



Warszawa, 15 października 2020 r.

O/SZPITAL_BIAŁYSTOK/AB/82/20

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

Zamawiający:

UNIWERSYTECKI DZIECIĘCY SZPITAL KLINICZNY
im. L. Zamenhofs w Białymstoku
ul. J. Waszyngtona 17, 15-274 Białystok
Tel. 85 7450595; fax: 85 7450595
e-mail: zp@udsk.pl
Adres profilu nabywcy: <https://udsk.pl/zp>
www.udsk.pl

Odwołujący:

Warbud S.A.
ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa
tel. 22 567 60 00, faks: 22 567 60 01
e-mail: warbud@warbud.pl
reprezentowany przez:
Magdalenę Poznysz-Komorowską

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „Warbud”), wnosi odwołanie wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego, którym jest UNIWERSYTECKI DZIECIĘCY SZPITAL KLINICZNY im. L. Zamenhofs w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku pod nazwą: „Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku” nr postępowania: PN-36/20/27.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 października 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2020/S 193-465472. SIWZ została umieszczona na stronie Zamawiającego: www.udsk.pl

III. ZARZUTY

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy:

1. **art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj. Kierownika robót instalacji elektrycznych (dalej „Kierownik robót elektrycznych”) Kierownika robót instalacji sanitarnych (dalej „Kierownik robót sanitarnych”), a także Kierownika budowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
2. **art. 387 k.c., 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez ustalenie zbyt krótkiego i nierealnego terminu wykonania dokumentacji projektowej oraz poprzez użycie do jego określenia daty sztywnej, co w konsekwencji uniemożliwia realizację tego etapu zamówienia i może również przyczynić się do niedotrzymania terminu realizacji całego zamówienia. A także poprzez określenie terminu realizacji całego zamówienia jako daty sztywnej, co w przypadku wymaganego przez Zamawiającego etapowania realizacji inwestycji może również być niemożliwe do dotrzymania.
3. **art. 647 k.c., oraz 627 k.c. i 642 k.c. w związku art. 353¹ k.c. i z art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy uzależniających wypłatę wynagrodzenia od dokonania odbioru dokumentacji projektowej i robót budowlanych odpowiednio „bez wad” i „bez usterek”, co jest sprzeczne z istotą umowy o dzieło i umowy roboty budowlane, a także wykracza poza dopuszczalną swobodę umów.
4. **art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., 483 k.c., i 484 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień Wzoru Umowy, w zakresie kar umownych, tj. poprzez ukształtowanie kar umownych na rażąco wysokim poziomie, uzależnienie ich naliczenia od wystąpienia przyczyn niezależnych od Wykonawcy, tj. „opóźnienia” oraz braku górnego limitu kar.
5. **art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., w związku z art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez niezgodne z tymi przepisami uregulowanie postanowień Wzoru Umowy w zakresie ukształtowania postanowień dotyczących umownego odstąpienia od umowy i rozwiązania umowy, tj. ukształtowanie przyczyn odstąpienia z powodów nieistotnych uchybień, przy użyciu niedookreślonych pojęć i zastrzeżeniu tego prawa wyłącznie dla jednej ze stron umowy – Zamawiającego, co prowadzi do niemożliwości oszacowania ryzyk z tym związanych, a w konsekwencji do niemożliwości złożenia oferty.

6. **art. 143 b ust. 5 i ust. 8 Pzp** poprzez niezgodne z tym przepisem określenie zbyt krótkich terminów na przekazanie kopii umów z podwykonawcami i niezasadne obarczenie Wykonawcy karami umownymi za niedotrzymanie wskazanych we Wzorze Umowy terminów.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 października 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 193-465472. Zatem termin do wniesienia odwołania, określony w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy, został dotrzymany.
2. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym, iż w wyniku ukształtowanych przez Zamawiającego, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, postanowień Ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, terminów realizacji zamówienia, a także postanowień umownych Odwołujący nie może wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia wprowadzonego przez Zamawiającego faktycznego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie oraz jego uzyskanie. Tym samym, Odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

