej, jeżeli dokumentacja opracowana przez zamawiającego jest niewystarczająca do realizacji Przedmiotu Zamówienia.**

We wskazanych powyżej zapisach umowy Zamawiający chce obciążyć wykonawcę wszelkimi konsekwencjami błędów w dokumentacji projektowej. W tej kwestii istotne jest to, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z umową w formule „buduj” a nie „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza klasyczną umowę o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 KC w przypadku umów o roboty budowlane to obowiązkiem inwestora (zamawiającego) jest przekazanie wykonawcy projektu. Z tą regulacją koresponduje treść art. 103 ust. 1 PZP, który na zamawiającego publicznego w przypadku zamówień na roboty budowlane nakłada obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej i w ten sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

W takim układzie to zamawiający ponosi konsekwencje błędów projektowych lub sytuacji, że dokumentacja nie jest wystarczająca do wykonania robót budowlanych będących przedmiotem umowy. Potwierdzeniem tego jest treść art. 651 KC, który nakłada na wykonawcę obowiązek informowania inwestora o błędach w dokumentacji projektowej. Na bazie tego przepisu orzecznictwo wypracowało jednolity pogląd zgodnie, z którym wykonawca robót budowlanych ma obowiązek przeanalizowania dokumentacji pod kątem wykonalności i poinformowania inwestora o błędach dokumentacji projektowej, które powinien wykryć profesjonalnych wykonawca robót budowlanych. Obowiązkiem wykonawcy nie jest szczegółowe badanie projektu w celu wykrycia jego wad (błędów projektowych). Przykładem w tym zakresie jest Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138/16, gdzie wskazano, że:

*Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie.*

Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 101/08, gdzie podkreślił, że wykonawca nie musi dysponować

specjalistyczną wiedzą z zakres projektowania co oznacza, że wykonawca ma obowiązek analizować projekt pod kątem jego wykonalności i ewentualnego wpływu rozwiązań projektowych na ewentualne wady obiektu ale nie ma w tym zakresie działać jako sprawdzający projekt budowlany.

*Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.*

W konsekwencji w przypadku zgłoszenia przez wykonawcę braków w dokumentacji projektowej powinno być przekazanie przez zamawiającego projektów zamiennych lub dodatkowych projektów niezbędnych do realizacji robót a nie przerzucenie tego obowiązku na wykonawcę (§ 3 ust. 2.18). W związku z tym § 3 ust. 2.18 wzoru umowy przerzucający na wykonawcę konsekwencje błędów projektowych i nakładające obowiązek uzupełnienia dokumentacji projektowej jest sprzeczne ze wskazanymi powyżej przepisami prawa.

**3. Naruszenie art. 447 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez przyznanie Zamawiającemu w postanowieniu §7 ust. 20.1 wzoru umowy możliwości wstrzymania zapłaty na rzecz generalnego wykonawcy całości należnego mu wynagrodzenia do czasu przedstawienia kompletu wymaganych niniejszą umową dokumentów dotyczących uregulowania płatności na rzecz podwykonawców, podczas gdy prawo wstrzymania płatności powinno dotyczyć jedynie części wynagrodzenia w zakresie nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Zamawiający wbrew art. 447 ust. PZP wskazuje ogólnie na wynagrodzenie podwykonawców a nie odnosi się do wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców. Co więcej brak dowodów zapłaty nie powinien blokować wystawienia faktury a jedynie może prowadzić do odpowiednio wstrzymania płatności. Zamawiający ogranicza dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców jedynie do oświadczeń podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 PZP wykonawca może wykazać płatność dowolnymi dowodami.**

Zgodnie z przepisem art. 447 ust 2 PZP w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

- 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,
- 2) udzielenie kolejnej zaliczki

– w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Z powyższego literalnie wynika, że Zamawiający nie może wstrzymywać całości wynagrodzenia należnego wykonawcy za odbieraną część zamówienia, jeżeli nie przedłożył dowodu zapłaty na rzecz podwykonawców w postaci oświadczenia podwykonawcy.

W §7 ust. 20.1 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo wstrzymania płatności wynagrodzenia dla GW z tytułu

wystawionych faktur w przypadku, gdy GW nie dostarczy Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu wraz z fakturą oświadczeń GW i Podwykonawców o dokonaniu zapłaty wynagrodzenia za roboty objęte przedstawioną Zamawiającemu do zapłaty fakturą”.

