

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10
PL 05-800 Pruszków / Polska

Tel: +48 22 71 44 369

Fax + 48 22 71 44 908

tel. kom. +48 609 04 33 22

krzysztof.misiewicz@bauholding.com



Pruszków, dnia 15 października 2020 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny**
im. L. Zamenhofa w Białymstoku
ul. J. Waszyngtona 17, 15-274 Białystok
E-mail: zp@udsk.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,

reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon: + 48 (22) 71 44 369 fax: + 48 (22) 71 44 908
mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 15 października 2020 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zp@udsk.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego „Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku”. Znak sprawy PN-36/20/27

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 5 października 2020 r. pod numerem **2020/S 193-465472**.

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części „pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku ” (*dalej: Postępowanie*).

I. Termin.

- 5 października 2020 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 15 października 2020 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, art. 29 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc i art. 353¹ kc poprzez nałożenie na wykonawcę w § 11 ust. 1 pkt 1.1. wzoru umowy obowiązku zrealizowania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż przewidziany w SIWZ i nie możliwy do ustalenia na etapie składania oferty czy też wykonania robót niemożliwych do przewidzenia na podstawie SIWZ bez prawa do zmiany Wynagrodzenia z tytułu konieczności gdyż Zamawiający przewidział możliwość zmiany sposobu realizacji zamówienia poprzez:
 - (i) konieczność wykonania robót/prac wynikających z zaleceń organów administracji wydanych po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia
 - (ii) konieczność zrealizowania przedmiotu zamówienia w inny sposób niż wskazany w dokumentacji projektowej ze względu na zmiany powszechnie obowiązującego prawaprzy jednoczesnym wyłączeniu możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu konieczności wykonania w/w nieprzewidzianych prac.
2. Naruszenie art. 7 pzp w zw. z art. 143a ust. 3 pzp poprzez wskazanie w § 2 ust. 5 wzoru umowy, że płatności częściowe wynagrodzenia odbywać się będą na podstawie odbiorów do wysokości 80% a faktura końcowa ma wynieść 20% gdy zgodnie z art. 143a ust. 3 pzp wysokość faktury końcowej (wartość ostatniej części wynagrodzenia) nie może być wyższa niż 10% wynagrodzenia.
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 14 i 15 wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego. Jednocześnie z treści umowy (§ 4 ust. 13 wzoru umowy) nie wiadomo jak długo będą trwały czynności odbioru końcowego a datę podpisania protokołu odbioru końcowego traktuje się jako datę zakończenia wykonywania przedmiotu umowy w zakresie robót budowlanych (§ 4 ust. 2 lit. b) wzoru umowy)
4. Powiązany z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc poprzez ustalenie:
 - (i) w § 7 ust. 1 wzoru Umowy, że okres gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego)
 - (ii) ustalenie, że okres gwarancji rozpoczyna swój bieg po dokonaniu odbioru końcowego całego przedmiotu umowy gdy jednocześnie zamawiający w § 4 ust. 2 lit b) wzoru umowy przewiduje odbiory częściowe i częściowe użytkowanie przedmiotu umowy na podstawie częściowych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
5. Naruszenie art. 14 pzp i art. 139 ust 2 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 kc ze względu na:
 - (i) Zastrzeżenie w § 9 ust. 1 lit b) wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z niedotrzymaniem terminu wykonania przedmiotu umowy;
 - (ii) Zastrzeżenie w § 9 ust. 1 lit c) wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej związanej z nieterminowym usuwaniem wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi
 - (iii) Zastrzeżenie w § 9 ust. 1 lit d) wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej związanej z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców

- (iv) zastrzeżenie w § 9 ust. 1 lit. e), f), g) wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców.
 - (v) Zastrzeżenie w § 9 ust. 1 lit b), c), d), e), f), g) wzoru umowy kary umownej za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Zapis taki może sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej,
 - (vi) zaniechanie wprowadzenia w § 9 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 1 lit. a) tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będą jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
6. Naruszenie art. 143a ust. 2 pzp w zw. z art. 139 ust. 2 pzp i art. 7 pzp poprzez uzależnienie możliwości wystawienia faktury (częściowej czy końcowej) w § 2 ust. 8 wzoru umowy od przekazania oświadczeń podwykonawców o uregulowaniu przez wykonawcę należności za wykonane prace, w sytuacji gdy art. 143a ust. 2 pzp:
 - (i) nie mówi o warunku złożenia faktury a możliwości wstrzymania zapłaty wynagrodzenia
 - (ii) możliwość wstrzymania zapłaty następuje tylko w odpowiedniej części a zapis wzoru umowy uniemożliwia złożenie faktury w całości;
 - (iii) ograniczenie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wyłącznie do oświadczeń podwykonawców w sytuacji gdy art. 143a pzp nie ogranicza dowodów możliwych do wykazania zapłaty
 - (iv) nałożenie na wykonawcę wymogu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nawet jak nie jest wymagalne gdy art. 143a pzp mówi o dowodach potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia.
 7. Naruszenie art. 7 pzp w zw. z art. 143b ust. 5 pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w § 8 ust. 10 wzoru umowy obowiązku przedłożenia kopii zawartej umowy z podwykonawcą robót budowlanych w terminie 2 dni od jej zawarcia, gdy zgodnie z art. 143b ust. 5 pzp termin na przedłożenie kopii umowy wynosi 7 dni.
 8. Naruszenie art. 7 pzp w zw. z art. 143b ust. 8 pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w § 8 ust. 13 wzoru umowy obowiązku przedłożenia kopii zawartej umowy z podwykonawcą dostaw lub usług w terminie 2 dni od jej zawarcia, gdy zgodnie z art. 143b ust. 8 pzp termin na przedłożenie kopii umowy wynosi 7 dni.
 9. Naruszenie art. 31 ust. 3 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) pzp i art. 26 ust. 1 pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez wskazanie w pkt 2.3.2 PFU (s. 22 PFU) dokumentów, jakie wykonawca ma złożyć wraz z ofertą w celu wykazania, że system modułowy wykonania dwóch szachtów technicznych i komunikacyjnych spełnia wymagania Zamawiającego, gdy tym czasem wymogi w zakresie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego powinno być dokonane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ a nie w PFU. Co więcej dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 pzp powinny być zgodnie z art. 26 ust. 1 pzp składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej ocenia czyli już po złożeniu ofert a nie wraz z ofertą.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, zmiany treści załącznika nr 5 do SIWZ wzór umowy w sposób opisany poniżej:

Ad. II. 1 powyżej

Zmiana § 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy w sposób, który umożliwiałby zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany sposobu realizacji zamówienia i tym samym nie obciążałby wykonawcy koniecznością realizacji nieprzewidywalnych w dniu złożenia oferty zmian.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

„1.1 zmiany sposobu realizacji zamówienia, w szczególności:

- a) konieczność wykonania robót / prac wynikających z zaleceń organów administracji (np. Nadzór budowlany), wydanych po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia;*
 - b) konieczność zrealizowania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych / technologicznych niż wskazane w dokumentacji projektowej ze względu na zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa;*
- Powyższe zmiany mogą stanowić podstawę do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.”*

Ad. II.2 powyżej

Zmiana w § 2 ust. 5 wzoru umowy powinna wskazywać, że płatność wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie faktur częściowych, których wartość nie może przekroczyć 90% wartości wynagrodzenia a wartość faktury końcowej wynosić będzie 10% wartości wynagrodzenia.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§2 ust. 5 – „Rozliczenie wykonania przedmiotu umowy będzie następowało na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowej, po dokonaniu niezbędnych odbiorów. Faktury częściowe mogą być wystawione do wysokości 90% wartości brutto umowy, pozostałe 10% - po końcowym odbiorze.”

Ad. II.3 powyżej

Zamiana § 4 ust. 14 i 15 wzoru umowy poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego. Zmiana § 4 ust. 13 wzoru umowy poprzez ustalenie czasu trwania czynności odbioru końcowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 4 ust. 13 „Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego w terminie nie dłuższym niż 1 dzień od dnia zgłoszenia robót do odbioru i zakończy czynności odbioru w terminie nie dłuższym niż 14 dni od ich rozpoczęcia.”

