

WYROK

Warszawa, dnia 18 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Aleksandra Patyk

Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 sierpnia 2024 r. przez odwołującego: [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania i nakazuje zamawiającemu zmianę treści punktu 15.1 ppkt 9 wzoru umowy polegającą na zastąpieniu kar umownych za opóźnienie karami umownymi za zwłokę.
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.
3. W pozostałym zakresie umarza postępowanie.
4. Kosztami postępowania obciąża po połowie zamawiającego i odwołującego i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, 851 zł 53 gr (osiemset pięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika zamawiającego oraz 51 zł 00 gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw,
 - 4.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 549 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy pięćset czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego zwrotu kosztów postępowania,
 - 4.3 znosi między stronami koszty wynagrodzenia pełnomocników.

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

Przewodniczący

.....

.....

Uzasadnienie

[REDAKTOWANE] (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) przetarg nieograniczony pn.: „Budowa obiektu Centrum Leczenia Dzieci Szpitala [REDAKTOWANE] w formule zaprojektuj-wybuduj-wyposaż w zakresie zadania inwestycyjnego pn.: Poprawa jakości i dostępności usług pediatrycznych w ramach tworzonego Centrum Leczenia Dzieci Szpitala [REDAKTOWANE]” (Numer referencyjny: NLZ.2024.271.45), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 sierpnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 474088-2024, numer wydania Dz.U. S: 153/2024.

19 sierpnia 2024 r. wykonawca [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

NADMIAROWE WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

- 1) naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp, art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych (doświadczenie wykonawcy i doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia) w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem:

- a) **w zakresie doświadczenia wykonawcy** (pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. A SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia) by wykonawca wykazał się w okresie ostatnich 10 lat doświadczeniem w budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² i o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto z jednoczesnym wskazaniem, że wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji), podczas gdy w ostatnich latach miała miejsce dynamiczna zmiana cen – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej wzrósł narastająco o prawie 50% w ciągu ostatnich 10 lat. W związku z tym nierozłączny

warunek powierzchni i ceny dla obiektu postawiony przez Zamawiającego, tak naprawdę ogranicza możliwość spełnienia warunku nie dla całych 10 lat, a dla ostatnich kilku. Przykładowo obiekt warty 100 mln zł w 2024 roku, w 2015 wart był niecałe 67 mln. Tym samym wykonawcy mający w swoim doświadczeniu obiekty pozyskane przed 2020 r. (przed wzrostem cen i przed obowiązkowymi zapisami waloryzacyjnymi w umowach), mimo spełnienia pozostałych warunków (powierzchni oraz specyfikacji typu pomieszczeń), są wykluczeni z udziału w przetargu ze względu na stanowczo niższe ceny wykonania obiektów budowlanych kilka lat temu;

b) **w zakresie doświadczenia osób** którymi wykonawca ma dysponować:

- i. **kierownik budowy – koordynator kierowników robót wszystkich branż** - pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt a. SWZ pkt i pkt 5.1.9 Ogłoszenia – analogicznie jak w przypadku doświadczenia wykonawcy Zamawiający wymaga, by kierownik budowy wykazał się doświadczeniem polegającym na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala łącznie: o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² i o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto, podczas gdy jak wskazano już powyżej jest to wymóg nadmiarowy i ze względu na powiązanie wartości i powierzchni wykluczający z udziału w postępowaniu doświadczonych kierowników budowy, którzy uzyskali doświadczenie przed 2020 r.;
- ii. **kierownik robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych** – pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt b. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia – analogicznie jak w przypadku kierownika budowy Zamawiający wymaga, by kierownik robót tej branży wykazał się doświadczeniem polegającym na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala łącznie: o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² i o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto, podczas gdy jak wskazano już powyżej jest to wymóg nadmiarowy i ze względu na powiązanie wartości i powierzchni wykluczający z udziału w postępowaniu doświadczonych kierowników robót ww. branży, którzy uzyskali doświadczenie przed 2020 r.;
- iii. **kierownik robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych** – pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt c. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia – Zamawiający wymaga tu – zdaniem Odwołującego nadmiarowo – wykazania się doświadczeniem analogicznym jak w przypadku np. kierownika budowy, podczas gdy zadania kierownika robót elektrycznych w budownictwie medycznym nie różnią się zasadniczo od zadań kierownika robót elektrycznych w innych gałęziach budownictwa kubaturowego

i powinny zostać zrównane z wymaganiami dla kierownika robót teletechnicznych oraz kierownika robót drogowych. Doświadczenie zdobyte przy budowie obiektów kubaturowych tj. obiekty użyteczności publicznej, hotele, obiekty dydaktyczne jest wystarczające do profesjonalnego nadzoru nad robotami elektrycznymi na szpitalu;

iv. Przedstawiciel wykonawcy – kierownik/dyrektor projektu - pkt VII ust. 2 ppkt

4) lit. B.2 pkt f. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia – tu analogicznie jak w przypadku doświadczenia wykonawcy i kierownika budowy Zamawiający wymaga, by przedstawiciel wykonawcy wykazał się doświadczeniem polegającym na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala łącznie: o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² i o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto, podczas gdy jak wskazano już powyżej jest to wymóg nadmiarowy i ze względu na powiązanie wartości i powierzchni wykluczający z udziału w postępowaniu doświadczonych kierowników/dyrektorów projektu, którzy uzyskali doświadczenie przed 2020 r.;

WARUNKI GRUNTOWE

2) **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 103 ust. 2 Pzp i § 19 pkt 4 lit. b) Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a także art. 433 pkt 3) Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc** przez brak należytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie badań gruntowych, tj. wskazanie, że przekazane oferentom badania gruntu nie mają charakteru wiążącego, przy jednoczesnym takim sformułowaniu postanowień pkt 3.12.1 wzoru umowy, które przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyka finansowe i terminowe związane z warunkami gruntowymi, jakie mogą zostać przez wykonawców zastane na placu budowy. Takie sformułowanie postanowień umowy uniemożliwia wykonawcom przygotowanie rzetelnych i porównywalnych ofert, narusza zatem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo pkt 3.12.1 wzoru umowy został tak sformułowany, że przerzuca na wykonawców w całości ryzyka, które ze swej natury nie powinny obciążać wykonawców i zgodnie z art. 433 pkt 3) Pzp nie powinny być na nich przenoszone;

HIERARCHIA WAŻNOŚCI DOKUMENTÓW

3) **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 103 ust. 2 Pzp, art. 433 pkt 3) Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 kc i art. 353¹ kc**, przez wskazanie w pkt 1.6.1

wzoru umowy hierarchii dokumentów w taki sposób, że nadrzędne znaczenie nawet nad samą umową mają dokumenty tj.: Program Inwestycyjny na podstawie uchwały nr 213 Rady Ministrów z 10.11.2023 r. (M.P. poz.1259) oraz Umowa o dofinansowanie pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Zdrowia nr DOI/FM/SIS/11/9/387/387/2023 z 01.01.2024 r., podczas gdy to w pierwszej kolejności umowa o zamówienie publiczne, zawarta między wykonawcą a zamawiającym powinna kształtować prawa i obowiązki stron. Tymczasem w przedmiotowym przypadku w niejasny sposób o prawach i obowiązkach rozstrzygać mają dokumenty, na których treść wykonawca jako strona umowy nie ma żadnego wpływu. Powoduje to, że wykonawca nie może oszacować ryzyk związanych z realizacją umowy o to zamówienie publiczne. Przestrzeganie dokumentów dotyczących dofinansowania jest obowiązkiem zamawiającego i dostosowanie umowy na realizację zamówienia do jej wymagań jest obowiązkiem i ryzykiem zamawiającego, które nie powinno być w tak arbitralny sposób przerzucane na wykonawcę. Dodatkowo taki sposób ustalenia hierarchii narusza zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, bowiem to PFU powinno stanowić opis przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu;

TERMINY REALIZACJI DATAMI DZIENNYMI

- 4) **naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, art. 432 Pzp, art. 436 pkt 1) Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) Pzp** przez wskazanie w SWZ (pkt VI) i we wzorze umowy (pkt 7.1.9 i 7.1.10) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami Pzp, tj. przez wskazanie daty dziennej na wykonanie przedmiotu Umowy oraz dat dziennych Kamieni Milowych również przez wskazanie dat dziennych. Zamawiający wprawdzie wyjaśnił, że za zastosowaniem daty dziennej przemawia zawarta przez niego umowa o dofinansowanie, jednak w ocenie Odwołującego nie może to stanowić jedyne argumentu przerzucenia na wykonawcę ryzyk związanych z każdą sytuacją, która potencjalnie może wydłużyć realizację umowy, w szczególności przy jednoczesnym:
- a) zastosowaniu kary umownej za opóźnienie, a nie za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy (o czym w zarzucie poniżej);
 - b) braku wskazania terminów dyscyplinujących zamawiającego w podejmowaniu decyzji i działań w kluczowych kwestiach związanych z realizacją (np. zatwierdzanie kart materiałowych) – co stanowi o nierówności Stron i naruszeniu zasady współdziałania przy realizacji umowy;
 - c) nadmiernym wydłużaniu procedur odbiorowych, przez zastosowanie bardzo długich terminów na odbiory robót (np. 7 dni na odbiór robót zanikających, 60 dni na odbiór końcowy).