Przytoczony powyżej zapis jest niejasny, gdyż sugeruje możliwość wstrzymania całości wynagrodzenia na rzecz generalnego wykonawcy, która to okoliczność może mieć miejsce jedynie w przypadku nieprzedstawienia przez generalnego wykonawcę żadnych dowodów potwierdzających zapłatę przez niego należności na rzecz podwykonawców. Co więcej nawet w takiej sytuacji wynagrodzenie wykonawcy nie powinno podlegać wstrzymaniu w całości, ale wyłączenie w części, w jakiej brakuje dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców – suma faktur podwykonawców za dany okres rozliczeniowy może być niższa niż wartość wynagrodzenia wykonawcy za dany okres i w takiej sytuacji nie przedstawienie żadnego dowodu nie powinno skutkować blokadą całości wynagrodzenia wykonawcy;

Zapis ten w sposób oczywisty koliduje się z art. 447 ust. 2 PZP, który stanowi jasno, iż możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy występuje jedynie w sytuacji nieprzedstawienia przez niego wszystkich dowodów zapłaty, a wstrzymanie to dotyczy wyłącznie części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Art. 447 ust. 1 pzp nie ogranicza dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jedynie do oświadczeń podwykonawców. Wręcz przeciwnie wykonawca zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp może przedstawić dowolne dowody w celu wykazania, że dokonał zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i z tego tytułu nie występują zaległości. Wskazać należy, że wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone (umorzenie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia) nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, może to nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wierzytelności, faktoring itp.). Ograniczenie katalogu dowodów nie uwzględnia zatem nie tylko praktyki obrotu gospodarczego jak i obowiązujących przepisów kc (dopuszczających różne działania prowadzące do umorzenia czy też zaspokojenia wierzytelności) czy też pzp.

Art. 447 ust. 2 PZP wskazuje, że w przypadku nieprzedstawienia dowodów zapłaty może dojść do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy a nie do zablokowania możliwości złożenia faktury przez wykonawcę. W § 7 ust. 19.1 i 19.3 wzoru umowy zamawiający wbrew dyspozycji tego przepisu nie tylko uzależnił możliwość wystawienia faktury od spełniania określonych okoliczności, ale pośród tych okoliczności stara się wymusić przeprowadzenie rozliczenia końcowego z podwykonawcami. Takie zapisy umowy nie znajdują oparcia w art. 447 PZP a tym samym uznać należy zapisy umowne za niezgodne z PZP.

- 4. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 KC, w ust. 2 rozdziału VI Specyfikacji Warunków Zamówienia wprowadził możliwość odmowy podpisania przez Zamawiającego protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia w przypadku wystąpienia z jego strony jakichkolwiek uwag. Zapisy umowy wprowadzają więc odbiory**

---

**bezusterkowe, które są sprzeczne z art. 647 KC, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego.**

Zgodnie z art. 647 kc 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. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osia tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

**1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.**

**2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.**

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

*W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".*

*Z uzasadnienia*

*Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to*



**obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora.** Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwnie stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.

2. **W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC).** W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **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.**

Analogiczne poglądy Sąd Najwyższy prezentuje w zakresie obowiązku zamawiającego odbioru dzieła na mocy art. 643 kc. W tym zakresie można powołać się na wielokrotne i jednolite wypowiedzi Sądu Najwyższego - zgodnie z którymi zamawiający może odmówić odebrania dzieła i zapłaty wynagrodzenia, gdy w chwili oddania dzieła ma wady istotne (por. wyrok z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167, z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06, z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, OSNC-ZD 2013, B, 31, z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12 oraz z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12)

Poglądy te w niniejszej sprawie będą miały zastosowanie w kontekście odbioru przez zamawiającego dokumentacji projektowej oraz dokumentacji odbiorowej.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę niemniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują

aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

- (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że:

*„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”*

- (ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

*„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. 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.”*

Powyższe oznaczają, że treść ust. 2 rozdziału VI Specyfikacji Warunków Zamówienia zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylecia się od dokonania odbioru zrealizowanego zamówienia w każdym przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do takiej odmowy powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym wskazane powyżej zapisy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek podpisania protokołu potwierdzającego zakończenie realizacji zamówienia w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

- 5. W § 18 ust. 1.7, 1.9 oraz 1.11 wzory umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne, związane z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców, które są rażąco wygórowane.**

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

*Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.*

Zwrócić należy uwagę, że kary umowne przewidziane w § 18 ust. 1.7, 1.9 i 1.11. wzoru umowy są związane z art. 464 i 465 PZP statuujących m.in. obowiązek uprzedniego zgłaszania Zamawiającemu podwykonawców oraz obowiązek przedkładania zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem umów o podwykonawstwo a także nakazujących wprowadzenie w umowę o realizację zamówienia publicznego sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473). Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: „W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzenia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (...) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwiać zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców.”. Dodatkowo odwołać należy się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: „Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w

*jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz **funkcję prewencyjną**, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).