§ 4 ust. 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 to, Zamawiający:

- (i) odmówi odbioru z winy Wykonawcy – w przypadku wystąpienia wad istotnych lub niezakończenia prac*
- (ii) dokona odbioru końcowego – w przypadku wystąpienia wad nieistotnych lub drobnej zaległej pracy. W takim wypadku do protokołu odbioru końcowego zostanie sporządzona przez strony lista wad nieistotnych wraz ze wskazaniem terminów usunięcia wad.”*

§ 4 ust. 15 „Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego. Data podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.” (zapis przy uwzględnieniu treści § 4 ust. 13 zaproponowanej powyżej).”

Ewentualnie

§ 4 ust. 15 „Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego. Data zakończenia robót wskazana w protokole odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.” (przy takiej treści § 4 ust. 15 nie byłaby konieczna zmiana § 4 ust. 13).”

Ewentualnie

§ 4 ust. 15 „Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego. Data zgłoszenia gotowości do odbioru zgodnie z § 4 ust. 8 jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia o ile po takim zgłoszeniu do odbioru Zamawiający dokona odbioru końcowego.”

Ad. II.4 powyżej

Zmiana § 7 ust. 1 wzoru umowy poprzez ustalenie, że okres gwarancji jakości jest liczony od daty odbioru końcowego a w przypadku odbiorów częściowych i częściowego użytkowania przedmiotu umowy (etapu) okres gwarancji dla użytkowanej części biegnie od daty częściowego odbioru. Wykreślenie z zapisu sformułowania, że okres gwarancji jakości jest liczony od daty bezusterkowego odbioru.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§7 ust. 1. „Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia na okres **miesiące**, liczony od dnia podpisania przez obie strony protokołu odbioru końcowego. W przypadku odbioru częściowego i przystąpienia do użytkowania danej części (etapu) zgodnie z § 4 ust. 2 lit. b) okres gwarancji liczy się dla użytkowanej części (etapu) od dnia odbioru częściowego.”

Ad. II.5 powyżej

Zmiany w § 9 w zakresie kar umownych poprzez wykluczenie możliwości naliczania kar w każdym przypadku uchybienia obowiązkowi umownym nawet jeżeli jest to spowodowane okolicznościami niezależnymi od wykonawcy. W tym zakresie proponuje się zamianę słowa „opóźnienie” na „zwłoka”. Zmiany powinny również dotyczyć wysokości kar zarówno za termin końcowy jak i za terminy usuwania wad w okresie gwarancji. W zakresie kar umownych w zakresie nieprawidłowości dotyczących podwykonawców odwołujący proponuje się redukcję kar wysokości odpowiadającej skali uchybień tj. kwoty od 1.000-2.000 zł. Dodatkowo proponuje się wprowadzenie limitu kar umownych.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 9 ust. 1 „Zamawiający obciąża Wykonawcę karą umowną:

- a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca – w wysokości 10% wartości brutto umowy,
- b) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - dotyczy również wykonania projektu - w wysokości 0,1% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki,
- c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,05% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,
ewentualnie

- za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 5.000 zł, 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 niezapłaconego wynagrodzenia podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie, ewentualnie z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom - w wysokości 1.000 zł 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 2.000 zł za każdy dzień zwłoki,
 - f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany - w wysokości 2.000 zł za każdy dzień zwłoki,
 - g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust. 14 – w wysokości 2.000 zł za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany;
 - h) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczących zatrudniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 pkt 7 umowy - w wysokości 1000,00 zł za każdą stwierdzoną nieprawidłowość dotyczącą zarówno udokumentowania, jak i faktu zatrudnienia tych osób."

§ 9 ust. 4 „Łącznie kary umowne przewidziane w niniejszej umowie, do których zapłaty zobowiązany będzie wykonawca nie przekroczą 10% wartości brutto umowy wskazanej w § 2 ust. 1 umowy."