Powyższe ocenione powinno zostać jako naruszenie uprawnień Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy;

KARY UMOWNE ZA OPÓŹNIENIE

- 5) **naruszenie art. 433 pkt 1) i 3) Pzp, art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp, i art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie w pkt 15.1 ppkt 9 wzoru umowy postanowienia dotyczącego kar umownych za przekroczenie terminu realizacji umowy jako kar „za opóźnienie”, mimo że sprzeciwia się to wprost przepisom Pzp, przy jednoczesnym określeniu terminu realizacji datą dzienną (co również jest w sprzeczności z prawem zamówień publicznych, o czym w zarzucie powyżej). Tak formułując postanowienie o karach umownych Zamawiający przenosi na wykonawcę pełną odpowiedzialność za niedotrzymanie terminu realizacji, nawet w przypadku, jeśli obiektywne przesłanki będą przemawiać za koniecznością zmiany umowy i przedłużeniem terminu – np. będą to przyczyny niezależne w ogóle od wykonawcy, tj. siła wyższa czy działania organów administracji. Zamawiający wskazał przy tym, że przesłanką zwalniającą go z zakazu wynikającego z art. 433 pkt 1) Pzp jest to, że zamówienie jest dofinansowane. Nie jest to jednak, zdaniem odwołującego, wystarczający argument dla przeniesienia na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z nieterminową realizacją inwestycji. Powyższe należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego jego uprawnienia do kształtowania postanowień umowy, co dodatkowo uniemożliwia wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz może prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy;

LIMIT KAR UMOWNYCH

- 6) **naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, przez wprowadzenie do wzoru umowy w pkt 14.2 i w pkt 15.13 wygórowanego limitu kar umownych na poziomie równowartości 25 % Wynagrodzenia netto, podczas gdy limit na tym poziomie odstaje od realiów rynkowych;

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

7) **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 kc przez** zawarcie w treści wzoru umowy (w załączniku nr 8 dotyczącym procedur odbiorowych) oraz w treści PFU postanowień mówiących wprost o „bezusterkowym” odbiorze czy też dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad o nieistotnym charakterze, ale np. nieusuwalnych (pkt 2.5.2 załącznika nr 8 do umowy), podczas gdy zgodnie z treścią przepisów kodeksu cywilnego i utrwalonym orzecznictwem odbiór robót jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego, a odmowa jego przeprowadzenia jest możliwa wyłącznie w przypadku wystąpienia wad o charakterze istotnym. Zamawiający sformułował ponadto postanowienia dotyczące odbiorów w sposób niejasny, między dokumentami kształtującymi warunki umowy występują niespójności, co może w przyszłości prowadzić do sporów i problemów interpretacyjnych;

NIERYNKOWE OGRANICZENIA DLA TREŚCI ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

8) **naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 58 kc i art. 353¹ kc, art. 450 ust. 1 pkt 3) i 4) Pzp** przez wprowadzenie do wzoru umowy w pkt 3.2.10 nierynkowych i niebezpiecznych dla samego zamawiającego ograniczeń w zakresie treści zabezpieczenia należytego wykonania umowy, składanego w formie niepieniężnej. Zamawiający żąda, by zabezpieczenie w formie gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej nie zawierało w zasadzie żadnych wymagań, nawet uprawnienia do zweryfikowania podpisów zamawiającego, podczas gdy odbiega to od standardów i praktyki rynkowej stosowanej przez banki i ubezpieczycieli, którzy wydają takie zabezpieczenia. Może to uniemożliwić wykonawcom złożenie zabezpieczenia, mimo że przepisy prawa dopuszczają by zabezpieczenie było składane również w formach niepieniężnych, bez nakładania dodatkowych ograniczeń, jakie zastosował w niniejszym Postępowaniu Zamawiający.

ZASADY ZWROTU ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

9) **naruszenie art. 453 ust. 1 Pzp** przez takie uregulowanie w pkt 3.2.8 pkt (ii) wzoru umowy terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, że zabezpieczenie to miałyby zostać zwrócone po upływie okresu rękojmi, podczas gdy zgodnie z przywołanym przepisem ustawy zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane, a zatem zabezpieczenie to powinno zostać zwrócone po podpisaniu protokołu odbioru końcowego;

RELACJE Z PODWYKONAWCAMI

- 10) **naruszenie art. 462 ust. 1 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp i art. 465 ust. 8 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i w zw. z art. 647¹ § 3 kc** przez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do wzoru umowy w pkt 3.3.12 lit. h), 3.3.24 i 3.3.25 postanowień, które limitują wysokość wynagrodzenia, na jakie wykonawca może umówić się z podwykonawcami. Stosowanie takiego ograniczenia może prowadzić do paraliżu realizacji umowy, w szczególności mając na względzie charakter przedmiotowej umowy, tj. „zaprojektuj, wybuduj, wyposażyć”. Kwestionowane postanowienia umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647¹ § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne. Ograniczenia te mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań, pozbawiają go jednocześnie możliwości negocjacji z podwykonawcami ich wynagrodzenia;
- 11) **naruszenie art. 447 ust. 2 Pzp w zw. z art. 449 ust. 2 Pzp i art. 452 ust. 1 i 2 Pzp** przez zastosowanie w pkt 11.7 lit. a) ppkt a) wzoru umowy dodatkowego i niezgodnego z ustawą Pzp zabezpieczenia w postaci możliwości zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy w dowolnej części w przypadku braku oświadczeń lub kopii faktur podwykonawców, podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 Pzp w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymanie wynagrodzenia może dotyczyć wyłącznie części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Uprawnienie do zatrzymania dowolnej części wynagrodzenia i traktowanie jej jako dodatkowej w stosunku do zabezpieczenia należytego wykonania umowy kaucji stanowi wg Odwołującego nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania warunków umowy.

Odwołujący wniósł o odpowiednią do podniesionych zarzutów zmianę kwestionowanych wyżej postanowień dokumentów postępowania, przy czym zaproponował, by zmiany te miały następującą treść:

NADMIAROWE WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

- 1) w zakresie zarzutu dotyczącego postawienia niezgodnych z prawem zamówień publicznych, nadmiarowych, nieproporcjonalnych i naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunków udziału w postępowaniu wnioskujemy o dokonanie zmian SWZ w punkcie VII pkt 2 ppkt 4) oraz odpowiednio w pkt 5.1.9 Ogłoszenia przez zmianę warunków w zakresie zdolności technicznej

lub zawodowej – doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia przez doprowadzenie ich do zgodności z prawem i nadanie im następującej treści:

a) **w zakresie doświadczenia wykonawcy** pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. A SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia:

Zamawiający uzna warunek dotyczący wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że:

A. *w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) należycie wykonał (ukończył realizując od początku do końca, tj. od zawarcia umowy aż do uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie i protokołu odbioru zakończonego wynikiem pozytywnym) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² ~~i lub~~ o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto (~~wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji~~), który ma w swojej strukturze co najmniej jeden blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne*

EWENTUALNIE

A. *w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) należycie wykonał (ukończył realizując od początku do końca, tj. od zawarcia umowy aż do uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie i protokołu odbioru zakończonego wynikiem pozytywnym) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² i o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż ~~100 000 000 zł brutto~~ 80.000.000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji), który ma w swojej strukturze co najmniej jeden blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne*

b) **w zakresie doświadczenia osób** którymi wykonawca ma dysponować:

i. **kierownik budowy – koordynator kierowników robót wszystkich branż** - pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt a. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia

a. *Osoba w funkcji Kierownika budowy – koordynatora kierowników robót wszystkich branż, posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności*

konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane), która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- wykonywała przez co najmniej 12 miesięcy obowiązki kierownika budowy w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² ~~oraz lub~~ o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto (~~wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji~~),
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;

Zamawiający dopuszcza łączenie przez jedną osobę funkcji Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Budowy pod warunkiem spełnienia przez taką osobę łącznie postawionych warunków.