Intencją unormowań zawartych w art. 463 – 464 PZP jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

W ocenie odwołującego zastrzeżone kary na poziomie 25.000 – 50.000 zł mają charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego ale charakter represyjny a w razie ich naliczenia prowadziłby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy dotyczących zgłaszania podwykonawcy nie ponosi szkody – szkodą nie są kwoty zapłacone podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności, gdyż wykonawca jest zobowiązany do zwrotu zamawiającemu takich kwot zgodnie z art. 376 § 2 KC.

**6. Zamawiający kształtując warunek udziału w postępowaniu w roz. IX ust. 2 ppkt 2.2.2.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia określił wymóg, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobę zdolną do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych podczas gdy przedmiotem zamówienia nie są roboty telekomunikacyjne.**

Zgodnie z roz. IX ust. 2 ppkt 2.2.2.6 SWZ Wykonawca musi dysponować osobą zdolną do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadającą:

- a) uprawnienia do kierowania robotami w zakresie instalacji i urządzeń **telekomunikacyjnych w zakresie telekomunikacji przewodowej i bezprzewodowej bez ograniczeń,**
- b) minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika robót i pełniła funkcję Kierownika Robót Telekomunikacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kin, domów kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sale tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodowych zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie

bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych o następujących parametrach:

- powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 15.000,00 m<sup>2</sup>,
- wartości **robót niskoprądowych** nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto,
- obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie.

Warunek udziału w postępowaniu, ukształtowany przez Zamawiającego w roz. IX ust. 2 pkt 2.2.2.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia:

- a) jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (narusza dyspozycję art. 112 ust. 1 Pzp) – przedmiot zamówienia nie przewiduje wykonania robót budowlanych z zakresu sieci, instalacji lub urządzeń telekomunikacji przewodowej lub bezprzewodowej, a jedynie roboty elektryczne niskoprądowe,
- b) nie wyraża minimalnego poziomu zdolności (narusza dyspozycję art. 112 ust. 1 Pzp) – Wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia publicznego wykazując się dysponowaniem co najmniej jedną osobą zdolną do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- c) narusza zasadę uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp), albowiem w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów zdolnych do należytej realizacji zamówienia publicznego.

Na wstępie należy wskazać, że roboty z zakresu telekomunikacji przewodowej oraz bezprzewodowej nie można utożsamiać z robotami niskoprądowymi.

Instalacje niskoprądowe nie są zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, jednakże należą one do szerszej grupy instalacji elektrycznych. Jednocześnie definicje instalacji niskoprądowych opierają się na wyliczeniu poszczególnych robót instalacyjnych mieszczących się w ich zakresie.

Stosując metodę definiowania poprzez wyliczenie, do instalacji niskoprądowych należy zaliczyć systemy alarmowe, monitoring wizyjny (CCTV), kontrolę dostępu, telewizję cyfrową, systemy przeciwpożarowe oraz systemy automatyki (np. BMS, SMS). Jako wspólną cechę wyżej wymienionych instalacji należy wskazać to, że funkcjonują one na niskim napięciu, nieprzekraczającym 1 kV (kilowolt), co zresztą po części wynika z definicji instalacji niskoprądowych. Jest to kluczowa cecha, według której dokonuje się podziału instalacji na wysokoprądowe oraz niskoprądowe. Pojęcie instalacji telekomunikacyjnych również nie jest zdefiniowane, jednakże na podstawie ogólnych definicji stwierdzić można, że składają się one z infrastruktury przesyłowej, bądź to przewodowej, bądź bezprzewodowej.

Różnicę pomiędzy instalacjami niskoprądowymi a instalacjami telekomunikacyjnymi zauważa również ustawodawca, albowiem zgodnie z art. 15a ust. 23 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333), uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń **elektrycznych i elektroenergetycznych** w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami **o napięciu do 1 kV (kilowolt)** w obiektach budowlanych o kubaturze do 1000 m<sup>3</sup>. Niezależnie od ograniczenia kubaturowego przewidzianego w wyżej

wymienionym przepisie, ustawodawca w sposób jednoznaczny przesądza, że instalacje niskoprądowe należy kwalifikować jako instalacje elektryczne.