Ad. II.6 powyżej

Zmiany w § 2 ust. 8 wzoru umowy mają dostosować zapisy umowy do treści art. 143a ust. 2 pzp w taki sposób aby Zamawiający w przypadku nieprzedłożenia dokumentów przez wykonawcę nie blokował wystawienia faktury i tym samym nie wstrzymywał zapłaty całości wynagrodzenia ale miał prawo do wstrzymania jedynie tej części wynagrodzenia w zakresie, której brakuje odpowiednich dokumentów potwierdzających zapłatę.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 2 ust. 8 „Podstawę do wystawienia faktury stanowić będzie protokół odbioru robót, do którego załączone zostaną dowody potwierdzające zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców za wykonane prace."

Ad. II. 7 powyżej

Zmiany w § 8 ust. 10 wzoru umowy powinny prowadzić do zmiany terminu przedłożenia kopii zawartej umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z 2 dni na 7 dni od jej zawarcia.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 8 ust. 10 „Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia."

Ad. II. 8 powyżej

Zmiany w § 8 ust. 13 wzoru umowy powinny prowadzić do zmiany terminu przedłożenia kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi z 2 dni na 7 dni od jej zawarcia.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 8 ust. 13 „Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto umowy, wskazanej w § 2 ust. 1 niniejszej umowy oraz umów, które dotyczą dostaw materiałów budowlanych i usług pomocniczych w stosunku do wykonywanych robót budowlanych (np. transport, ubezpieczenie itp.). Wyłączenie to nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł.”

Ad. II. 9 powyżej

Zmiany pkt 2.3.2 PFU (s. 22 PFU) poprzez wykreślenie z PFU zobowiązania do przedłożenia wraz z ofertą określonych dokumentów ewentualnie wskazanie w treści SIWZ w § 6 dokumentów jakie wykonawca ma złożyć w celu wykazania, że system modułowy wykonania dwóch szachtów technicznych i komunikacyjnych spełnia wymagania Zamawiającego.

Zmiana pkt 2.3.2 PFU (s. 22 PFU) powinna polegać na wykreśleniu następującego sformułowania:

„Powyższe dokumenty Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia wraz z ofertą.”

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kc wprowadza odbiór bezusterkowy oraz przerzuca na wykonawcę robót budowlanych odpowiedzialność za prawidłowość projektu, którego wykonawca nie sporządza. Zamawiający w sposób sprzeczny z kc zastrzega rażąco wygórowane kary umowne. Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązki uzyskania decyzji PIS, która nie jest związana z przedmiotem zamówienia – z robotami realizowanymi przez wykonawcę.

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

UZASADNIENIE

- 1. Obowiązkiem zamawiającego jest odpowiednie przygotowanie zamówienia i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Spełnienie tych wymagań umożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert i tym samym zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji. W § 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawcę ryzyko wystąpienia okoliczności nieprzewidywalnych w chwili sporządzenia oferty. W efekcie powyższego Wykonawca nie wie właściwie, jaki zakres przedmiotu umowy będzie musiał zrealizować, gdyż zakres ten w dowolnym terminie i w dowolnym zakresie może zostać zmieniony z uwagi na nieprzewidywalne okoliczności tj. decyzje administracyjne lub zmiany prawa.**

We wskazanym powyżej zapisie umowy Zamawiający chce obciążyć Wykonawcę konsekwencjami wystąpienia nieprzewidywalnymi w chwili składania oferty okolicznościami i tym samym przerzucić na wykonawcę obowiązek realizacji robót w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, które są nieprzewidywalne. W tej kwestii istotne jest to, że wykonawca w dacie