EWENTUALNIE

a. Osoba w funkcji Kierownika budowy – koordynatora kierowników robót wszystkich branż, posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane), która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- wykonywała przez co najmniej 12 miesięcy obowiązki kierownika budowy w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² oraz o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż ~~100 000 000 zł brutto~~ 80.000.000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),

- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;

Zamawiający dopuszcza łączenie przez jedną osobę funkcji Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Budowy pod warunkiem spełnienia przez taką osobę łącznie postawionych warunków.

ii. kierownik robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych – pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt b. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia

b. Osoba w funkcji Kierownika robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w tej specjalności bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b oraz ust. 3 pkt 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane), która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- wykonywała przez co najmniej 12 miesięcy obowiązki kierownika robót w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² ~~oraz lub~~ o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto ~~(wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),~~
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;

EWENTUALNIE

b. Osoba w funkcji Kierownika robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w tej specjalności bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b oraz ust. 3 pkt 3 ustawy z 7 lipca 1994

r. Prawo budowlane), która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- wykonywała przez co najmniej 12 miesięcy obowiązki kierownika robót w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² oraz o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;

iii. kierownik robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt c. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia

c. Osoba w funkcji Kierownika robót specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w tej specjalności bez ograniczeń (zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 4 lit. b oraz ust. 3 pkt 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane), która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki: wykonywała przez co najmniej 4 miesiące obowiązki kierownika robót w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej trzech inwestycji (warunek 4 miesięcy musi być spełniony dla każdej z nich). Zamawiający uzna warunek za spełniony również, jeśli roboty o których mowa powyżej były składową większej inwestycji wielobranżowej o ile spełnione będą pozostałe wymagania. ~~w ramach maksymalnie 3 inwestycji:~~

- ~~• wykonywała przez co najmniej 12 miesięcy obowiązki kierownika robót w zakresie objętym specjalnością posiadanych uprawnień dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² oraz o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),~~

- ~~• co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz~~
- ~~• co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz~~
- ~~• co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;~~

iv. Przedstawiciel wykonawcy – kierownik/dyrektor projektu -

pkt VII ust. 2 ppkt 4) lit. B.2 pkt f. SWZ i pkt 5.1.9 Ogłoszenia

Innymi osobami:

f. Osoba w funkcji Przedstawiciela wykonawcy – kierownika/dyrektora projektu lub innej równoważnej, posiadająca co najmniej wyższe wykształcenie, która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- pełniła przez co najmniej 12 miesięcy funkcję Przedstawiciela wykonawcy lub kierownika/dyrektora projektu lub inną równoważną dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² ~~oraz lub~~ o łącznej wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100 000 000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy — Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),*
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz*
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz*
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;*

EWENTUALNIE

Innymi osobami:

f. Osoba w funkcji Przedstawiciela wykonawcy – kierownika/dyrektora projektu lub innej równoważnej, posiadająca co najmniej wyższe wykształcenie, która może wykazać się doświadczeniem łącznym spełniającym poniższe warunki w ramach maksymalnie 3 inwestycji:

- pełniła przez co najmniej 12 miesięcy funkcję Przedstawiciela wykonawcy lub kierownika/dyrektora projektu lub inną równoważną dla co najmniej jednej inwestycji dotyczącej budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni brutto nie mniejszej niż 10.000 m² oraz o łącznej wartości robót*

budowlanych nie mniejszej niż ~~100.000.000 zł brutto~~ 80.000.000 zł brutto (wymóg powierzchni brutto i wartości musi być spełniony dla jednej budowy – Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości w tym zakresie dla różnych inwestycji),

- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała blok operacyjny posiadający co najmniej 2 sale operacyjne oraz*
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jedną salę diagnostyki obrazowej (typu rezonans lub tomograf lub rtg) oraz*
- co najmniej jedna z tych inwestycji obejmowała przynajmniej jeden oddział łóżkowy na co najmniej 20 łóżek;*

WARUNKI GRUNTOWE

2) w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i nieuprawnionego przerzucenia na wykonawcę ryzyk związanych z warunkami gruntowymi wnosimy o zmianę w pkt 3.12.1 wzoru umowy przez wyeliminowanie postanowień naruszających prawo oraz dodatkowo o dodanie w postanowieniach dotyczących zmiany umowy, tj. w pkt 10.2 np. kolejnego pkt 10.2.4, który umożliwiać będzie zmianę umowy (terminu i wynagrodzenia) w przypadku zaistnienia odmiennych od opisanych w dokumentacji przetargowej warunków gruntowych.

Proponowane brzmienie pkt 3.12.1 wzoru umowy:

3.12.1 Zamawiający przed etapem wszczęcia postępowania w sprawie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego przeprowadził wstępne badania gruntu (5 odwiertów), które udostępnił oferentom (w tym Wykonawcy) w celach poglądowych celu przygotowania oferty. Dokumentacja ta nie ma charakteru wiążącego na etapie projektowania i wykonawca w celu przygotowania dokumentacji projektowej wykona wymagane prawem badania. Jeśli wyniki tych badań będą wskazywały, że warunki gruntowe są odmienne od wynikających z przekazanych na etapie przetargu badań gruntu, w tym jeśli w trakcie prowadzenia tych badań lub na etapie realizacji Umowy (prowadzenia robót budowlanych) wystąpią:

- a) instalacje (sieci) podziemne niezainwentaryzowane lub niemożliwe do zainwentaryzowania aktualnymi metodami technicznymi;*
- b) substancje lub materiały niebezpieczne lub toksyczne;*
- c) przedmioty historyczne, relikty archeologiczne, zabytki, niewybuchy, niewypały - poniżej poziomu gruntu (udokumentowane w Dzienniku Budowy i potwierdzone przez Inspektora Nadzoru),*

wówczas zastosowanie znajdą postanowienia dotyczące zmian Umowy. Zamawiający nie może zagwarantować, co Wykonawca uznaje i akceptuje, że warunki gruntowe będą

~~jednorodne jak w miejscu odwiertów, a przebieg sieci podziemnych będzie zbieżny z mapami poglądowymi, ani że są w stanie technicznym nie wymagającym dodatkowych nakładów. Wykonawca oświadcza, że akceptuje wszelkie ryzyka jakie mogą zaistnieć w ramach wykonywania umowy, a dotyczące właściwości gruntu, oświadcza, że uznaje i akceptuje, to, że materiały udostępnione przez Zamawiającego należy traktować jako poglądowe i nie wiążące. W związku z powyższym, Wykonawca uznaje i akceptuje, że nie przysługują mu żadne roszczenia w stosunku do Zamawiającego.~~

~~Jeżeli na Terenie Budowy (w trakcie prowadzenia robót) wystąpią:~~

- ~~(a) instalacje (sieci) podziemne niezainwentaryzowane lub niemożliwe do zainwentaryzowania aktualnymi metodami technicznymi, a wskazane zostaną przez Wykonawcę po odkrywcę, to Wykonawca usunie je lub przełoży na własny koszt;~~
- ~~(b) substancje lub materiały niebezpieczne lub toksyczne, to Wykonawca usunie je na własny koszt.~~
- ~~(c) przedmioty historyczne, relikty archeologiczne, zabytki, niewybuchy, niewypały - poniżej poziomu gruntu (udokumentowane w Dzienniku Budowy i potwierdzone przez Inspektora Nadzoru), to Wykonawca usunie je na własny koszt;~~

Proponowane brzmienie nowego pkt 10.2.4 wzoru umowy:

10.2 Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzania zmian terminu zakończenia Robót Budowlanych, Dostaw, Usług lub Wynagrodzenia oraz związanej z nim zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej:

(...)

10.2.4 Zmiany terminu i/lub wynagrodzenia z uwagi wystąpienie odmiennych od przewidzianych w dokumentacji przetargowej warunków gruntowowodnych, w tym jeśli w trakcie prowadzenia badań niezbędnych dla wykonania prac projektowych lub na etapie realizacji Umowy (prowadzenia robót budowlanych) wystąpią:

- a) instalacje (sieci) podziemne niezainwentaryzowane lub niemożliwe do zainwentaryzowania aktualnymi metodami technicznymi;
- b) substancje lub materiały niebezpieczne lub toksyczne;
- c) przedmioty historyczne, relikty archeologiczne, zabytki, niewybuchy, niewypały - poniżej poziomu gruntu (udokumentowane w Dzienniku Budowy i potwierdzone przez Inspektora Nadzoru),

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej, termin zakończenia Robót Budowlanych, Dostaw, Usług może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do wykonania Umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności oraz ich skutków i czasu ich usuwania, o ile te okoliczności

pozostają w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym z wydłużeniem czasu realizacji mającym bezpośredni wpływ na możliwość zachowania terminu pierwotnie określonego w Umowie.