Z kolei warunek udziału w postępowaniu, ukształtowany przez Zamawiającego w roz. IX ust. 2 ppkt 2.2.2.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczy uprawnień budowlanych, których zakres ustawodawca określił w art. 15a ust. 18 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333). W tym miejscu należy zaznaczyć, że Zamawiający w obrębie przedmiotowego postępowania na określenie instalacji niskoprądowych używa również pojęcia „instalacje teletechniczne”, przy czym wskazać należy, że jest to pojęcie synonimiczne wobec pojęcia „instalacje telekomunikacyjne”.

Powyższe wymaga stwierdzenia, że do wykonania robót z zakresu instalacji niskoprądowych wymagane są uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a nie, jak błędnie Zamawiający przyjął, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w ramach innego warunku udziału w postępowaniu wymaga, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia osobę do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (roz. IX ust. 2 pkt 2.2.2.5 SWZ).

Mając na uwadze wyżej przedstawione różnice, wskazać należy, że dokumentacja przetargowa nie przewiduje wykonania robót budowlanych z zakresu sieci, instalacji telekomunikacyjnych, a jedynie roboty z zakresu instalacji elektrycznych (niskoprądowych), takich jak: system sygnalizacji pożarowej, system telewizji dozorowej (CCTV), system kontroli dostępu (KD), system sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN), system integracyjny systemów bezpieczeństwa (SMS).

Jednocześnie zauważania wymaga, że przedmiotowe postępowanie dotyczy realizacji zamówienia w formule „wybuduj”, to jest w formie klasycznej umowy o roboty budowlane, a Zamawiający udostępnił dokumentację przetargową na swojej stronie internetowej. Z tego względu należy zwrócić uwagę, że w zespole projektowym odpowiedzialnym za opracowanie projektu budowlanego oraz wykonawczego nie znajdowała się osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń do projektowania obiektu budowlanego w zakresie telekomunikacji przewodowej oraz bezprzewodowej.

Za opracowanie dokumentacji budowlanej w zakresie szeroko pojętych instalacji elektrycznych oraz elektroenergetycznych odpowiedzialny był Marcin Pociecha, posiadający uprawnienia budowlane o numerze ewidencyjnym MAZ/0539/POOE/14 do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń **elektrycznych i elektroenergetycznych**, wpisany na listę członków Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa pod numerem ewidencyjnym MAZ/IE/0096/15.

Za całkowicie nieuzasadnioną należy uznać konstatację, że w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania robót budowlanych z zakresu sieci, instalacji lub urządzeń telekomunikacyjnych (przewodowych lub bezprzewodowych), albowiem żaden z członków zespołu projektowego, odpowiedzialnego za sporządzenie dokumentacji budowlanej, nie posiadał uprawnień budowlanych uprawniających do sporządzenia dokumentacji w tym zakresie. Przypomnieć należy, że projekt budowlany, na

podstawie którego Wykonawca zobowiązany będzie wykonać przedmiot zamówienia, został w pełni zatwierdzony decyzją administracyjną z dnia 18 lutego 2020 r.

W związku z zaprezentowaną powyżej argumentacją, żądanie usunięcia zapisu roz. IX ust. 2 ppkt 2.2.2.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia jest całkowicie uzasadnione.

**7. W ocenie Wykonawcy z punktu zapewnienia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości nie jest uzasadnione łączenie doświadczenia w realizacji ograniczonego zakresu obiektów budynków użyteczności publicznej należących do klasy PKOB 1261, 1262, 1263 z wyłączeniami podanymi w SWZ z doświadczeniem w wykonaniu i uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej.**

Zamawiający kształtując warunek udziału w postępowaniu w rozdziale IX ust. 2 ppkt 2.2.2.5 Specyfikacji Warunków Zamówienia określił wymóg, aby Wykonawca skierował do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobę zdolną do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych posiadającą:

- a) uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- b) minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót i pełnieniu funkcji Kierownika Robót Elektrycznych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 471) na minimum 1 inwestycji (przez okres minimum 50% okresu realizacji całości robót dla wskazanej inwestycji), w zakresie budowy nowego obiektu lub rozbudowy lub nadbudowy lub przebudowy istniejącego obiektu o niżej wymienionych parametrach (w zakresie każdej ze wskazanych inwestycji): budynek użyteczności publicznej należący do klasy PKOB 1261 z wyłączeniem: kina, domu kultury, wielozadaniowych sal wykorzystywanych głównie do celów rozrywkowych, kasyn, cyrków, sal tanecznych i dyskotek, estrad, budynków schronisk dla zwierząt, budynków ogrodów zoologicznych i botanicznych lub klasy PKOB 1262 w zakresie bibliotek lub klasy PKOB 1263 w zakresie budynków szkół wyższych, o wymaganych parametrach:
  - powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 15.000,00 m<sup>2</sup>,
  - wartości robót elektrycznych (Zamawiający omyłkowo wskazał „robót sanitarnych”) nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto,
  - **w obiekcie zastosowano i uruchomiono instalację fotowoltaiczną,**
  - obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie.