oferty nie wie jakie zalecenia organów administracji mogą zostać wydane ani jakie zamiany prawa mogą zostać wprowadzone po złożeniu oferty. Na chwilę sporządzenia oferty w świetle zapisów SIWZ nie wiadomo czy w ogóle czy takie okoliczności będą miały miejsce a jak będą miały miejsce to jakie konsekwencję będą za sobą niosły tj. jakie zmiany sposobu realizacji przedmiotu zamówienia trzeba będzie wprowadzić w trakcie realizacji umowy a tym samym oznacza to, że są to okoliczności nieprzewidywalne zarówno co do zakresu jak i ich wartości.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp opis przedmiotu zamówienia powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W oparciu o opis przedmiotu zamówienia wykonawca powinien sporządzić ofertę. Jednocześnie z art. 29 ust. 2 pzp wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z uwagi na treść § 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy Zamawiający oczekuje realizacji takich elementów w ramach przedmiotu zamówienia. Nałożenie na wykonawców obowiązku wykonania nieprzewidywalnych robót, które nie są możliwe do ustalenia na etapie oferty oznacza, że części wykonawców sporządzając ofertę może w efekcie zapisu § 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy w ofercie uwzględnić ryzyko wystąpienia tych okoliczności i je odpowiednio wycenić a część wykonawców może zaryzykować i takiego ryzyka nie wyceniać i nie uwzględniać w ofercie. W efekcie prowadzi to do nieporównywalności ofert, gdyż każdy z wykonawców może zakładać inny zakres przedmiotu zamówienia jaki będą realizować. .

W świetle art. 29 ust. 1 i 2 pzp wykonawcy nie powinni ponosić odpowiedzialności za okoliczności nieprzewidywalne w chwili złożenia oferty okoliczności. Wykonawca ma obowiązek zapoznać się z SIWZ i załączonym do SIWZ projektem/PFU i najpierw zidentyfikować wszelkie kwestie które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia, które Wykonawca dostrzega przy zachowaniu należytej staranności a następnie uwzględnić je w składanej ofercie. W związku z tym, że Zamawiający próbuje rozszerzyć obowiązki Wykonawcy poprzez treści § 11 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy poprzez zobowiązanie do wykonania nieprzewidywalnych zmian w przedmiocie zamówienia bez prawa do zmiany wynagrodzenia to odbywa się to wbrew wyżej wskazanym przepisom i uznać należy, że jest to niedopuszczalne.

Zarówno oferta wykonawcy jak i zawarta w wyniku tej oferty umowa powinny dotyczyć całego zakresu robót możliwego do ustalenia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia a nie robót, które w dowolnym momencie i dowolnym zakresie mogą zostać zmienione w wyniku nieprzewidywalnych w chwili oferty okoliczności. Wprowadzenie takiego zapisu wykracza poza swobodę umów, gdyż jedna ze stron umowy nie powinna mieć prawa wymagać od drugiej strony realizacji przedmiotu umowy ze zmianami, które są wynikiem niezależnych od stron okoliczności. Zapis taki daje w istocie Zamawiającemu prawo do dowolnego kształtowania przedmiotu umowy tj. dowolnego jego zmieniania w razie zajścia niezależnych od stron okoliczności i przerzucania na wykonawcę kosztów realizacji tych zmian bez zmiany wynagrodzenia. Wykonawca nie wyklucza sytuacji, że takie zmiany zakresu umownego mogą być zasadne jednak w tym zakresie strony powinny podjąć wspólną decyzję, która powinna być zgodna zarówno co do zakresu, czasu jak i zmian wynagrodzenia. Pozostawienie Zamawiającego prawa do zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy bez zmiany wynagrodzenia narusza prawa Wykonawcy, który składając ofertę zakłada, że będzie realizował przedmiot umowy w zakresie zawartym w opisie przedmiotu zamówienia i na tej podstawie kalkuluje koszty realizacji przedmiotu umowy obejmujące między innymi koszty ogólne budowy – koszty personelu, zaplecza, zabezpieczeń, ubezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ochrony itp. W przypadku zamiany sposobu realizacji przedmiotu umowy co może obejmować zarówno zakres jak i terminy wykonawca dalej będzie ponosił nie tylko koszty realizacji zmian ale w przypadku wydłużenia terminu dodatkowe w/w koszty ogólne jak przy realizacji przedmiotu umowy w pierwotnym terminie a pomimo tego, że nie otrzyma wynagrodzenia za tak zwiększone koszty realizacji, co oznacza, że oczekiwanie zamawiającego do zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy będzie działaniem na koszt i szkodę wykonawcy i tym samym narusza to art. 353¹ kc.