Mając powyższe na uwadze wystąpienie ww. okoliczności może być, w zależności od sytuacji, bądź to podstawą przedłużenia terminu zakończenia robót i/lub terminu pośredniego wyznaczonego w Umowie, a także powiązanej z tymi zmianami i ich skutkami zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

HIERARCHIA WAŻNOŚCI DOKUMENTÓW

3) w związku z postawionym zarzutem naruszenia prawa, polegającym na postawieniu na czele hierarchii ważności dokumentów (w pkt 1.6.1 wzoru umowy) dokumentów, które nie pochodzą od stron umowy, wnosimy o dokonanie odpowiednich zmian w umowie przez wyeliminowanie jako nadrzędnych dokumentów takich jak: Program Inwestycyjny oraz Umowa o dofinansowanie pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Zdrowia nr DOI/FM/SIS/11/9/387/387/2023 z 01.01.2024 r. i nadanie nadrzędnego znaczenia Umowie o zamówienie publiczne. Proponowana zmiana w pkt 1.6.1 wzoru umowy:

1.6.1 Integralną częścią niniejszej Umowy wraz z załącznikami stają się: Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz załącznikami, Harmonogram Rzeczowo-Finansowy i Oferta Wykonawcy.

W przypadku sprzeczności lub rozbieżności pomiędzy treścią Umowy lub załączników dokumenty obowiązują ~~znaczenie rozstrzygające ma Program Inwestycyjny na podstawie uchwały nr 213 Rady Ministrów z 10.11.2023 r. (M.P. poz.1259) oraz Umowa o dofinansowanie pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Zdrowia nr DOI/FM/SIS/11/9/387/387/2023 z 01.01.2024 r.~~ zgodnie z następującą hierarchią ważności dokumentów:

~~1) Program Inwestycyjny na podstawie uchwały nr 213 Rady Ministrów z 10.11.2023 r. (M.P. poz.1259) oraz Umowa o dofinansowanie pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Zdrowia nr DOI/FM/SIS/11/9/387/387/2023 z 01.01.2024 r.~~

1 2) Umowa

2 3) Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami, w tym Programem Inwestycyjnym na podstawie uchwały nr 213 Rady Ministrów z 10.11.2023 r. (M.P. poz.1259) oraz Umową o dofinansowanie pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Zdrowia nr DOI/FM/SIS/11/9/387/387/2023 z 01.01.2024 r.;

3 4) Oferta Wykonawcy

4 5) Harmonogram Rzeczowo-Finansowy

TERMINY REALIZACJI DATAMI DZIENNYMI

- 4) w zakresie zarzutu dotyczącego ustanowienia końcowego terminu realizacji umowy oraz terminów pośrednich datami dziennymi wbrew przepisom prawa zwracamy się o wyeliminowanie terminów wskazanych datami dziennymi i wprowadzenie do umowy terminów, które liczone będą w miesiącach od podpisania umowy. Dodatkowo – w związku z wyrażaną przez Zamawiającego potrzebą sprawnej realizacji zamówienia – wnosimy o wprowadzenie do umowy terminów na wykonanie czynności przez zamawiającego oraz skrócenie niektórych terminów umownych, zastrzeżonych dla Zamawiającego. Odwołujący zaproponował dokonanie SWZ, Ogłoszeniu i we wzorze umowy następujących zmian:

pkt VI ppkt 1. SWZ

Termin wykonania zamówienia: do 31.10.2027 roku 36 miesięcy od dnia podpisania Umowy.

~~Zamawiający określił termin końcowy wykonania zamówienia datą, z uwagi na to, iż wiąże go termin rozliczenia finansowania w ramach zawartej z Ministerstwem Zdrowia UMOWY nr DOI/FM/SIS/11/9/387/2023 na udzielenie dotacji celowej na dofinansowanie realizacji programu inwestycyjnego pn. „Poprawa jakości i dostępności usług pediatrycznych w ramach tworzonego Centrum Leczenia Dzieci [REDAKTOWANE]”.~~

Ogłoszenie, pkt 5.1.3:

Szacowany okres obowiązywania

Data początkowa: 02/01/2025

Data zakończenia trwania: 31/10/2027 36 miesięcy od dnia podpisania Umowy

Ogłoszenie, pkt 5.1.6

Informacje ogólne od słowa „UWAGA!”

(...) UWAGA! Wskazany w ogłoszeniu szacowany okresu obowiązywania (pkt 5.1.3) odnoszący się do daty początkowej nie jest wiążący - został wskazany ze względów technicznych, służących przesłaniu ogłoszenia do publikacji (początkowy termin obowiązywania umowy uzależniony jest od daty udzielenia zamówienia, który na tą chwilę nie jest znany). Zgodnie z SWZ, termin wykonania zamówienia: do 31.10.2027 roku 36 miesięcy od dnia podpisania Umowy. ~~Zamawiający określił termin końcowy wykonania zamówienia datą, z uwagi na to, iż wiąże go termin rozliczenia finansowania w ramach zawartej z Ministerstwem Zdrowia U M O W Y nr DOI/FM/SIS/11/9/387/2023 na udzielenie dotacji celowej na dofinansowanie realizacji programu inwestycyjnego pn. „Poprawa jakości i dostępności usług pediatrycznych w ramach tworzonego Centrum~~

Proponowane zmiany we wzorze umowy:

7.1.9 Wykonawca wykona przedmiot Umowy w terminie ~~do dnia 31.10.2027 r.~~ 36 miesięcy od dnia podpisania Umowy.

7.1.10 W ramach realizacji Umowy, wyróżnia się następujące Kamienie Milowe:

- (a) KM1 – Projekt Budowlany - Rozpoczyna się od wejścia w życie Umowy i kończy się w momencie uzyskania przez Wykonawcę ostatniej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, jednak nie później niż ~~do dnia 31.07.2025 r.~~ 9 miesięcy od dnia podpisania Umowy,
- (b) KM 2 – Przebudowa kolizji sieci technologicznych w obszarze planowanej inwestycji i wyburzenie budynków pod planowaną inwestycję - nie później niż ~~do dnia 31.10.2025 r.~~ 3 miesiące od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę,
- (c) KM 3 - Wykonanie stanu surowego zamkniętego Centrum Leczenia Dzieci - nie później niż ~~do dnia 31.10.2026 r.~~ 16 miesięcy od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę,
- (d) KM 4 – Przygotowanie pomieszczeń diagnostyki obrazowej do montażu aparatury medycznej dostarczanej przez dostawców zewnętrznych – nie później niż ~~do dnia 30.06.2027 r.~~ 24 miesięcy od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę.
- (e) KM 4-5 – Zakończenie robót wykończeniowych wewnętrznych Centrum Leczenia Dzieci –nie później niż ~~do dnia 31.08.2027 r.~~ 27 miesięcy od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę
- (f) KM 6 - Uzyskanie ostatecznej decyzji na Pozwolenie na Użytkowanie - nie później niż ~~do dnia 30.09.2027 r.~~ 27 miesięcy od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę
- (g) KM 7 – Przekazanie Zamawiającemu Przedmiotu Umowy - nie później niż ~~do dnia 31.10.2027 r.~~ 27 miesięcy od dnia otrzymania prawomocnego pozwolenia na budowę.

Proponowana treść postanowienia:

2.7. Zamawiający w terminie 7 dni od złożenia wniosku akceptuje Kartę Zatwierdzenia Materiałowego pod warunkiem jej zgodności z Umową.

Proponowana zmiana w pkt 3.3.7 wzoru umowy przez skrócenie terminu, w którym Zamawiający może złożyć pisemny sprzeciw do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a której projekt został uprzednio zaakceptowany przez Zamawiającego:

3.3.7 Zamawiający, w terminie ~~44~~ 7 dni od przedłożenia kopii umowy, wskazanej w art. 3.3.6, zgłasza pisemny sprzeciw do przedłożonej umowy, w przypadkach, o których mowa w art. 3.3.5. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej

umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

Odbiór robót zanikających i ulegających zakryciu polega na finalnej ocenie ilości i jakości wykonywanych robót, które w dalszym procesie realizacji ulegają zakryciu. Odbiór robót zanikających i ulegających zakryciu będzie dokonywany w czasie umożliwiającym wykonanie ewentualnych korekt i poprawek bez hamowania ogólnego postępu Robót Budowlanych. Odbioru robót dokonuje Inwestor Zastępczy w obecności Kierownika Budowy lub kierowników robót branżowych. Gotowość danej części robót do odbioru zgłasza Wykonawca Inwestycji wpisem do dziennika budowy z jednoczesnym powiadomieniem Inwestora Zastępczego, odpowiedniego dla danej branży, drogą elektroniczną. Wykonawca Inwestycji wskaże w powiadomieniu część Dokumentacji Projektowej będącej podstawą odbioru. Odbiór będzie przeprowadzony niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 7 3 dni od daty potwierdzenia przez Inwestora Nadzoru zakończenia robót i przejęcia dokumentów do odbioru częściowego. (...)