1. Jednym z warunków udziału w postępowaniu postawionym przez Zamawiającego jest, zgodnie z pkt par.5. 2.3. ppkt 3 lit b) i c) SIWZ warunek polegający na konieczności dysponowania następującymi osobami:
 - a) Kierownik robót instalacyjnych elektrycznych – 1 osoba, która posiada:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej elektrycznej oraz co najmniej 2-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi wykonywanymi w obiektach użyteczności publicznej. Do liczby lat doświadczenia można zaliczyć wyłącznie nienakładające się na siebie okresy pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót. Liczbę lat doświadczenia należy liczyć od daty wystawienia uprawnień. Kierownik robót musi posiadać doświadczenie w dwukrotnym kierowaniu budową lub robotami elektrycznymi obejmującymi budowę/ przebudowę lub rozbudowę szpitala, dla których wydano pozwolenie na użytkowanie. **Czynności kierownika robót musiały być wykonywane nieprzerwanie od rozpoczęcia do zakończenia robót.** (Uprawnienia wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub równoważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Budowy w zakresie niniejszego zamówienia);

b) Kierownik robót instalacyjnych sanitarnych – 1 osoba która posiada:

- uprawnienia do kierowania uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej sanitarnej oraz co najmniej 2-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi wykonywanymi w obiektach użyteczności publicznej. Do liczby lat doświadczenia można zaliczyć wyłącznie nienakładające się na siebie okresy pełnienia funkcji kierownika budowy lub robót. Liczbę lat doświadczenia należy liczyć od daty wystawienia uprawnień. Kierownik robót musi posiadać doświadczenie w dwukrotnym kierowaniu budową lub robotami sanitarnymi obejmującymi budowę/ przebudowę lub rozbudowę szpitala, dla których wydano pozwolenie na użytkowanie. **Czynności kierownika robót musiały być wykonywane nieprzerwanie od rozpoczęcia do zakończenia robót.** (Uprawnienia wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub równoważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, które pozwalać będą na pełnienie funkcji Kierownika Budowy w zakresie niniejszego zamówienia);

- 2 Wymaganie, aby **Kierownik robót sanitarnych oraz Kierownik robót elektrycznych, wykonywali czynności nieprzerwanie „od rozpoczęcia do zakończenia robót”**, jest wymaganie nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Zarówno instalacje elektryczne jak również sanitarne wykonywane są dopiero na pewnym etapie robót. Zatem prawie nigdy nie zdarza się, aby kierownicy ww. robót wykonywali czynności od rozpoczęcia do zakończenia robót budowlanych.
- 3 Ponadto również wymagane, (w tym przypadku zarzut dotyczy również Kierownika budowy) aby ww. osoby wykonywały swoje czynności „nieprzerwanie” może powodować trudności w spełnieniu warunku, gdyż każdy pracownik korzysta czasem z urlopu lub zwolnienia lekarskiego, a Zamawiający odnosi się w warunku do „wykonywania czynności”

a nie pełnienia funkcji. Zatem na etapie oceny ofert mogą się pojawić wątpliwości, czy osoba, która korzystała z urlopu czy zwolnienia lekarskiego wykonywała czynności „nieprzerwanie” czy też nie.

- 4 Tak ukształtowane warunki naruszają również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ograniczają bowiem, w sposób nieuzasadniony, krąg wykonawców którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

a. Jak słusznie stwierdziła KIO, w wyroku, który pomimo, iż został wydany w poprzednim stanie prawnym, nadal zachowuje swoją aktualność: *„Podkreślić należy, że naczelną zasadą jaką Zamawiający winien kierować się opisując sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest **zasada proporcjonalności**. Zasada ta oznacza zobowiązanie do **podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych**. Aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie narusza zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony przez samego ustawodawcę w art. 22 ust. 5, w którym w sposób jasny zostało wskazane, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć **zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia**. Oznacza to, że **opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia**. (...) Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców.”* Wyrok z dnia 15 kwietnia 2016 r. Sygn. akt KIO 476/16.

b. Tym samym, postawiony przez Zamawiającego warunek, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, przez co uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia podmiotom, które mogą zrealizować zamówienie, w tym Odwołującemu.