2. Zamawiający wbrew dyspozycji art. 143a ust. 3 pzp przewidział, że płatność końcowa ma wynosić 20% wynagrodzenia wykonawcy, gdy dopuszczalna przez art. 143 ust. 3

pzp wartość ostatniej części wynagrodzenia pozostałej do zapłaty nie może przekraczać 10% wartości wynagrodzenia.

Treść art. 143a ust. 3 pzp jest jasna – w przypadku ustalenia płatności częściowych na podstawie odbiorów częściowych wynagrodzenie w trakcie realizacji płacone jest do minimum 90% wartości wynagrodzenia a płatność końcowa nie może przekraczać 10% wartości wynagrodzenia (może być mniejsza lub równa 10% wartości wynagrodzenia). Zamawiający wbrew dyspozycji tego artykułu zastrzegł, że płatność częściowe nie mogą przekraczać 80% wartości wynagrodzenia (sformułowanie „do wysokości 80%”) a płatność końcowa po odbiorze końcowym ma być nie mniejsza niż 20% wartości wynagrodzenia. W związku z tym zachodzi konieczność zmiany wzoru umowy i dostosowanie zapisu § 2 ust. 8 do treści art. 143a ust. 3 pzp.

3. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad. Odbiory bezusterkowe są sprzeczne z art. 647 kc.

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora.

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

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

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

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

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

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

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

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

Z uzasadnienia

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.

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

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

2. W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Powyższe oznacza, że treść § § 4 ust. 14 i 15 wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

4. W § 7 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający powiązał datę rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości z odbiorem bezusterkowym. W sytuacji gdy zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy, gdy nie ma wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego to analogicznie jak w art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości. Co więcej okres gwarancji powinien biec po wydaniu rzeczy (odbiorze robót) a w sytuacji gdy zamawiający przewiduje użytkowanie części robót (etapów – vide § 4 ust. 2 lit. b wzoru umowy) przed zakończeniem całości przedmiotu umowy to okres gwarancji na użytkowane części (etapy) powinien się rozpocząć z datą odbioru danej części (etapu)

Zarówno art. 577 § 4 kc w przypadku dotyczącym gwarancji jakości jak i art. 568 § 1 kc w przypadku rękojmi wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z momentem wydania rzeczy. W ocenie odwołującego brak jest podstaw aby przesuwać w niniejszym przypadku ten termin na później i uzależniać go od daty usunięcia wad odbiorowych. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji jakości za wady powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego.

Nie ma również podstaw aby przesuwać termin rozpoczęcia gwarancji i rękojmi na części przedmiotu zamówienia, które zostały częściowo odebrane, na które uzyskano częściowe pozwolenie na użytkowanie i z których korzystać będzie Zmawiający przed odbiorem końcowym całości przedmiotu umowy. W przypadku braku rozpoczęcia użytkowania części przedmiotu zamówienia (etapu) przy jednoczesnym nierozpoczęciu okresu gwarancyjnego oznaczać będzie to, że Wykonawca będzie ponosił ryzyko uszkodzenia czy też zużycia określonych elementów które są już użytkowane przez zamawiającego, na które nie rozpoczął się jeszcze okres gwarancyjny.

5. W § 9 ust. 1 lit. b), c), d), e), f), g) wzoru umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne, związane z:

- (i) niedotrzymaniem terminu końcowego**
- (ii) niedotrzymaniem terminu usunięcia wad w okresie gwarancji i rękojmi**
- (iii) uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców**
- (iv) opóźnieniem w zapłacie wynagrodzenia podwykonawców,**
które są rażąco wygórowane.