Pkt 2.5.2 Załącznika nr 8 do umowy – Procedury Odbiorowe – akapit czwarty, piąty i ósmy przez zmianę podanych tam terminów:

Inwestor Zastępczy powiadomi Zamawiającego o gotowości obiektu do rozpoczęcia Odbioru Końcowego/ lub jej braku w terminie 14 7 dni roboczych od daty otrzymania zgłoszenia Wykonawcy Inwestycji. Równocześnie przekaze Zamawiającemu opinię dotyczącą operatu kolaudacyjnego nadając mu status:

A. przyjęto bez zastrzeżeń, co oznacza, że operat został przyjęty bez zastrzeżeń co do jego jakości i kompletności lub

B. przyjęto z uwagami lub status

C. nie przyjęto, co oznacza, że operat powinien zostać ponownie złożony do inspekcji.

W terminie 5 3 dni roboczych od daty potwierdzenia przez Inwestora Zastępczego gotowości do odbioru oraz zatwierdzenia przez niego operatu kolaudacyjnego z co najmniej statusem B, Zamawiający powiadomi pisemnie Wykonawcę Inwestycji o dacie rozpoczęcia Odbioru Końcowego i składzie powołanej przez Zamawiającego komisji kolaudacyjnej. W skład komisji, oddzielnej dla każdej z branż, wejdą przedstawiciele Zamawiającego i Inwestora Zastępczego wraz z Inspektorami Nadzoru. W odbiorach będą uczestniczyć wskazani przez Wykonawcę jego przedstawiciele oraz Kierownik Budowy, nie będą jednak członkami Komisji odbiorowej. Inwestor Zastępczy uzgodni z Zamawiającym i Wykonawcą harmonogram prac komisji odbiorowych.

(...)

Prace komisji odbiorowej zostaną zakończone w czasie 60 7 dni od daty rozpoczęcia czynności odbiorowych.

KARY UMOWNE ZA OPÓŹNIENIE

- 5) w związku z naruszeniem przez Zamawiającego prawa zamówień publicznych, polegającym na ustanowieniu kar umownych „za opóźnienie” w realizacji zamówienia wnosimy o dostosowanie wzoru umowy do wymagań prawa oraz zmianę kar „za opóźnienie” na kary „za zwłokę” przez np. nadanie pkt 15.1 ppkt 9) następującej treści:

15.1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z następujących tytułów:

(...)

- 9) *0,01 % Wynagrodzenia określonego w określonego w art. 11.1 z tytułu przekroczenia terminu realizacji zamówienia określonego w art. 7.1.9 – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia zwłoki. ~~Zastrzeżenie kary za opóźnienie wynika z okoliczności finansowania zamówienia ze środków zewnętrznych wobec Zamawiającego (dofinansowanie), które są dla niego dostępne do wykorzystania wyłącznie w terminie wykonania Przedmiotu Umowy. Przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy spowoduje utratę finansowania zewnętrznego zamówienia przez Zamawiającego (szkodę finansową w znacznym rozmiarze) oraz ograniczy dostępność do wysokospecjalistycznych świadczeń zdrowotnych dla ubezpieczonych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, co uzasadnia stosowanie kary umownej za opóźnienie.~~*

LIMIT KAR UMOWNYCH

- 6) w zakresie naruszenia prawa, polegającego na ustanowieniu wygórowanego, nierynkowego limitu kar umownych, wnosimy o dokonanie odpowiedniego obniżenia zastrzeżonego limitu do poziomu rynkowego i pozostawię w umowie jednego postanowienia, które do wysokości maksymalnego limitu kar się odnosi, np. przez zmianę w pkt 14.2 i 15.13 Umowy i nadanie im następującej treści:

14.2 Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszego Umowy ograniczona jest do równowartości 100% Wynagrodzenia netto. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu wszelkich kar umownych ograniczona jest do równowartości 2510 % (dwadzieścia pięć dziesięć procent) Wynagrodzenia netto.

15.13 Zamawiający może potrącić kary umowne z Wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Maksymalna

~~wysokość naliczonych kar umownych, ze wszystkich tytułów, nie może przekroczyć łącznie 25% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w art. 11.1 Umowy.~~

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

7) w związku z zarzutem dotyczącym wprowadzenia w dokumentach zamówienia odniesień do tzw. „bezusterkowego” odbioru wnosimy o dokonanie zmian w SWZ, wzorze umowy, w tym załączniku nr 8 do umowy oraz PFU w sposób, który wyeliminuje niezgodne z prawem zasady dokonywania odbiorów. Postulowane jest również ujednolicenie pojęć, bowiem o ile sam wzór umowy posługuje się zdefiniowanymi pojęciami (np. Wady, Wady Istotnej, Wady Nieistotnej), to już załącznik nr 8 do umowy (procedury odbiorowe) posługuje się tymi pojęciami pisanymi z małej litery, co może powodować problemy w interpretacji tych postanowień w przyszłości.

Proponowane zmiany:

- pkt 2.5.2. akapit szósty Załącznika nr 8 do umowy – Procedury Odbiorowe w następujący sposób:

Komisja odbierająca poszczególne Roboty Budowlane dokona ich oceny jakościowej na podstawie przedłożonych dokumentów, wyników badań i pomiarów, oceny wizualnej oraz zgodności wykonania robót z Dokumentacją Projektową. W przypadku, gdy według Komisji Roboty Budowlane pod względem przygotowania formalnego i dokumentacyjnego nie będą gotowe do Odbioru Końcowego co oznacza, że Komisja dostrzeże Wady Istotne, komisja w porozumieniu z Wykonawcą i wyznaczy ponowny termin Odbioru Końcowego Robót.

- pkt 2.5.2. akapit trzynasty Załącznika nr 8 do umowy – Procedury Odbiorowe w następujący sposób:

1) jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający podpisze protokół odbioru robót ze wskazaniem wad i jednocześnie wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługują uprawnienia z tytułu rękojmi za wady oraz pozostałe roszczenia zgodnie z Umową.

b) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:

i. w przypadku Wady Istotnej - Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót w danym zakresie, odstępując od odbioru,

ii. w przypadku Wady Nieistotnej – Zamawiający dokonuje odbioru przez podpisanie protokołu odbioru i jednocześnie może pomniejszyć wynagrodzenie

Wykonawcy o wartość robót wadliwych, przy czym kwota ta zostanie potrącona z wynagrodzenia Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Wykonawca wyraża na to zgodę,

c. jeżeli wady istotne uniemożliwiają lub utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy bądź obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

- pkt 2.2.21 ppkt c) akapit czwarty PFU w następujący sposób:

W przypadku, gdy wg komisji roboty pod względem przygotowania dokumentacyjnego nie będą gotowe do odbioru końcowego ze względu na występowanie wad istotnych, komisja w porozumieniu z wykonawcą wyznaczy ponowny termin odbioru końcowego robót.

- pkt 2.2.25 akapit pierwszy PFU w następujący sposób:

Podstawą płatności jest wynagrodzenie ryczałtowe brutto. Wynagrodzenie płatne będzie zgodnie z postanowieniami Umowy, a faktura końcowa po wykonaniu przez Wykonawcę całego zamówienia po podpisaniu ~~bezwusterkowego~~ protokołu odbioru końcowego.

NIERYNKOWE OGRANICZENIA DLA TREŚCI ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

8) w związku z ustanowieniem nierynkowych ograniczeń dla treści zabezpieczenia należytego wykonania umowy wnosimy o zmianę wzoru umowy w taki sposób, by zamawiający dopuścił możliwość złożenia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na zasadach rynkowych, tj. o treści zgodnej z rynkowymi standardami, o treści zabezpieczającej interesy zarówno zamawiającego jak i wykonawcy, a także podmiotu wydającego zabezpieczenie. Proponowana zmiana pkt 3.2.10 wzoru umowy:

3.2.10 Jeżeli formą zabezpieczenia należytego wykonania Umowy będzie forma niepieniężna (w tym forma gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej), to będzie ono zawierać zobowiązanie podmiotu wystawiającego daną gwarancję do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu wszelkich kwot do wysokości udzielonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy na pierwsze pisemne żądanie zawierające oświadczenie Zamawiającego stwierdzające niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy lub żądanie pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za Wady (w szczególności bez konieczności akceptacji roszczeń, bez konieczności udokumentowania lub uzasadnienia roszczeń, bez konieczności wskazania wartości lub elementów składających się na roszczenia). Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa może przewidywać konieczność, ~~bez konieczności zachowania innej formy zgłoszenia~~

~~roszczeń niż forma pisemna z podpisami osób upoważnionych do reprezentowania Zamawiającego, wystosowania wezwania do zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, żądania potwierdzenia przez notariusza faktu, że złożone podpisy należą do osób upoważnionych lub żądania złożenia wezwania tylko w formie listu poleconego lub wysłania kurierem).~~

Strony zgodnie postanawiają, że zobowiązanie gwaranta z gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej jest zobowiązaniem abstrakcyjnym. Zamawiający nie dopuszcza wprowadzenia do gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej jakiegokolwiek postanowienia, warunków, formalności, które uniemożliwiają lub utrudniają skorzystanie przez Zamawiającego z Zabezpieczenia należytego wykonania Umowy przez uzależnienie wypłaty z gwarancji od wykazania materialnych przesłanek odpowiedzialności Wykonawcy. ~~lub spełnienia innych warunków formalnych, niż wykazanie umocowania osób żądających w imieniu Zamawiającego wypłaty z gwarancji.~~

Wykonawca zobowiązany jest wyprzedzająco przekazać projekt gwarancji do akceptacji Zamawiającego i uzyskać taką akceptację.