- 5 Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia i SIWZ w poprzez:

a. wykreślenie wymagania aby Kierownik robót elektrycznych i Kierownik robót sanitarnych posiadali doświadczenie w wykonywaniu swoich czynności „nieprzerwanie od rozpoczęcia do zakończenia robót”

ewentualnie

postawienie wymagania aby ww. osoby pełniły swoje funkcje przez co najmniej 12 miesięcy na jednej robocie budowlanej;

- b. wykreślenie z warunku wymagania „nieprzerwalności” w wykonywaniu czynności przez Kierownika budowy.

II. Termin wykonania dokumentacji projektowej i zamówienia § 4 SIWZ oraz paragraf 4 Wzoru Umowy

- 1** Zamawiający określił termin wykonania zamówienia i poszczególnych jego etapów za pomocą **dat sztywnych**:

*„Wykonawca zobowiązany jest zrealizować cały przedmiot zamówienia w terminie **do 10 grudnia 2022 r.** w tym:*

- 1. wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę- **do dnia 14 lutego 2020 r.** [zakładamy iż jest to oczywista pomyłka pisarska i Zamawiający miał tu na myśli termin 14 lutego 2021r. gdyż taki termin jest podany we Wzorze Umowy]*
- 2. wykonanie robót budowlanych (zgodnie z uzgodnionym harmonogramem robót budowlanych) wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – **do dnia 10 grudnia 2022 r.**”*
- 2** Odwołujący wskazuje, iż w szczególności tak określony termin wykonania dokumentacji projektowej jest nierealny. Mając na uwadze okoliczność, iż zaplanowane na dzień 6 listopada, złożenie ofert może się przesunąć, termin związania ofertami wynosi 60 dni, a następnie należy uwzględnić czas niezbędny na rozpatrzenie ewentualnych odwołań, które w okresie pandemii rozpoznawane są w terminie znacznie dłuższym niż ustawowe 14 dni, może się okazać, że zostanie około 1 miesiąca na przygotowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej, a zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, przed przygotowaniem dokumentacji należy przeprowadzić inwentaryzację oraz ekspertyzę pożarową zakresu objętego przedmiotem zamówienia.
- 3** Tym samym w celu przygotowania dokumentacji projektowej Wykonawca ma do wykonania m.in:
 - a. Mapę do celów projektowych - około 6 tygodni,
 - b. Szczegółową inwentaryzację budynku – około 1 miesiąca,
 - c. ekspertyzę pożarową uzgadnianą z Komendą Straży Pożarnej – co może trwać i do 3 miesięcy,
- 4** Następnie Zamawiający ma 14 dni na weryfikację sporządzonej przez Wykonawcę wielobranżowej dokumentacji projektowej.

- 5 Oczywiście część ww. zadań można wykonywać równolegle, ale i tak nie ma możliwości wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej w terminie jaki oczekuje Zamawiający tj. 14 lutego 2021r.
- 6 Odwołujący aktualnie realizuje kilka inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj” i czas na wykonanie dokumentacji z pozwoleniem na budowę dochodzi do 11-12 miesięcy. Odliczając procedury urzędowe 65 dni na weryfikację kompletnego projektu i 14 dni na uprawomocnienie się decyzji – to zdaniem Odwołującego okres 7 miesięcy jest okresem minimalnym (bez procedury uzyskiwania pozwolenia na budowę).
- 7 Analogiczna sytuacja dotyczy terminu końcowego, który z uwagi na wskazane powyżej okoliczności również może ulec przesunięciu.
- 8 Ponadto, zgodnie z postanowieniami SIWZ, Wzoru Umowy i PFU – Zamawiający wymaga, aby każde piętro było wykonane i odebrane (jako częściowe pozwolenie na użytkowanie) bez faz (1 faza = 1 piętro) nakładających się na siebie, a występujących jedna po drugiej. Tym sposobem zakładając cykle przygotowania dokumentacji na minimum 7 miesięcy, to termin realizacji do dnia 10 grudnia 2022 r. też jest mało prawdopodobny do dotrzymania.
- 9 Mając natomiast na uwadze drastyczne kary umowne za opóźnienie w realizacji umowy, a nawet ryzyko odstąpienia z uwagi na niewykonania dokumentacji projektowej w terminie, ww. wymagania odnośnie terminów określone w sposób sztywny powodują, iż złożenie oferty staje się nierealne, doszłoby bowiem w jej wyniku do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe.
- 10 **Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Ogłoszenia i SIWZ poprzez:**
 - a. **określenie dat realizacji poszczególnych etapów umowy oraz realizacji całej inwestycji poprzez wskazanie liczby miesięcy, od podpisania umowy, w ciągu których należy je wykonać;**
 - b. **ustalenie okresu na przygotowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej na co najmniej 7 miesięcy od daty podpisania Umowy**
 - c. **ustalenie realizacji całej inwestycji na co najmniej 30 miesięcy od daty podpisania Umowy.**