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

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

- (i)** W ocenie wykonawcy kary umowne uregulowane w § 9 ust. 1 lit b) wzoru umowy związane z przekroczeniem terminów umownych są rażąco wygórowane. Zamawiający penalizuje, termin końcowy zarówno wykonania dokumentacji projektowej (§ 4 ust. 1 lit. a) jak i termin zakończenia wykonywania robót budowlanych (§ 4 ust. 1 lit. b). Każdy z tych wypadków zagrożony jest taką samą karą wynoszącą 1,5% wartości wynagrodzenia. Przy tak wysokich karach każde najdrobniejsze opóźnienie w zakończeniu przedmiotu umowy grozi wykonawcy gigantycznymi szkodami. Przy tak wysokiej karze umownej to przy przekroczeniu terminu wykonania czy to dokumentacji projektowej czy to robót budowlanych o np. 10 dni, co nie jest dużym przekroczeniem terminu, skutkować będzie karą umowną w wysokości 15% wartości wynagrodzenia. Zwrócić należy uwagę, że niedotrzymanie terminu wykonania określonych zobowiązań umownych jest nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania i jest lżejszą postacią naruszenia zobowiązań umownych niż niewykonanie zobowiązania. Dla porównania kara umowna z tytułu niewykonania zobowiązania (kara za odstąpienia od umowy) przewidziana w § 9 ust. 1 lit a) ustalona została na poziomie 10% wartości wynagrodzenia. Przy tak wysokim poziomie kar umownych za przekroczenie terminu łatwo może dojść do sytuacji, że kary z tytułu

nieterminowej realizacji przedmiotu umowy (nieprawidłowe wykonanie zobowiązania) przekroczyć wysokość kary za niewykonanie zobowiązania w całości (niewykonanie zobowiązania) – do takiego przekroczenia dojdzie jak opóźnienie w dotrzymaniu terminu końcowego wyniesie 8 dni. .

Oczywiście wykonawca rozumie potrzebę zabezpieczenia terminów realizacji po stronie Zamawiającego ale kara z tym związana powinna mieć charakter realny (rynkowy) i w razie przekroczenia terminów zabezpieczać interes Zamawiającego (pokrywać ewentualną szkodę Zamawiającego) a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Kary na poziomie 1,5% wynagrodzenia za każdy dzień przekroczenia terminu są rażąco wygórowane i prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

- (ii) W ocenie wykonawcy kary umowne uregulowane w § 9 ust. 1 lit. c) związane z przekroczeniem terminu usuwania wad w okresie gwarancji są rażąco wygórowane. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z § 7 ust. 15 wzoru umowy w przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę wad w wyznaczonym terminie to Zamawiający ma prawo powierzyć usunięcie wad podmiotowi trzeciemu. Oznacza to, że kara umowna przewidziana w § 9 ust. 1 lit. c) nie jest przeznaczona na koszty usuwania wad ale ma rekompensować zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Istotne jest również to, że we wzorze umowy mnie został ustalony termin na usunięcie wady ale termin ten będzie wyznaczany przez Zamawiającego jednostronnie (vide § 7 ust. 13 wzoru umowy). Oznacza to, że wykonawca nie będzie miał kontroli nad terminami wyznaczanymi przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach kary umowne za przekroczenie terminu usuwania wad na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego są rażąco wygórowane, gdyż nie pozostają w jakimkolwiek związku z potencjalną szkodą grożącą zamawiającemu.

- (iii) Zwrócić należy uwagę, że kary umowne przewidziane w § 9 ust. 1 lit. d), e), f), g) wzoru umowy są związane z art. 143b – art. 143d pzp, statuujących m.in. terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, obowiązek przedkładania zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem umów o podwykonawstwo a także nakazujących wprowadzenie w umowę o realizację zamówienia publicznego sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473). Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: *„W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzianych przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (...) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zlecniodawców.”*. Dodatkowo odwołać należy się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: *„Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakimkolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz **funkcję prewencyjną**, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).

Intencją unormowań zawartych w art. 143b – art. 143d pzp jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 143a pzp. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

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

- (iv) Kary umowne przewidziane w § 9 ust. 1 lit. b), c), e), f), g) wzoru umowy zostały zastrzeżone na wypadek opóźnienia, co sugeruje dążenie zamawiającego do zmiany ogólnych reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 kc (odpowiedzialność za okoliczności, za które winę ponosi dłużnik) na odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym czyli za każdy przypadek niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania nawet jeżeli jest to wynikiem okoliczności niezależnych od wykonawcy. Taka ogólna zmiana reguł odpowiedzialności bez sprecyzowania konkretnych okoliczności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc.