ZASADY ZWROTU ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

9) proponowana zmiana w pkt 3.2.8 wzoru umowy:

3.2.8 W przypadku przesunięcia terminu podpisania Protokołu Odbioru Końcowego w stosunku do terminu przewidzianego w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym lub przedłużenia okresu obowiązywania rękojmi, Wykonawca przedłuży zabezpieczenie należytego wykonania Umowy na okres obejmujący również przedłużenie okresu wykonywania Robót Budowlanych, Dostaw i Usług i/lub rękojmi w związku z przesunięciem ww. terminów. W przypadku niewykonania przez Wykonawcę obowiązku przewidzianego w zdaniu poprzedzającym, w terminie do 14 (czternastego) dnia przed upływem ważności zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Zamawiający ma prawo:

- (a) skorzystać z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w kwocie, na którą musi opiewać przedłużone zabezpieczenie należytego wykonania Umowy albo
- (b) potrącić z płatności przypadającej od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy po dniu niewykonania przez Wykonawcę obowiązku przedłużenia zabezpieczenia wartość kwoty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

W przypadku, gdy Zamawiający skorzystał z któregoś z powyższych uprawnień, zobowiązany jest zwrócić Wykonawcy kwotę otrzymaną wskutek wykonania takiego uprawnienia w terminie 10 (dziesięciu) Dni Roboczych: (i) po otrzymaniu od Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania Umowy z odpowiednio przedłużonym okresem

ważności albo (ii) po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego (w przypadku jeśli nie zostało przedłużone zabezpieczenie należytego wykonania Umowy) lub po upływie okresu rękojmi (w przypadku jeśli nie zostało przedłużone zabezpieczenie należytego usuwania wad w okresie rękojmi) odpowiednio kwotę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy lub kwotę zabezpieczenia należytego usuwania wad w okresie rękojmi, pomniejszoną o ewentualne wypłaty z tytułu roszczeń ~~(jeżeli Wykonawca w ogóle nie dostarczył zabezpieczenia należytego wykonania na okres obejmujący przedłużenie okresu rękojmi na zasadach określonych w niniejszym artykule 3.2.8~~

Koszty przedłużenia zabezpieczenia ponosi Wykonawca, jeżeli przesunięcie terminu zakończenia realizacji Umowy lub wydłużenie okresu rękojmi nastąpi z przyczyn leżących po jego stronie. W przypadku gdy przesunięcie ww. terminów nastąpi z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, koszty przedłużenia zabezpieczenia ponosi Zamawiający.

RELACJE Z PODWYKONAWCAMI

- 10) w zakresie zarzutu naruszenia prawa przez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które limitują wysokość wynagrodzenia, na jakie wykonawca może umówić się z podwykonawcami, proponowana zmiana wzoru umowy, dostosowanie jej do przepisów prawa i w szczególności przez wykreślenie pkt 3.3.24 i 3.3.25 wzoru umowy i dokonanie następujących zmian w pkt 3.3.12 lit. h) wzoru umowy:

3.3.12: (...) Umowa o podwykonawstwo winna zawierać regulacje spójne i niekolidujące z postanowieniami niniejszej umowy oraz określać w szczególności:

- h) ~~wartość robót lub dostaw Podwykonawcy nie może przekraczać wartości tożsamy~~
~~elementów robót lub dostaw Wykonawcy określonych w Harmonogramie i Kalkulacji~~

~~3.3.24 W umowach o podwykonawstwo Wykonawca zagwarantuje, aby suma wynagrodzeń ustalona za zakres robót wykonanych przez Podwykonawców nie przekroczyła wynagrodzenia przypadającego na podstawie umowy na ten zakres robót.~~

~~3.3.25 Wymóg określony w art. 3.3.24 dotyczy umów o podwykonawstwo wskazanych w art. 3.3.7. Jego niedopełnienie skutkuje wniesieniem przez Zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.~~

- 11) **w zakresie zarzutu naruszenia prawa przez zastosowanie dodatkowego i niezgodnego z ustawą Pzp zabezpieczenia w postaci możliwości zatrzymania**

wynagrodzenia wykonawcy w dowolnej części w przypadku braku oświadczeń lub kopii faktur podwykonawców, proponowana zmiana w pkt 11.7 lit. a) ppkt a) wzoru umowy:

11.7 Po otrzymaniu przez Zamawiającego faktury Wykonawcy zgodnie z postanowieniami Umowy i stwierdzeniu przez Zamawiającego, że została ona w sposób prawidłowy wystawiona:

a) jeżeli załączono do niej wymagane dokumenty, zgodnie z art. 11.4, Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwoty w niej określone:

a. w przypadku niedostarczenia dokumentów wskazanych w art. 11.4 lub dostarczenia oświadczeń, z których wynika, że Wykonawca zalega z płatnościami wobec takich Podwykonawców w zakresie robót budowlanych wykonywanych w ramach Umowy, a także w przypadku dostarczenia oświadczeń potwierdzających istnienie sporu, Zamawiający będzie miał prawo do wstrzymania płatności faktury Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty,:

~~i. w dowolnej części — w przypadku braku oświadczeń, lub kopii faktur Podwykonawców,~~

~~ii. na kwotę zaległą lub sporną — w przypadku oświadczenia, które wskazuje na zaległość lub spór,~~

przy czym wstrzymana płatność traktowana będzie, jako nieoprocentowana kaucja gotówkowa, dla zabezpieczenia możliwego roszczenia Podwykonawców robót budowlanych w stosunku do Zamawiającego, do czasu aż roszczenie Podwykonawcy zostanie zaspokojone albo prawomocnie oddalone przez odpowiedni sąd.

W uzasadnieniu zarzutów nr 2 i 5 odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

WARUNKI GRUNTOWE

Unikając dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający prowadzi do sytuacji, w której postępowanie będzie obarczone niemożliwym do usunięcia błędem, a różni wykonawcy wycenią w ofercie różne ryzyka.

Zamawiający przekazując wykonawcom badania gruntowe nie powinien wskazywać jednocześnie, że nie mają one charakteru wiążącego (jak to czyni aktualnie w pkt 3.12.1 wzoru umowy. Zgodzić się można z tezą, że przekazanie badań wyłącznie w zakresie 5 odwiertów może okazać się niewystarczające dla wykonania prac projektowych. Jednak czym innym jest wykonanie bardziej wnikliwych, wymaganych dla prawidłowego zaprojektowania obiektu badań, a czym innym jest właściwy opis przedmiotu zamówienia. Stosując bowiem takie a nie inne sformułowania w pkt 3.12.1 wzoru umowy Zamawiający w zasadzie w ogóle zaniechał

opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Powiedział bowiem wykonawcom de facto: to są moje badania gruntowe, ale traktujcie je tak, jakby ich nie było. Jeśli cokolwiek się w stosunku do nich zmieni w trakcie realizacji – będzie to wasz problem.

Zamawiający w pkt 3.12.1 wzoru umowy przerzucił na wykonawcę wszelkie ryzyka, związane z wynikami badań gruntowych, niezależnie od dokonanego przez siebie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający pozbawił wykonawców uprawnienia do dokonania zmiany umowy w przypadku, jeśli napotkają warunki odmienne od wykazanych w dokumentacji. I nie chodzi tu tylko o samą „jakość” gruntów, ale też o wszelkie inne sytuacje, takie jak: niezinventaryzowane sieci, znaleziska archeologiczne, etc. Powyższe powoduje, że nie tylko trudno jest prawidłowo wycenić ofertę w zakresie przedmiotu zamówienia, który jest do wykonania, ale także wymaga od wykonawcy, by wycenił potencjalne ryzyka związane z tym, co znajdzie w gruncie, bowiem nie może liczyć na zmianę umowy w tym zakresie.

Ustawodawca chciał zapobiec takim sytuacjom i na ww. okoliczność przewidział klauzulę abuzywną w art. 433 pkt 3) Pzp, zakazując takiego kształtowania umowy, które by przewidywało odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Tym samym uzasadniony jest wniosek o konieczności wyeliminowania z postanowień wzoru umowy pkt 3.12.1 w zakresie, w jakim przerzuca całość ryzyk związanych z gruntem na wykonawców.

Ponadto, powiązany z powyższym i uzasadniony jest wniosek o wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które pozwolą na dokonanie zmiany umowy w sytuacji, w której warunki gruntowe zastane na placu budowy będą odbiegać od tych opisanych przez Zamawiającego.

KARY UMOWNE ZA OPÓŹNIENIE

Ze względu na dofinansowanie Zamawiający zdecydował się również na określenie kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy – w pkt 15.1 ppkt 9 wzoru umowy. W ocenie Odwołującego również w tym zakresie Zamawiający nadużył swoich uprawnień do kształtowania postanowień umowy i naruszył w szczególności art. 433 pkt 1) i 3) Pzp.

Zamawiający jedynie ogólnikowo uzasadnił, że dofinansowanie stanowi dla niego podstawę do odstąpienia od zasady wyrażonej w art. 433 pkt 1) Pzp. Przepis ten wprawdzie daje możliwość wprowadzenia odpowiedzialności za opóźnienie, jednak musi to być uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Gdyby przyjąć, że fakt skorzystania z dofinansowania jest wyłączną przesłanką dla zastosowania kar za opóźnienie, w zasadzie w każdym dofinansowanym przetargu zamawiający mógłby odstąpić od zastosowania się do tej klauzuli abuzywnej. Spowodowałoby to, że klauzula ta byłaby de facto fikcją. Tymczasem ustawodawca wprowadził ją ze względu na konkretne powody, w tym wyważenie ryzyk stron umowy o zamówienie publiczne.

Odstąpienie od zasady wynikającej z art. 433 pkt 1) Pzp powinno mieć charakter wyjątkowy.

Stosowanie kar „za zwłokę” daje zamawiającemu odpowiednie zabezpieczenie jego interesów. Zgodnie z art. 476 kc: Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zatem jedyną podstawą, co do której wykonawca mógłby się uwolnić od odpowiedzialności w przypadku zastosowania kar „za zwłokę” jest fakt, że nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które doprowadziły do przekroczenia terminu. Ponosić będzie zatem np. za swoje zaniedbania, czy zaniedbania osób, którymi posługuje się przy realizacji zamówienia. Nie będzie natomiast odpowiedzialny za takie zdarzenia, za które ponosi odpowiedzialność zamawiający (np. za opóźnienia w akceptacji kart materiałowych czy wydłużanie procedur odbiorowych), lub za zdarzenia nie będące w jego kontroli (np. działania organów administracji).

Stosowanie w niniejszych okolicznościach, przy wskazaniu też dziennej daty realizacji, kar za opóźnienie, prowadzić musi do wniosku, że Zamawiający chce przerzucić na wykonawcę maksimum ryzyk związanych z terminem, nawet takich, które są pod kontrolą Zamawiającego. Wykonawca nie ma gwarancji np., że zamawiający podpisze aneks do umowy. Jest to zatem nie tylko nadużycie pozycji dominującej przy kształtowaniu postanowień umowy, ale też rodzi obawy o dążenie do wzbogacenia się kosztem wykonawcy.

Zastosowanie kar za opóźnienie ze względu na umowę o dofinansowanie stanowi też o naruszeniu art. 433 pkt 3) Pzp. Zamawiający przerzuca bowiem na wykonawcę ryzyka związane z dofinansowaniem, mimo że jest to jego umowa i sfera jego praw i obowiązków, na którą wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Z powyższych powodów w ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie nie zachodzi podstawa do odstąpienia od zastosowania zasad określonych w art. 433 pkt 1) Pzp i ewentualne kary za przekroczenie terminu realizacji powinny zostać określone jako kary „za zwłokę” i o nakazanie Zamawiającemu takiego kierunku zmiany umowy Odwołujący wnosi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 11 września 2024 r. oświadczył, że częściowo uwzględnił odwołanie i wskazał, że w zakresie zarzutów 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9 i 10 wprowadził do dokumentów postępowania zmiany zgodne z postulowanymi przez Odwołującego. W toku rozprawy Zamawiający złożył dodatkowe oświadczenie o doprecyzowaniu zasad dotyczących odbioru robót.

W zakresie zarzutów nr 2 i 5 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m.in.:

2. Zamawiający prawidłowo zawarł w programie funkcjonalno-użytkowym informacje

o warunkach gruntowych i wodnych na terenie planowanej inwestycji. Dodatkowo do materiałów przetargowych dołączono wyniki badań gruntowych wynikające z 5 odwiertów. Zatem zarzut odwołującej dotyczący nieprawidłowości bądź niespełnienia przez program funkcjonalno-użytkowy wymogów powołanego w zarzucie rozporządzenia jest bezpodstawny. Doświadczenie życiowe wynikające z realizacji różnego rodzaju inwestycji budowlanych wskazuje jednak, iż tego typu wyniki mogą nie być wystarczające, lub też mogą wystąpić szczególne przeszkody dla realizacji budowlanych. Z tego właśnie powodu zarówno zakres i lokalizacja kolejnych badań gruntu, które są uzależnione od lokalizacji i projektu budynków, zamawiający pozostawił wykonawcom, którzy koszty tych prac a także związane z warunkami gruntowymi ryzyka winni uwzględnić w cenie oferty.

Zamawiający zarazem, na wniosek każdego z zainteresowanych podmiotów, umożliwia przeprowadzenie dodatkowych badań gruntowych na terenie planowanej inwestycji.

Dodatkowo należy wskazać, że nie polega na prawdzie twierdzenie, że pełne ryzyko warunków gruntowych spada na Wykonawcę, bowiem pkt 10.2.2 przewiduje możliwość zmiany terminu wykonania umowy, w wyniku innych przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego oraz Wykonawcy, trwających nieprzerwanie dłużej niż 7 dni, skutkujących niemożliwością prowadzenia prac.

5. Zastrzeżenie kary za opóźnienie jest zgodne z art. 433 pkt 1 Pzp i wynika z okoliczności finansowania zamówienia ze środków zewnętrznych wobec Zamawiającego (dofinansowanie), które to środki są dla Zamawiającego dostępne do wykorzystania wyłącznie w przypadku rozliczenia całej inwestycji z finansującym do 31 grudnia 2027 r., co wymaga odpowiednio wcześniejszego zakończenia prac objętych umową, a także utrzymania bieżącej terminowości realizacji zamówienia.. Przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy spowoduje utratę finansowania zewnętrznego zamówienia przez Zamawiającego (szkodę finansową w znacznym rozmiarze) oraz ograniczy dostępność do wysokospecjalistycznych świadczeń zdrowotnych dla ubezpieczonych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, co uzasadnia stosowanie kary umownej za opóźnienie.

Dodatkowo Zamawiający informuję o zmianie art. 15.1. pkt 9) umowy, który otrzymuje brzmienie:

0,01 % Wynagrodzenia określonego w określonego w art. 11.1 z tytułu przekroczenia któregośkolwiek z terminów realizacji zamówienia określonych w art. 7.1.10 – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Zastrzeżenie kary za opóźnienie wynika z okoliczności finansowania zamówienia ze środków zewnętrznych wobec Zamawiającego (dofinansowanie), które są dla niego dostępne do wykorzystania wyłącznie w terminie wykonania Przedmiotu Umowy. Przekroczenie ostatecznego terminu wykonania Przedmiotu Umowy może spowodować utratę finansowania zewnętrznego zamówienia

przez Zamawiającego (szkodę finansową w znacznym rozmiarze) oraz ograniczy dostępność do wysokospecjalistycznych świadczeń zdrowotnych dla ubezpieczonych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, co uzasadnia stosowanie kary umownej za opóźnienie.

Odwołujący w piśmie procesowym z 16 września 2024 r. jak i w toku postępowania z udziałem stron potwierdził, że wprowadzone i deklarowane przez Zamawiającego zmiany w dokumentach postępowania są w pełni zgodne z jego oczekiwaniami.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9 i 10 odwołanie zostało umorzone – Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 2

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (cz. IV SWZ):

1. Przedmiotem zamówienia jest budowa obiektu Centrum Leczenia Dzieci Szpitala [REDACTED] w formule „zaprojektuj-wybuduj-wyposaż” w zakresie zadania inwestycyjnego (...).
2. Celem inwestycji jest zaprojektowanie, budowa i wyposażenie nowego siedmio-kondygnacyjnego (6 kondygnacji naziemnych, 1 podziemna) budynku szpitalnego służącego leczeniu pacjentów pediatrycznych. Budynek będzie zlokalizowany w miejscu istniejących budynków technicznych (planowana ich rozbiórka).
3. W zakres inwestycji będą wchodziły między innymi:
 - a) Rozbiórka budynków technicznych (przedstawiono w opracowaniu graficznym dot. prac związanych z zagospodarowaniem terenu)
 - b) Zaprojektowanie i budowa nowych rozwiązań technicznych (przedstawiono w opracowaniu graficznym dot. prac związanych z zagospodarowaniem terenu i prac odrębnych)
 - c) Zaprojektowanie i budowa nowego budynku szpitalnego przewidzianego jako nowa lokalizacja obecnych klinik pediatrycznych zlokalizowanych w budynkach „C” i „F”, poradni specjalistycznych dla dzieci wraz z niezbędną częścią dydaktyczną związaną z kształceniem kadr medycznych oraz obszarem izby przyjęć, rejestracji, diagnostyki, blokiem operacyjnym i gabinetami zabiegowymi, pomieszczeniami działalności pomocniczej (obsługa techniczna), pomieszczeniami gospodarczymi związanymi z obsługą (szatnie, poczekalnie, ochrona, zaplecze utrzymania czystości i higieny, toaletami ogólnodostępnymi, przechowalniami itp.) częścią administracyjną, techniczną, magazynową i socjalną.
 - d) Zaprojektowanie i budowa łączników podziemnych i naziemnych łączącą planowany budynek z pozostałą częścią zespołu budynków szpitala.
 - e) Przebudowa istniejących i budowa nowych dróg dojazdowych, chodników i miejsc postojowych, infrastruktury technicznej i zagospodarowanie terenów zielonych niezbędnych dla funkcjonowania nowego obiektu.
 - f) Wyposażenie poszczególnych obszarów i pomieszczeń nowego budynku oraz ambulatorium i zakładów diagnostycznych szpitala powiązanych z udzielaniem świadczeń dla pacjentów pediatrycznych w sprzęt i aparaturę medyczną w zakresie przewidzianym w obowiązujących przepisach, w szczególności w przepisach dotyczących udzielania świadczeń medycznych oraz zgodnie z potrzebami szpitala, a także w inne niezbędne wyposażenie, tj. zabudowy meblowe trwale związane z konstrukcją ścian w budynku i socjalno-bytowe, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz zgodnie z potrzebami szpitala.

Zgodnie z punktem 3.12 wzoru umowy:

„Warunki geologiczne i gruntowe na Terenie Budowy, zanieczyszczenia, przeszkody

3.12.1 Zamawiający przed etapem wszczęcia postępowania w sprawie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego przeprowadził wstępne badania gruntu (5 odwiertów), które udostępnił oferentom (w tym Wykonawcy) w celach poglądowych. Dokumentacja ta nie ma charakteru wiążącego. Zamawiający nie może zagwarantować, co Wykonawca uznaje i akceptuje, że warunki gruntowe będą jednorodne jak w miejscu odwiertów, a przebieg sieci podziemnych będzie zbieżny z mapami poglądowymi, ani że są w stanie technicznym nie wymagającym dodatkowych nakładów. Wykonawca oświadcza, że akceptuje wszelkie ryzyka jakie mogą zaistnieć w ramach wykonywania umowy, a dotyczące właściwości gruntu, oświadcza, że uznaje i akceptuje, to, że materiały udostępnione przez Zamawiającego należy traktować jako poglądowe i nie wiążące. W związku z powyższym, Wykonawca uznaje i akceptuje, że nie przysługują mu żadne roszczenia w stosunku do Zamawiającego.

Jeżeli na Terenie Budowy (w trakcie prowadzenia robót) wystąpią:

- (a) instalacje (sieci) podziemne niezainwentaryzowane lub niemożliwe do zainwentaryzowania aktualnymi metodami technicznymi, a wskazane zostaną przez Wykonawcę po odkrywcę, to Wykonawca usunie je lub przełoży na własny koszt.;
- (b) substancje lub materiały niebezpieczne lub toksyczne, to Wykonawca usunie je na własny koszt.
- (c) przedmioty historyczne, relikty archeologiczne, zabytki, niewybuchy, niewypały - poniżej poziomu gruntu (udokumentowane w Dzienniku Budowy i potwierdzone przez Inspektora Nadzoru), to Wykonawca usunie je na własny koszt”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, co do przerzucenia na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z możliwością wystąpienia niekorzystnych warunków gruntowych na terenie realizacji przedmiotu zamówienia. Podstawową okolicznością, która Izba wzięła pod uwagę jest fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie zaprojektuj i wybuduj, który ze swojej natury przenosi na wykonawcę obowiązek należytego sprawdzenia warunków gruntowych projektowanej inwestycji. Nie jest to zamówienie na realizację zamierzenia budowlanego opisanego projektem budowlanym będącym w dyspozycji Zamawiającego. Skoro to obowiązkiem wykonawcy będzie wykonanie prac projektowych, to również po jego stronie

będzie należyta weryfikacja warunków gruntowych – projekt budowlany nie jest przygotowywany w oderwaniu od miejsca przyszłej realizacji prac budowlanych.

Tym samym biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający udostępnił wyniki pięciu badań gruntu na terenie inwestycji, oraz z ostrożności przyjął konieczność realizacji fundamentów budynku z uwzględnieniem trudnych warunków terenowych, Izba uznała, że na wykonawców nie zostały przerzucone nadmierne ryzyka – tj. ryzyka przekraczające poziom przyjęty dla zamierzeń w trybie zaprojektuj i wybuduj. Co istotne Odwołujący nie podjął inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania, że ze względu na charakter tej konkretnej inwestycji i możliwe do napotkania przeszkody gruntowe, zasadnym byłoby wprowadzenie innych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie podziału ryzyk.

W konsekwencji powyższego zarzut nr 2 jako niezasadny podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 5

Zamawiający we wzorze umowy ustanowił następujące zasady dotyczące kar umownych z tytułu opóźnienia wykonawcy:

„15.1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z następujących tytułów:

- 9) 0,01 % Wynagrodzenia określonego w określonego w art. 11.1 z tytułu przekroczenia terminu realizacji zamówienia określonego w art. 7.1.9 – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Zastrzeżenie kary za opóźnienie wynika z okoliczności finansowania zamówienia ze środków zewnętrznych wobec Zamawiającego (dofinansowanie), które są dla niego dostępne do wykorzystania wyłącznie w terminie wykonania Przedmiotu Umowy. Przekroczenie terminu wykonania Przedmiotu Umowy spowoduje utratę finansowania zewnętrznego zamówienia przez Zamawiającego (szkodę finansową w znacznym rozmiarze) oraz ograniczy dostępność do wysokospecjalistycznych świadczeń zdrowotnych dla ubezpieczonych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, co uzasadnia stosowanie kary umownej za opóźnienie”.

Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Zamawiający mając świadomość powyższego zakazu uzasadnił konieczność odstąpienia od jego zastosowania faktem dofinansowania inwestycji ze źródeł zewnętrznych. Program, z którego finansowane jest zadanie przewiduje możliwość utraty dofinansowania w przypadku niezrealizowania inwestycji w określonym terminie. To z kolei zdaniem Zamawiającego narzuca konieczność wprowadzenia bardzo restrykcyjnych zasad dotyczących przestrzegania

terminowej realizacji przedmiotu zamówienia – w przeciwnym wypadku Zamawiający ryzykuje utratę przyznanych mu środków.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała stanowisko Zamawiającego za nieprawidłowe. Wynikającą z art. 433 pkt 1 Pzp zasadą jest brak możliwości obciążenia wykonawcy karami umownymi za opóźnienia, tj. przypadki nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada. Konstrukcja tego przepisu wskazuje, że odstępstwa od generalnego zakazu mają charakter wyjątku („chyba, że...”). Co za tym idzie, by móc powołać się na ten wyjątek zamawiający musi wykazać zaistnienie określonych przesłanek pozwalających na odstępstwo od reguły. Tymczasem Zamawiający powołał się na okoliczność powszechnie występującą w polskich realiach, przynajmniej od czasu funduszy przedakcesyjnych (środki UE). Mowa więc o ponad dwudziestu latach realizowania w Polsce inwestycji obwarowanych warunkiem terminowej realizacji pod rygorem utraty dofinansowania ze źródeł zewnętrznych. Sam zatem fakt dofinansowania inwestycji ze źródeł zewnętrznych nie jest niczym niezwykłym w polskich warunkach i mimo, że nakłada na Zamawiającego szczególne wymagania, co do terminowego realizowania i rozliczania poszczególnych faz projektu, to nie stanowi okoliczności nietypowej czy wyjątkowej, uzasadniającej przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk w zakresie przestrzegania czasu realizacji zadania.

Zakres przedmiotu zamówienia również w ocenie Izby nie daje uzasadnienia do odstępstwa od reguły określonej w art. 433 pkt 1 Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut potwierdził się, czego wyrazem było nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmiany wzoru umowy i zastąpienie kar umownych za opóźnienie karami umownymi za zwłokę.

Podkreślenia wymaga również, że w toku rozprawy Zamawiający wskazując na możliwe podstawy do obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieterminową realizację, wskazywał głównie na okoliczności zależne od wykonawcy (np. brak współdziałania z innymi wykonawcami zajmującymi się realizacją inwestycji). Stanowisko takie jest od tyle nietrafne, że Zamawiający jest w pełni uprawniony do nakładania kar umownych za zdarzenia, za które odpowiada wykonawca. Potwierdza to dodatkowo, że w postępowaniu nie zaistniały przesłanki do zaostrzenia zasad odpowiedzialności wykonawców, tj. powyżej ogólnej reguły określonej w art. 433 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....