III. Zarzuty dotyczące Wzory Umowy.

1. Uwagi ogólne:

- a. Prawo Zamawiającego do kształtowania postanowień wzoru umowy nie jest prawem absolutnym, ale podlega ograniczeniom ze względu na ww. przepisy i zasady prawa. Tym samym, Zamawiający nie ma pełnej dowolności w kształtowaniu stosunku obu stron, ale wszelkie wymagania i nałożone na wykonawców obowiązki powinny być racjonalnie uzasadnione

i proporcjonalne, a także odpowiadać przedmiotowi zamówienia oraz obiektywnie uzasadnionym potrzebom Zamawiającego.

- b. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): *"Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ Kc."*
- c. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): *„Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy."*
- d. Poniżej wskazane postanowienie Wzoru Umowy są sprzeczne z ww. zasadami, a ponadto naruszają przepisy wskazane w odwołaniu.

2. Par. 3 pkt. I.8 Wzoru Umowy [protokół odbioru dokumentacji projektowej]

*„8. Wykonawca dokona ewentualnego poprawienia zwróconej dokumentacji projektowej w terminie 10 dni roboczych od daty przekazania protokołu z uwagami. Protokół zdawczo – odbiorczy z **uwagami** nie stanowi podstawy do wystawienia faktury.”*

oraz par. 4 ust. 14 oraz 15 [protokół odbioru robót budowlanych]

*„14. Z czynności odbioru sporządza się protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub **ich wadliwego wykonania**, Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.*

*15. Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego **bezusterkowego protokołu odbioru** końcowego. Data podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.”*

- a. Zgodnie z obecną treścią umowy (zarówno w przypadku protokołu odbioru dokumentacji projektowej, jak i protokołu odbioru robót budowlanych) podstawą do wystawienia faktury jest wyłącznie protokół „bez uwag”, a w przypadku robót protokół „bezusterkowy”.
- b. Odmowa dokonania odbioru końcowego robót może wynikać wyłącznie ze stwierdzenia wad istotnych, czyli takich, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do zwykłego użytku, uniemożliwiające jego użytkowanie. Wady nieistotne, czyli nieumożliwiające użytkowania pozwalają na właściwe korzystanie z przedmiotu umowy i nie powinny stanowić przeszkody do odbioru i zapłaty należnego wynagrodzenia Wykonawcy. Winny one zostać zaprotokołowane i usunięte przez Wykonawcę w terminie uzgodnionym przez strony, ale nie mogą blokować wypłaty wynagrodzenia.
- c. Tym samym uzależnienie wypłaty wynagrodzenia od dokonania „bezusterkowego odbioru stanowi naruszenie art. 647 k.c. a także przekracza wyrażoną w art. 353¹ zasadę swobody umów.
- d. Szczegółowo w tej kwestii wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2019r. sygn. akt: KIO 2017/19, KIO 2027/19, który Odwołujący cytuje w obszernym fragmencie, gdyż przedstawiona przez Izbę analiza jest dogłębna i adekwatna do zaistniałego również w tym postępowaniu stanu faktycznego.

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z

przygotowanie robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejście obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego.

Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów, w tym przypadku do prowadzenia działalności leczniczej. W sytuacji, gdy obiekt taki zostanie wybudowany, winien być odebrany od wykonawcy przez zamawiającego. Należy mieć na uwadze okoliczności związane z odbiorem i to, że o kwalifikacji poszczególnych wad do istotnych bądź nieistotnych decyduje zamawiający, zatem, jeżeli uzna, że chodzi o istotne wady nadające się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia.

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.

Jak zauważył Zamawiający, celem umowy jest wybudowanie obiektu, w którym ma być prowadzona działalność lecznicza, zatem zamiarem stron jest doprowadzenie do wybudowania takiego obiektu. Przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym sporządzając projekt umowy, jaka będzie obowiązywała przy jego realizacji, Zamawiający winien mieć na uwadze m.in. takie ustalenie reguł postępowania, które zapewni zachowanie uczciwej konkurencji i pozwoli mu na pozyskanie korzystnych ekonomicznie ofert, złożonych przez wykonawców działających w zaufaniu, iż zaoferowana przez nich cena pozwoli na zrealizowanie zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego z zabezpieczeniem dla nich zysku.

W ocenie Izby ponoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż ostatnia część zapłaty stanowi kwota odpowiadająca tylko 10% wynagrodzenia, w sytuacji, gdy chodzi o dużej wartości zamówienie, które miałyby być wykonane w całości, a ewentualne nieistotne wady mogłyby być znikomej wartości i być bez znaczenia dla celu przedsięwzięcia, nie stanowi przekonującej argumentacji, przemawiającej za wstrzymaniem wystawienia przez wykonawcę faktury końcowej do czasu ich usunięcia. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż może to być uznawane, za nieznanie ustawie Pzp dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Ponadto, uwagi wymaga, iż takie przesunięcie w czasie wystawienia faktury końcowej, a w efekcie, jej zapłaty, mogłoby być wkalkulowywane przez wykonawców w cenę oferty z uwzględnieniem np. wartości pieniądza w czasie, co mogłoby się przełożyć na pozyskanie ofert mniej korzystnych ekonomicznie dla Zamawiającego.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że oceniając dopuszczalność określonej treści umowy, w szczególności w kontekście zasady swobody umów, należy mieć na względzie specyfikę danego zamówienia i ochronę interesu publicznego oraz wydatkowanych środków. Jednakże nie może w tym zakresie ująć uwagi treść przepisu art. 3531 określającego zasadę swobody umów i jej ograniczenia, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie

sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Skoro celem zawarcia umowy o roboty budowlane jest wybudowanie określonego w projekcie technicznym budynku, co wiąże się z obowiązkiem Wykonawcy do jego należytego wykonania, z którym związany jest obowiązek Zamawiającego jego odbioru i zapłaty wynagrodzenia, to uznanie, iż taki formalny odbiór będzie mógł mieć miejsce po usunięciu nawet najdrobniejszych usterek, w żaden sposób niewpływających na możliwość z niego korzystania i przesuwania w czasie spisania protokołu końcowego, także np. w sytuacji gdy nastąpiło przejęcie budynku, zawiera się w ograniczeniach swobody umów, o których mowa w ww. przepisie. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż strony mogą mieć różne stanowisko co do istotności ewentualnych wad nie zmienia ww. oceny.

W ocenie Izby proponowana przez Odwołującego zmiana umowy nie powoduje ryzyka, że przedmiot umowy nie będzie spełniał swoich funkcji w pełnym zakresie. Tym samym nie narusza interesu Zamawiającego, jako podmiotu wydającego środki publiczne, jak również nie narusza interesu wykonawcy, lecz jest wyrazem dostosowania postanowień umowy do przepisów kodeksu cywilnego, w tym art. 647 k.c., wskazującego na istotę umowy o roboty budowlane.

Konsekwencją ww. ustaleń jest ocena, iż wykonawca z datą odbioru końcowego dokonanego po wykonaniu przedmiotu umowy, winien być uprawniony do wystawienia faktury końcowej i powinien rozpocząć swój bieg termin okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości.

e. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie postanowień, zgodnie z którymi podstawą odbioru dokumentacji projektowej będzie jej wykonanie bez uwag istotnych, a podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół końcowy potwierdzający wykonanie robót bez wad istotnych.

3. Par. 9 Wzoru Umowy [KARY UMOWNE]

a. Zamawiający ustanowił m.in. następujące kary umowne:

b) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy - dotyczy również wykonania projektu - w wysokości 1,5% wartości brutto umowy, za każdy dzień opóźnienia,

- c) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,2% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,
 - d) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom - w wysokości 0,2% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie,
 - e) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - w wysokości 0,2% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia,
 - f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany - w wysokości 0,2% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia,
 - g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust. 14 – w wysokości 0,1% wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany;
- b. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże określenie jej na rażąco wysokim poziomie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) prowadzi do naruszenia zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.
 - c. W ocenie Odwołującego, kara umowna przy lit. b) – 1,5% wartości brutto umowy (w tym jeszcze za opóźnienie, a nie zwłokę) ma charakter rażąco wysoki. Podobnie zastosowana przez Zamawiającego stawka 0,2% w przypadku wskazanym w lit. d) do f); Ponadto kary umowne oparte są na „opóźnieniu”, nie na „zwłoce” Wykonawcy. Wykonawca powinien być karany wyłącznie za zwłokę tj. opóźnienie zawinione wyłącznie przez niego samego. Ma to istotne znaczenie w szczególności w obecnej sytuacji epidemiologicznej, gdzie Wykonawca często nie będzie miał wpływu na mogące wejść w życie ograniczenia czy konieczność odbywania kwarantanny.
 - d. Ponadto, brak jest limitu kar umownych oznaczającą nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawcy za naruszenia umowy.
 - e. **Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez:**
 - i **zmniejszenie wysokości kar umownych do wysokości 0,05 % w lit. b i w lit. od d) do f); wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki;**

- ii powiązanie kar umownych ze „zwłoką” wykonawcy, a nie opóźnieniem,
- iii ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie nie przekraczającym 10% wartości umowy.

4. Par. 12 ust. 4 i 5 Wzoru Umowy [ODSTĄPIENIE OD UMOWY, ROZWIĄZANIE UMOWY]

a. Zamawiający określił m.in. następujące podstawy do odstąpienia od umowy:

Zamawiający, niezależnie od okoliczności wskazanych w kodeksie cywilnym, może odstąpić od umowy w następujących przypadkach:

- a. nieprzedstawienia Zamawiającemu niezbędnych uprawnień do wykonania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i aktualnego dokumentu potwierdzającego przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego,*
- c. opóźnienia w realizacji prac **dłuższego niż 14 dni** w stosunku do uzgodnionego harmonogramu,*
- d. niewykonywania przez Wykonawcę prac **zgodnie z warunkami określonymi w umowie lub zaniedbania zobowiązań umownych,***
- e. zaniechania przez Wykonawcę realizacji umowy, a w szczególności **przerwania prac przez okres dłuższy niż 7 dni.***
- f. w przypadku **przekroczenia 10 dniowego terminu na wykonanie projektu**, Zamawiający odstąpi od umowy z winy Wykonawcy, stosując zapisy § 9 pkt. 1a).*

*W przypadku wystąpienia **rażących uchybień** ze strony Wykonawcy w zakresie realizacji umowy, Zamawiający może rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym, stosując § 9 pkt 1 a) niniejszej umowy.*

- b.** W lit. a wskazano zbyt błahe okoliczności, których niedopełnienie skutkuje odstąpieniem od Umowy przez Zamawiającego.
- c.** W lit. c wskazano zbyt krótki termin skutkujący odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego (jedynie 14 dni);

- d. W lit. d postanowienie to skutkuje praktycznie nieograniczonym (otwartym) katalogiem na podstawie którego Zamawiający może odstąpić od Umowy. „Zaniedbanie zobowiązań umownych” jest pojęciem niejasnym, nieprecyzyjnym, co czyni związane z nim ryzyko praktycznie niepoliczalnym.
- e. W lit. e występuje analogiczna sytuacja. Postanowienie jest niejasne, nieprecyzyjne i nie wiadomo w o jakie zaniechanie w nim chodzi.
- f. W lit. f określono zbyt krótki termin, którego naruszenie skutkuje w dodatku koniecznością odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, w szczególności w kontekście wskazywanych na początku odwołania zarzutów dotyczących nierealności terminu na wykonanie dokumentacji projektowej.
- g. Również określone w umowie prawo Zamawiającego do natychmiastowego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego (tj. bez wyznaczenia Wykonawcy jakiegokolwiek terminu na naprawę naruszeń) oparte na bliżej nieokreślonych „rażących uchybieniach ze strony Wykonawcy”, jest postanowieniem naruszającym zasadę swobody umów. W szczególności z sytuacji w której postanowienie to zawiera niczym nieograniczony katalog przesłanek.
- h. Ponadto, brak jest jakiegokolwiek katalogu stanowiącego możliwość odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę. Wykonawca nie ma umownego prawa do odstąpienia od tej umowy (choćby w sytuacji rażącego naruszenia obowiązków Zamawiającego mającego wpływ na należyte wykonywanie umowy przez Wykonawcę). Tym samym powyższe postanowienia skrajnie naruszają zasadę równowagi stron.
- i. **Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez:**
 - i w każdym przypadku odstąpienia od umowy wyznaczenie Wykonawcy dodatkowego, co najmniej 14 dniowego terminu do usunięcia naruszeń,
 - ii wykreślenie postanowienia, iż „nieprzedstawienia Zamawiającemu niezbędnych uprawnień do wykonania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i aktualnego dokumentu potwierdzającego przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego”,
 - iii określenie, iż tylko „zawinione opóźnienie” tj. zwłoka w realizacji prac dłuższego niż 30 dni w stosunku do uzgodnionego harmonogramu robót spowoduje odstąpienie od umowy
 - iv zdefiniowania z którymi warunkami określonymi w umowie lub które zaniedbania zobowiązań umownych spowodują odstąpienie od umowy,

- v określenie, że tylko „zawinione” zaniechanie przez Wykonawcę realizacji umowy, może spowodować odstąpienie w tym przerwaniu prac przez okres „dłuższy niż 30 dni”,
- vi zdefiniowania „rażących uchybień” które mogą spowodować rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym,
- vii wykreślenie postanowienia, iż „w przypadku przekroczenia 10 dniowego terminu na wykonanie projektu, Zamawiający odstąpi od umowy z winy Wykonawcy, stosując zapisy &9 pkt. 1a).”

5. Par. 3 pkt. 1.10 Wzoru Umowy [Odstąpienie od umowy w przypadku niezgodnienia dokumentacji projektowej]

- a. *„Nieuzgodnienie i niezatwierdzenie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, w trybie wskazanym wyżej, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kary umowne lub odszkodowanie.”*
- b. Postanowienie w obecnym kształcie nie zawiera terminu, którego przekroczenie skutkować może odstąpieniem od Umowy. Jednocześnie wskazuje, że odstąpienie może mieć miejsce także z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (do niezgodnienia może dojść również z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego), jak również wyłącza prawo do ubiegania się przez Wykonawcę o należne mu wynagrodzenie (za część opracowanej dokumentacji projektowej).
- c. Postanowienie to w sposób oczywisty powoduje naruszenie, wyrażonej w art. 353¹ zasady swobody umów.
- d. **Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:**
nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez wykreślenie ww. postanowienia.

6. Par. 8 ust. 10 oraz 13 Wzoru Umowy [Podwykonawcy]

- a. Zamawiający określił o wiele krótsze niż ustawowe terminy na przedłożenie przez Wykonawcę poświadczoną za zgodność kopii umowy o podwykonawstwo (tylko 2 dni).
- b. **Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:**

nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Wzoru Umowy poprzez dostosowanie terminów przekazania poświadczonych za zgodność kopii umów o podwykonawstwo do terminów zgodnych z art. 143b ust. 5 Pzp.

IV. Z uwagi na wskazane powyżej naruszenia, odwołanie jest zasadne i konieczne, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. odpis z KRS Odwołującego,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
4. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (tylko dla KIO).