Zamawiający łącząc wymóg zastosowania i uruchomienia instalacji fotowoltaicznej z pozostałymi parametrami obiektu, w ramach którego osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych musiała nabyć doświadczenie, narusza art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 PZP, albowiem warunek udziału w postępowaniu ukształtowany w ten sposób jest nieproporcjonalny, nie stanowi minimalnego poziomu zdolności, a ponadto narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że nie kwestionuje w ogóle zasadności żądania przez Zamawiającego, aby osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót

elektrycznych musiała wykazywać się doświadczeniem w wykonaniu oraz uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej. Odwołujący jest w pełni świadomy, że parametr został przez Zamawiającego określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia, albowiem opis przedmiotu zamówienia w rzeczywistości przewiduje wykonanie w ramach zamówienia instalacji fotowoltaicznej (pkt 2.20 Opisu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych). Jednocześnie wskazać należy, że kumulowanie parametru dotyczącego instalacji fotowoltaicznej z pozostałymi elementami doświadczenia, jakim powinien wykazywać się osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych, nie znajduje rzetelnego uzasadnienia.

Wskazać należy, że specyfika wykonania instalacji fotowoltaicznej nie jest uwarunkowana przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe zamówienie publiczne będzie realizowane w formule „wybuduj”, to jest w formie klasycznej umowy o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, w przypadku umów o roboty budowlane obowiązkiem inwestora (w tym przypadku Zamawiającego) jest zapewnienie dokumentacji budowlanej umożliwiającej wykonanie robót, natomiast wykonawca przy uwzględnieniu swego profesjonalizmu zobowiązany jest do jej prawidłowego odczytania oraz wykonania w zgodzie z nią robót budowlanych. Przypomnieć należy, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie jest budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz zewnętrzną. Mając na uwadze przedmiot zamówienia szczególne znaczenie z punktu widzenia Zamawiającego powinny mieć roboty, wpływające na osiągnięcie odpowiednich parametrów akustyki, takie jak roboty konstrukcyjne lub wykończeniowe.

Niezasadne jest więc stwierdzenie, że wykonanie instalacji fotowoltaicznej może przyczynić się do osiągnięcia pożądaných parametrów akustyki. Wskazać należy, że instalacja fotowoltaiczna będzie wykonywana na dachu budynku (zgodnie z pkt 2.20 Opisu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych), a ponadto zauważenia wymaga, że nie jest ona źródłem żadnych dźwięków. Do tożsamyh wniosków należy dojść analizując wpływ wykonania instalacji fotowoltaicznej w ramach budynków użyteczności publicznej zaliczanych do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych pod numerami 1262 (biblioteki) oraz 1263 (budynki szkolnictwa wyższego). Zauważania wymaga, że nabycie doświadczenia w zakresie instalacji fotowoltaicznej należy rozpatrywać w oderwaniu od obiektu, na którym taka instalacja jest wykonywana oraz uruchamiana. Pod względem technologicznym wykonanie instalacji fotowoltaicznej na obiekcie zakwalifikowanym pod numerem PKOB 1261, 1262 lub 1263 nie różni się niczym od wykonania tożsamej instalacji na obiekcie szpitalnym, czy też sportowym.

Z tego względu określenie przez Zamawiającego wymogu, aby osoba, która zostanie skierowana przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych, wykazywała się doświadczeniem w zastosowaniu oraz uruchomieniu instalacji fotowoltaicznej na obiektach klasyfikowanych pod numerami PKOB 1261, 1262 lub 1263, wobec których Zamawiający określił również minimalną powierzchnię oraz pośrednio wartość, jest całkowicie nieuzasadnione, narusza zasadę proporcjonalności, a ponadto w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg podmiotów zdolnych do należytej realizacji zamówienia publicznego.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania.



Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. Dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo wraz z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego oraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w kwocie 17 zł.