Jak wynika z treści art. 473 § 1 Kodeksu Cywilnego

Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 748/12

Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 KC muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.

Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyrokach dnia 16 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 28/17 oraz w wyroku z dnia 6 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 180/10.

Oznacza to, że nieprawidłowa jest próba zmiany reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 kc poprzez ogólnikowe posłużenie się sformułowaniem „opóźnienie” bez sprecyzowania konkretnych okoliczności skutkujących zmianą zasad odpowiedzialności. W konsekwencji sformułowanie „opóźnienie” zawarte w zapisach umownych powinno zostać zastąpione sformułowaniem „zwłoka”.

6. Art. 143a ust. 2 pzp jednoznacznie wskazuje, że w przypadku umów o roboty budowlane zamawiający może się wstrzymać za zapłatą części wynagrodzenia należnego wykonawcy jeżeli wykonawca nie przedstawi dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Przepis ten nie umożliwia wstrzymania w całości zapłaty – taki skutek rodzi uniemożliwienie złożenia przez wykonawcę faktury.

Zgodnie z art. 143a ust. 2

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

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

Zamawiający we wzorze umowy niegodnie z powyższym przepisem dał sobie prawo do odmowy przyjęcia faktury w przypadku nieprzedłożenia wskazanych w umowie oświadczeń podwykonawców mających świadczyć o zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Zapis został sformułowany w taki sposób, że braki oświadczeń uniemożliwia wykonawcy wystawienie faktury a tym zablokuje możliwość domagania się zapłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zamawiający wbrew dyspozycji art. 143a pzp ograniczył dowodu świadczące o zapłacie wynagrodzenia wyłącznie do oświadczeń podwykonawców gdy tym czasem art. 143a pzp nie zawęża środków dowodowych, które mogą być przedłożone przez wykonawcę w celu wykazania zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Tym samym wykonawca w myśl art. 143a pzp może udowadniać tę okoliczność wszelkimi środkami dowodowymi.

7. W § 8 ust. 10 wzoru umowy zamawiający wbrew dyspozycji art. 143b ust. 5 pzp skrócił czas na przedłożenie kopii zawartej umowy z podwykonawcą robót budowlanych z 7 dni do 2 dni. W ocenie wykonawcy art. 143b ust 5 pzp zawiera sztywny termin przekazania kopii umowy i zamawiający jest pozbawiony możliwości modyfikowania tego terminu tj. zarówno jego wydłużenia jak i skracania.

8. Analogicznie jak powyżej Zamawiający w § 8 ust. 13 wzoru umowy skrócił czas na przedłożenie kopii zawartej umowy z podwykonawcą dostaw lub usług z 7 dni do 2 dni. analogicznie jako powyżej art. 143b ust. 8 pzp zawiera sztywny termin przekazania kopii umowy i zamawiający jest pozbawiony możliwości modyfikowania tego terminu tj. zarówno jego wydłużenia jak i skracania

9. W przypadku gdy Zamawiający oczekuje przedłożenia dokumentów na okoliczność, że oferowane roboty budowlane spełniają określone wymogi to powinien w tym zakresie wprowadzić jednoznaczne wymogi w treści SIWZ a nie w PFU.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 pzp

Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

W świetle powyższego przepisu PFU nie jest dokumentem przeznaczonym do formułowania wymogów w zakresie dokumentów, jakie ma przedłożyć wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia. PFU opisuje zadanie budowlane, które ma zostać zaprojektowane i zrealizowane po zawarciu umowy.

W sytuacji gdy Zamawiający oczekuje aby wykonawca przedłożył jakieś dokumenty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to powinien w tym zakresie zamieścić wymagania zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pzp w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść art. 25 ust. 1 pzp jest w tym zakresie jasna i jednoznacznie wskazuje, że wymagania Zamawiającego w zakresie dokumentów, jakie mają być złożone w toku postępowania powinny być określone w SIWZ. Żaden przepis pzp nie upoważnia Zamawiającego do wskazywania tych dokumentów w PFU.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego