



Pruszków, dnia 14.11.2022 r.

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

Zamawiający:

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku
M. Skłodowskiej-Curie 24a,
15-276 Białystok
Tel.: 85 831 83 88,
e-mail: zamowienia@uskwb.pl

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Magdalenę Marciniak

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com
Tel.: 788-957-521

Dotyczy: Budowa budynku Kliniki Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Kliniki Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji **Znak sprawy: 107/2022**

Numer ogłoszenia: ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04/11/2022 nr Dz.U./S S213 609442-2022-PL

ODWOŁANIE

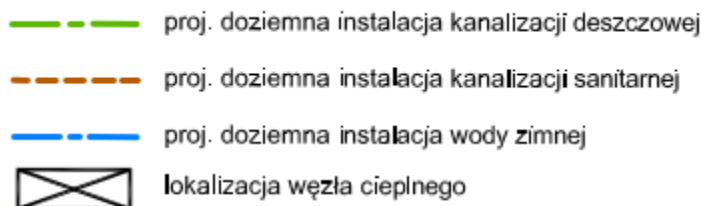
Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (pełnomocnictwo wraz z opłatą w załączeniu) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”). Postanowienia SWZ oraz wzoru umowy naruszają ww. przepisy m.in. w niżej wskazanym zakresie, co narusza dalej powołane przepisy ustawy Pzp i kc oraz uzasadnia żądania wskazane w Odwołaniu.

I. Zakres

1. Umowa przewiduje w § 3 ust 5 możliwość zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania limitu tj. minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co narusza klauzulę abuzywną art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.
2. Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem obciąża wyłącznie jego przez co narusza klauzulę abuzywną określoną w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wykorzystuje w ten sposób swoją dominującą pozycję przetargową i ustala warunki realizacji przyszłego zamówienia w sposób nieproporcjonalnie mniej korzystny dla Wykonawcy, przerzucający niemożliwe do wyceny ryzyka i tworząc stan niepewności co do przyszłych roszczeń jak i podstaw do ewentualnej zmiany umowy poprzez:
 - 1) przewidzenie w § 4 ust 2 pkt I ust 11 umowy możliwości niezgodnienia i niezatwierdzenia kompletnej dokumentacji projektowej przez Zamawiającego co może skutkować odstąpieniem od umowy i brakiem roszczenia o zapłatę wynagrodzenia bez jednoznacznego wskazania że chodzi wyłącznie o przypadki gdy wykonana dokumentacja projektowa zawiera istotne wady lub jej niewykonanie bądź nienależyte wykonanie leży po stronie wykonawcy.
 - 2) przerzucenie na wykonawcę ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia w przedłużonym okresie trwania umowy z uwagi na okoliczności od niego niezależnych, warunkujących zmianę terminu realizacji Umowy w przypadkach określonych w § 14 ust 3 pkt od 1) do 8) wzoru umowy oraz wyłącznie możliwości zmiany wynagrodzenia w sytuacji zawieszenia wykonywania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co w sposób niezgodny z ww. klauzulą abuzywną, nieproporcjonalny i niezasadnie uprzywilejowujący Zamawiającego przerzuca na wykonawcę ryzyko. Postanowienia § 14 ust 3 i 11 umowy zostały skonstruowane w sposób umożliwiający jedynie zmianę terminu umowy bez wskazania, że zmianie może ulec także wynagrodzenie należne wykonawcy podczas gdy zmiany są spowodowane i wynikają z okoliczności i zdarzeń niezależnych od wykonawcy, za jakie nie ponosi on odpowiedzialności;
3. Zamawiający żąda spełnienia świadczenia niemożliwego w § 4 ust 2 pkt II ppkt. 33 lit b) umowy w postaci przedłożenia Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy szczegółowych kosztorysów pomocniczych, podczas gdy przedłożenie takich kosztorysów przed wykonaniem dokumentacji projektowej jest niemożliwe;
4. Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą w zakresie:
 - a) wyłączenia możliwości innego rozliczenia się z podwykonawcą niż w formie płatności w postaci przelewu na rachunek bankowy podwykonawcy, o czym stanowi § 5 ust 12;
 - b) wyłączenia możliwości żądania jakiegokolwiek zabezpieczenia w formie pieniężnej od podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, o czym stanowi § 5 ust 14 umowy;

- c) warunkowania dokonania płatności na rzecz wykonawcy w § 10 ust 5 umowy od przedstawienia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnych wynagrodzeń podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, tj. oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o zapłacie (z wyłączeniem innych dowodów).
5. Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków umownych w sposób niejasny, niedokładny oraz naruszający równe traktowanie wykonawców. W treści SWZ i OPZ Zamawiający:
- a) nie wyszczególnił prac związanych z koniecznością wykonania dostawy i montażu wyposażenia w jakimkolwiek zakresie, natomiast w Programie Funkcjonalno Użytkowym w dziale 2.2.1 (Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu i zakres robót budowlanych) został wprowadzony następujący zapis: „Uniwersytecki Szpital Kliniczny planuje budowę nowego budynku oraz jego wyposażenie, w którym mieścić się będą dwie kliniki zakaźne: Klinika Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Klinika Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku. Inwestycja obejmie budowę nowego budynku, jego wyposażenie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną na położonej u zbiegu ulic Wiewiórczej i Żurawiej.” W dalszej części opisu PFU nie został zamieszczony szczegółowy wykaz wyposażenia jakie należy dostarczyć i zamontować. Co więcej przekazana dokumentacja rysunkowa a w szczególności rzut piwnicy, rzut parteru, rzut II piętra, rzut II piętra zawierają rysowane wybrane elementy wyposażenia takie jak łóżka, lady recepcyjne, krzesła, biurka, ciągi szafek stojących, wyposażenie dla niepełnosprawnych, umywalki i miski ustępowe. Mając na uwadze powyższe Oferent nie ma pełnej informacji czy w Ofercie powinien uwzględnić koszty wyposażenia i w jakim zakresie. Odwołujący wnioskuje uzupełnienia informacji o oczekiwanym zakresie dostawy i montażu wyposażenia, który należy ująć w ofercie oraz uzupełnienia informacji jakie elementy wyposażenia będą w dostawie po stronie Zamawiającego.
 - b) Koncepcja PZT nie zawiera instalacji ciepłowniczej, tj. miejsca wpięcia do budynku oraz lokalizacji źródła ciepła (kotłownia). W uwagach na rzucie 01.Koncepcja_zagospodarowania_terenu jest zapisana poniższa uwaga:



UWAGA:

Sieć doziemna ciepłownicza poza zakresem opracowania, w ramach modernizacji sieci ciepłych szpitala z lokalnej kotłowni lub spalarni

Natomiast w PFU OPIS_Żurawa Białystok na stronie 29 zamieszczono następujący zapis „Budynek wyposażony będzie w niezbędne instalacje: (...) doziemna instalacja sieci ciepłej (nowe zasilenie przedmiotowego budynku z ciepłowni szpitalnej);” co stoi w sprzeczności z Uwagą zamieszczoną na rzucie zagospodarowania terenu. Ponadto w PFU OPIS_Żurawa Białystok na stronie 29 zamieszczono zapis „Budynek wyposażony będzie w niezbędne instalacje: (...)”

kanalizacja sanitarna i deszczowa – ścieki zakaźne neutralizowane w szpitalnej Chlorowni przed wprowadzeniem do ogólnego systemu miejskiej kanalizacji. Deszczówka zgodnie z wymaganiami;” - lokalizacja chlorowni nie jest znana Oferentowi przez co nie ma możliwości oszacowania faktycznych kosztów wykonania instalacji kanalizacji. Wnioskujemy o doprecyzowanie zakresu prac budowlanych (sanitarnych) ze względu na rozbieżności projektowe wykluczające się wzajemnie.

- c) Zgodnie z zapisem SWZ punkt 4 4.1 przedmiot postępowania obejmuje „wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej dla tego zadania”. W przekazanym SWZ, Umowie oraz PFU nie ma zawartego **Opisu wymagań Zamawiającego w stosunku do dokumentacji projektowej**, przez co oczekiwania Zamawiającego względem kompletności dokumentacji nie są w pełni znane Oferentowi. Odwołujący wnioskuję uzupełnienia dokumentacji przez dodatkowe zestawienie projektów, które należy wykonać na etapie realizacji.
 - d) W załączniku do PFU rzut piwnicy zostało wskazane 5 pomieszczeń dodatkowych do wykorzystania w innym etapie inwestycji. Taki opis powyższego zakresu nie daje jednoznacznej informacji czy Odwołujący powinien uwzględnić jakiegokolwiek koszty związane z wykończeniem tych pomieszczeń oraz doprowadzeniem do nich instalacji.
 - e) W przekazanym wraz z PFU opisie Instalacji Sanitarnych zawarto zapis „*Wewnętrzna instalacja gazów medycznych (źródłem dla Inwestycji instalacje zlokalizowane w budynku E1: tlen i próżnia)*” Przekazane PFU i dokumentacja opisowa oraz rysunkowa nie zawiera informacji o lokalizacji źródła tlenu i próżni zlokalizowanego w budynku E1 przez co Oferent nie ma możliwości oszacowania prac związanych z włączeniem nowoprojektowanej instalacji do istniejącego źródła. Odwołujący wnioskuję o uzupełnienie dokumentacji poprzez przekazanie dokumentacji powykonawczej budynku E1 w celu oszacowania kosztów wszystkich robót, które należy wykonać w budynku E1 w wyniku realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia.
6. Umowa w **§ 15 zawiera** klauzulę waloryzacyjną pozorną niemożliwą do zastosowania do osiągnięcia zakładanego celu. Klauzula waloryzacyjna nie zawiera elementów podstawowych wskazanych w art. 439 ustawy Pzp, w tym odesłania do odpowiedniego wskaźnika, momentu rozpoczęcia liczenia waloryzacji, punktu odniesienia do jakich wartości czy cen z umowy nastąpi. Waloryzacja jest oderwana zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków realizacji Przedmiotu Umowy.

II. Zarzuty

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3 i art. 433 pkt 4 ustawy Pzp** w zakresie w jakim Zamawiający przewidział możliwość rezygnacji z części zakresu przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
2. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 i art. 649 kc** poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w części I pkt 2 Odwołania, poprzez dobrowolny sposób odmowy uzgodnienia i zatwierdzenia dokumentacji projektowej oraz za przewidzenie przesłanek zmiany umowy z przyczyn nieależących po stronie Zamawiającego uprawniających wyłącznie do zmiany terminu bez

zmiany przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia, podczas gdy takie ryzyko wykracza poza dopuszczalne ryzyko i zasady kontraktowania, w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego- uprzywilejowuje pozycję Zamawiającego i narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych

3. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp i art. 387 § 1 kc w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp** w zakresie w jakim Zamawiający żąda świadczenia niemożliwego w postaci przekazania mu kosztorysów szczegółowych pomocniczych w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy podczas gdy wykonawca nie zna jeszcze rozwiązań i ustaleń projektowych bowiem te są przedmiotem umowy i będą dopiero wykonanie w terminie 7 miesięcy od daty jej zawarcia.
4. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3 art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 464 pkt 1,2,3 art. 465 pkt 3 i 4 ustawy Pzp** w zakresie w jakim w sposób nadmierny nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą zakazując dokonywania płatności innych niż pieniężne lub uniemożliwiając żądanie wniesienia jakiegokolwiek zabezpieczenia w formie pieniężnej oraz w zakresie w jakim na potwierdzenie zapłaty należnego podwykonawcy wynagrodzenia Zamawiający żąda przedstawienia konkretnie oświadczeń podwykonawców/dalszych podwykonawców.
5. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3 i art. 99 ust 1, art. 103 ust 2 i ust 3 w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, § 18 Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454)** w stosunku do zakresu określonego w części I pkt 5 Odwołania, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym wymagań Programu Funkcjonalno- Użytkowego w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny co uniemożliwia określenie zakresu zamówienia, sposobu jego realizacji jak i możliwości oszacowania wartości, przez co nie jest możliwe złożenie oferty w postępowaniu.
6. **Naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 kc. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie § 15 projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Skonstruowana w § 15 ust 1 umowy „klauszula” nie zawiera elementów istotnych wnioskujących z przepisów ustawy Pzp, opisanych w uzasadnieniu odwołania.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa oraz określenia ich w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Mając na uwadze zasadę, iż gospodarzem postępowania a jednocześnie decydem w sprawie nadawania brzmienia poszczególnym zapisom umowy jest Zamawiający, Odwołujący wskazuje możliwe i rekomendowane przez niego nadanie brzmienia poszczególnym zapisom:

1. §3 ust. 5 Umowy otrzymuje brzmienie:

5. Wynagrodzenie określone w ust. 1 niniejszego paragrafu może ulec odpowiedniemu zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy. W takim przypadku z wynagrodzenia ryczałtowego wyłączone zostaną kwoty odpowiadające kosztom

zmniejszonego zakresu rzeczowego i wynagrodzenie z tego tytułu ustalone zostanie na podstawie uzgodnionego przez Strony kosztorysu w oparciu o kosztorysy pomocnicze, o których mowa w ust. 9. Zamawiający określa ograniczanie prawa zakresu robót do poziomu wartościowego do 10% wartości umowy. Zamawiający zobowiązuje się do uprzedniego zgłoszenia Wykonawcy ewentualnego ograniczenia robót nie później niż 30 dni przed planowanym według uzgodnionego harmonogramu terminem rozpoczęcia tej części robót, której dotyczy ograniczenie.

2. § 4 ust 2 pkt I ppkt. 11 Umowy otrzymuje brzmienie:

11. Nieuzgodnienie i niezatwierdzenie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu umowy, w trybie wskazanym wyżej **z winy Wykonawcy lub w przypadku gdy zawiera ona Istotne Wady** uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kary umowne lub odszkodowanie **(z wyłączeniem części z której Zamawiający mógł lub uczynił użytek).**

3. § 14 ust 3 umowy otrzymuje brzmienie:

3. Ustalone umową terminy mogą ulec wydłużeniu o czas opóźnienia, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy **oraz odpowiednio do zaistniałych zdarzeń nastąpi zmiana wynagrodzenia ustalonego w § 3 ust 1 umowy w następujących przypadkach:**

1) (...)

4. § 14 ust 11 umowy otrzymuje brzmienie:

11. Zawieszenie wykonywania Umowy stanowi podstawę do zmiany Umowy poprzez **zmianę wynagrodzenia** i wydłużenie terminu wykonywania Umowy o czas nie dłuższy niż długość okresu zawieszenia wykonywania Umowy. ~~Zawieszenie wykonywania Umowy i związane z tym obowiązki Wykonawcy, nie stanowią podstawy do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, ani jakichkolwiek innych roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego.~~

5. § 4 ust 2 pkt II ppkt. 33 lit b) Umowy usunięcie zapisu gdyż wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia przygotowuje kompletną dokumentację projektową a zatem przedmiary robót które stanowią rodzaj kosztorysów, w ostateczności pozostawienie brzmienia:

b) przedłożenia Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia **wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania akceptacji Zamawiającego** zawarcia Umowy szczegółowych kosztorysów pomocniczych; kosztorysy pomocnicze służyć będą do określenia wartości robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym a także wartości robót zamiennych lub zaniechanych; wartości robót przedstawione w kosztorysach pomocniczych muszą odpowiadać wartościom tych robót w przedłożonym harmonogramie, o którym mowa wyżej.

6. § 5 ust 12 i 14 umowy otrzymuje brzmienie:

12. W umowie o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlano - instalacyjne należy określić wynagrodzenie w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja czy i w jakim zakresie wynagrodzenie zostało wypłacone przez Wykonawcę na rzecz podwykonawcy; ~~niedopuszczalne jest uregulowanie sposobu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w innej formie, niż dokonanie płatności w postaci przelewu na rachunek bankowy podwykonawcy.~~

14. Zamawiający nie wyraża zgody na ~~ustanawianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, w szczególności~~

~~w postaci: kaucji, zatrzymywanie wynagrodzenia należnego podwykonawcy a w sytuacji ustanowienia zabezpieczenia w postaci kaucji, Strony zgodnie postanawiają iż nie będzie ona traktowana jako część wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy a jej ustanowienie nie będzie rodziło solidarnej odpowiedzialności po stronie Zamawiającego.~~

7. § 10 ust 5 otrzymuje brzmienie

Termin zapłaty faktur Wykonawcy wynosi do 60 dni, licząc od daty dostarczenia Zamawiającemu faktury wraz z protokołami odbioru, z zastrzeżeniem ust 14. Każdorazowo Wykonawca zobowiązany jest w terminie 14 dni przed upływem terminu płatności do złożenia Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnych wynagrodzeń podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom ~~tj. oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o zapłacie.~~ W przypadku wystawienia faktury w miesiącu grudniu, z uwagi na warunki rozliczenia umowy o dofinansowanie z MZ, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu ~~oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy~~ **dowodów** o zapłacie. wraz z fakturą, w terminie do 20 grudnia.

8. W zakresie OPZ i wymagań PFU Odwołujący wnosi o ich uzupełnienie i dookreślenie w sposób wskazany w części I pkt 5 ppkt. od a) do e) Odwołania.
9. Wnoszę o wprowadzenie optymalnych dla przedmiotowego zamówienia klauzul umożliwiających waloryzację wynagrodzenia należnego wykonawcy. W tym celu wnoszę o wykreślenie zdania dotyczącego waloryzacji w § 15 ust 1 i dodanie § 15A jako proponowaną klauzulę waloryzacyjną w brzmieniu:

§ 15A

1. *Przewiduje się możliwość waloryzacji wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 niniejszej umowy, w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian spowodowana jest zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*
2. *Waloryzacja wynagrodzenia w trybie określonym w ust. 1 powyżej zostanie dokonana według wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do poprzedniego miesiąca publikowanego przez Prezesa GUS, zwanego dalej wskaźnikiem GUS. Waloryzacja wynagrodzenia będzie dokonywana w oparciu o zmianę ww. wskaźnika GUS, o ile wzrost wskaźnika GUS obliczonego narastająco, zgodnie z ust. 4 poniżej, przekroczy 5% od dnia podpisania umowy.*
3. *Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może zostać dokonana po 12 miesiącach od dnia podpisania Umowy. Każda kolejna waloryzacja odbywać się będzie przy kolejnych fakturach częściowych oraz przy fakturze końcowej uwzględniając kolejne opublikowane wskaźniki.*
4. *Wartość wskaźnika GUS obliczonego narastająco wyliczana będzie jako procent składany następujących po sobie miesięcznych wskaźników GUS, począwszy od pierwszego wskaźnika opublikowanego po dniu podpisania umowy do dnia waloryzacji, zgodnie ze wzorem poniżej:*

$$F = [(1+F1) \cdot (1+F2) \cdot \dots \cdot (1+Fn) - 1]$$

F – wartość wskaźnika GUS obliczonego narastająco [%]

F1 – pierwszy wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej opublikowany po podpisaniu Umowy [%]

F2 – drugi wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej opublikowany po podpisaniu Umowy [%]

Fn – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej za dany miesiąc, w którym wystawiona została faktura częściowa lub końcowa [%]

5. *Wartość waloryzacji (C) do każdej faktury częściowej oraz do faktury końcowej (rozpoczynając od pierwszej faktury częściowej po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy) będzie obliczana następująco:*

$$C = A \cdot [F - 5\%]$$

C – wartość waloryzacji

A – wartość netto faktury częściowej lub końcowej

F - wartość wskaźnika GUS obliczonego narastająco [%]

Waloryzacja wynagrodzenia występuje wyłącznie dla $F > 5\%$

6. *Wartość waloryzacji do każdej faktury częściowej oraz do faktury końcowej (rozpoczynając od pierwszej faktury częściowej po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy) będzie wystawiana fakturami niezależnymi od faktur częściowych i końcowej w ciągu 7 dni od opublikowania ostatniego wskaźnika GUS dotyczącego danej faktury częściowej oraz końcowej. Waloryzacja wynagrodzenia do każdej faktury częściowej oraz do faktury końcowej (rozpoczynając od pierwszej faktury częściowej po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy) nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy.*
7. *Łączna wartość waloryzacji wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 35% wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.*

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SWZ są niezgodne z Pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), m.in. w sposób niezgodny z kc przerzuca odpowiedzialność na wykonawcę za działania i zaniechania swoje oraz podmiotów za które z mocy prawa nie odpowiada. Podobnie zamawiający przerzuca ryzyko które zgodnie z ustawą Pzp ponosi wyłącznie Zamawiający. Wszystkie podniesione wyżej zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż na chwilę obecną nie może złożyć oferty z uwagi na brak możliwości wyceny ryzyka i zakresu, o jakim mowa w części I Odwołania a przypadku wyboru jego oferty w Postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

V. Termin i wymogi formalne

- w dniu 4 listopada 2022 r. Zostało opublikowane w DUUE ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 14 listopada 2022 r Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu

- dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

Ad. 1 Nieustalenie limitu zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp *projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.*

Biorąc pod uwagę treść przepisu – a contrario, zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Zamawiający jest zobowiązany do określenia w dokumentach zamówienia minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy.

Artykuł 433 pkt 4 ustawy Pzp ma na celu ochronę wykonawcy przed jednostronnym działaniem zamawiającego, który mógłby ukształtować postanowienia umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. Dopuszczalne jest dokonywanie przez zamawiającego niewielkich w tym zakresie modyfikacji. Warto w tym miejscu podkreślić, że zakazem objęto jedynie jednostronną modyfikację treści umowy przez zamawiającego. W każdym przypadku dokonywania zmiany zakresu zamówienia konieczne jest ustalenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, która zostanie bezwzględnie zachowana. Zamawiający tylko w takiej sytuacji może dokonać zmiany zakresu zamówienia.

Wobec powyższego wnoszę o doprecyzowanie zapisów umowy pozwalających na nieograniczoną możliwość rezygnacji z części zakresu zamówienia poprzez wprowadzenie limitu ograniczenia, jak zaproponowano w część III Odwołania.

Ad. 2 Przerzucenie ryzyka na wykonawcę, podczas gdy odpowiedzialność taka nie wynika z działań ani zaniechań Wykonawcy lub zgodnie z prawem winna ciążyć na Zamawiającym, naruszenie równowagi kontraktowej stron.

W pierwszej kolejności, pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone a zamówienie udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy. Takie ukształtowanie warunków przyszłego zamówienia daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem niezbędnego doświadczenia, zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż *„Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. ”* (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Aby zapobiec praktykom nierównego rozkładu ryzyka kontraktowego ustawodawca wprowadził art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakazuje się Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałoby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zakaz z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp oznacza konieczność badania postanowienia umownego, które przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Ustalając zakres działań, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający można wskazać na oszacowanie wartości zamówienia, czy też dokumentację postępowania, lecz z uwagi na obowiązek współdziałania przy realizacji zamówienia lista ryzyk się rozszerza także na zdarzenia nieprzewidziane, konieczności zmiany zakresu czy sposobu wykonania prac, dodatkowych badań czy ekspertyz itd.

KIO w wyroku z 10.12.2021 r. (KIO 2864/21, KIO 2872/21, Legalis) podkreśliła, że art. 433 ustawy Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyka kontraktowych na wykonawcę. Co istotne w omawianym wyroku Izba dopatrzyła się naruszenia klauzuli abuzywnej w momencie *„przerzucenia na wykonawców w zasadzie wszystkich ryzyk kosztowych niezależnie od tego, że są one w ramach wzoru umowy podzielone na zależne i niezależne od wykonawcy. Zwiększenie jednej lub drugiej kategorii kosztów nie ma bowiem wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu*

finansowego, a ten z kolei wynika ze złożonej oferty, której z kolei nie sposób odpowiednio oszacować wobec przerzucenia wszelkich ryzyk znanych i nieznanym na wykonawcę”.

Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy. Niezgodne z powyższym będzie zatem przerzucenie na wykonawcę ryzyka wskazanego w umowie w postaci:

1. (§ 4 pkt I ust 11) Nieograniczonej możliwości odmowy zatwierdzenia i uzgodnienia dokumentacji projektowej bez wskazania, że takie działanie po stronie Zamawiającego będzie możliwe i prawnie dopuszczalne tylko wtedy, gdy dojdzie do jej niewykonania lub nienależytego wykonania z winy wykonawcy. Wykonawca nie powinien ponosić tak niewspółmiernego ryzyka jak utrata zysku, konieczność poniesienia kosztów i dodatkowo zapłaty odszkodowania w sytuacji gdy do wykonania dokumentacji w rozumieniu przepisów prawa czy umowy nie dojdzie np. wykonawca nie uzyska niezbędnych decyzji czy pozwoleń z powodu opieszałości urzędów. Podobnie też drobne niedociągnięcia czy niedoprecyzowania dokumentacji nie powinny wstrzymywać jej zatwierdzenia i odbioru. Niewspółmiernym ryzykiem jest też wyłączenie jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych, nawet wtedy, gdy zamawiający wykorzysta większość stworzonej przez wykonawcę dokumentacji i np. zleci jej dokończenie podmiotowi trzeciemu. Postanowienie umowne zostało skonstruowane tak, że pozwala na odmowę zatwierdzenia dokumentacji i odstąpienie od umowy bez zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia, z brakiem możliwości dochodzenia odszkodowania, niezależnie od zamiaru i rodzaju wady dokumentacji. Może dotyczyć drobnych niedociągnięć lub braku jednego z szeregu pozwoleń lub uzgodnień. Może się okazać że po 7 miesiącach prac na projektem dojdzie do jego nieodebrania z odmową zapłaty za wytworzone dzieło, nawet jeżeli będzie ono w fazie zaawansowania możliwym do dalszego wykorzystania. Stanowi to o bezpodstawnym przysporzeniu po stronie Zamawiającego i rażącym ograniczeniu praw podmiotowych po stronie wykonawcy (wyłączenie roszczeń kodeksowych).
2. (§ 14 ust 3 pkt od 1 do 8 i ust 11) podobnie i w przypadku w jakim z ważnych okoliczności i zdarzeń Zamawiający przewidział zmianę terminu realizacji umowy ale pozbawił już wykonawcy możliwości rekompensaty poniesionych w tego tytułu kosztów. Zamawiający przewidział szereg przesłanek zmiany terminu realizacji umowy, w tym z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego ale ryzykiem ponoszenia kosztów przez wykonawcę, co jest niezgodne z klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku gdy termin ulegnie przesunięciu z uwagi na wystąpienie po stronie właściwych organów opóźnień i zaniechań, braku możliwości wykonania robót z powodu wstrzymania przez organ, wystąpienia siły wyższej lub zmiany przepisów prawa, mając na uwadze wydarzenie ostatniego kwartału, należy stwierdzić że przerzucenie całkowitego ryzyka na wykonawcę jest najmniej rażącym naruszeniem równowagi kontraktowej. Podobnie w sytuacji wstrzymania robót bez określenia ja jaki czas i czy faktycznie oraz w jakim momencie dojdzie do takiego zdarzenia wykonawca nie ma możliwości oszacowania ceny swojej oferty ani wyceny takiego ryzyka na obecnym etapie.

Należy również dodać, że oprócz naruszenia klauzuli abuzywnej i zachwiania równowagi kontraktowej stan niepewności zakresu zamówienia, gwarancji jego realizacji do końca jak i ponoszenia ryzyka zdarzeń nieprzewidzianych wykonawca musi doliczyć do ceny składanej oferty. Niedające się oszacować koszty powodują sztuczny i nieproporcjonalny wzrost cen ofert często o kilkadziesiąt procent. Stanowi to zatem nie przejaw błędnego czy nieuzasadnionego sposobu kalkulowania po stronie wykonawcy a przejaw niegospodarności prowadzenia zamówienia przez Zamawiającego a więc naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co może być badane w toku kontroli udzielenia zamówienia.

Wobec powyższego wnoszę o doprecyzowanie zapisów umowy jak zaproponowano w część III Odwołania.

Ad. 3 Żądanie spełnienia świadczenia niemożliwego do spełnienia w postaci złożenia kosztorysów szczegółowych przed wykonaniem dokumentacji projektowej.

Zamawiający żąda wykonania świadczenia, które będzie możliwe dopiero w momencie ostatecznego ustalenia kształtu rozwiązań projektowych i przygotowania kompleksowej dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 4 i 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego:

§ 4

1. Dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę albo zgłoszenie robót budowlanych, do którego dołącza się projekt budowlany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;*
- 2) projektu wykonawczego w zakresie, o którym mowa w § 5;*
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6.*

§ 6

1. Przedmiar robót zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub ze wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wraz ze wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

2. Przedmiar robót składa się z następujących elementów:

- 1) strony tytułowej przedmiaru robót;*
- 2) spisu działów przedmiaru robót;*
- 3) tabeli przedmiaru robót.*

Właściwe określenie zakresu robót i ich ilości możliwe jest dopiero w momencie przygotowania dokumentacji projektowej. Wykonawca nie znając konkretnych rozwiązań czy założeń na chwilę obecną ani w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy nie będzie w stanie przygotować szczegółowych kosztorysów pomocniczych, które mogą być co najwyżej sporządzone w oparciu o przygotowane przedmiary robót. Tym samym wykonawca wnioskuję o zaprzestaniu na wymogu sporządzenia dokumentacji projektowej, która z mocy prawa zawiera przedmiary robót a w sytuacji konieczności sporządzenia dalszych szczegółowych kosztorysów do przedmiarów przesunięcie tego obowiązku w § 4 pkt II ust 33 b) na etap po wykonaniu dokumentacji projektowej i uzyskania akceptacji Zamawiającego.

Ad. 4 Nadmierna ingerencja w stosunek wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą - wyłączenie możliwości innego rozliczenia się z podwykonawcą niż w formie płatności w postaci przelewu na rachunek bankowy podwykonawcy i możliwości żądania jakiegokolwiek zabezpieczenia w formie pieniężnej od podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy

Zamawiający we wzorze umowy w § 5 ust. 12 i 14 umowy wyłącza możliwość innego rozliczenia się z podwykonawcą niż poprzez przelew środków na rachunek bankowy. Jest to nadmierne ograniczenie nie wynikające z przepisów prawa i ograniczające wręcz dopuszczalne przez prawo inne mechanizmy zapłaty.

a) Przelew środków na rachunek bankowy jako jedyna formy zapłaty podwykonawcy

Po pierwsze wskazać należy, że wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone (umorzenie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia) nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, może to nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wierzytelności, faktoring itp.).

Ograniczenie możliwości sposobów rozliczania się lub dokonywania płatności stanowi naruszenie przepisów prawa w zakresie rachunkowości i prawa przedsiębiorców dokonywania chociażby zapłaty bezgotówkowej lub gotówkowej do kwoty obecnie 15.000 zł (art. 19 ustawy z 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, art. 22 pkt 1 ustawy z 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw). Wykonawca nie widzi też przeszkód aby mógł rozliczyć się z podwykonawcą w inny sposób dopuszczalny prawem np. poprzez umorzenie części należności, potrącenie jej z inną należnością czy cesję. Wyłączenie wszystkich mechanizmów alternatywnej zapłaty niż bezgotówkowa nie jest zasadne, o ile w ogóle w świetle prawa możliwe, z jednej strony nie zabezpiecza Zamawiającego w ramach solidarnej odpowiedzialności, z drugiej pozbawia zarówno podwykonawców jak i wykonawców na prawidłowe i dopuszczalne prawem rozliczenie się za wykonane prace. Kategoryczne żądanie przelewu, o ile z pozoru upraszcza Zamawiającemu porównanie tzw „cyfr” i ustalenie czy wykonawca zapłacił podwykonawcom należne i wymagalne wynagrodzenie, o tyle nie przesądza, że jeżeli wykonawca przedłoży inny dokument, z którego wynika rozliczenie/rekompensata/potrącenie takiego wynagrodzenia ustalenie jego należności i wysokości zapłaty nie będzie możliwe. Tym samym dopuszczenie innych form zapłaty nie naraża Zamawiającego na zapłatę świadczenia nienależnego i w pełni chroni go w świetle solidarnej zapłaty. Wykonawca podkreśla, iż weryfikacja kwot i wysokości wymagalnego wynagrodzenia nie zależy od formy jego spełnienia więc ograniczenie w tym zakresie wykracza poza normy wskazanych w zarzucie przepisów, a w szczególności art. 647¹ kc.

b) Pozbawienie wykonawcy możliwości żądania zabezpieczenia pieniężnego od podwykonawcy

Zamawiający niezgodnie z prawem wyłącza możliwość żądania zabezpieczenia pieniężnego zmuszając strony umowy podwykonawczej do składania gwarancji bankowych, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wierzytelności nie istnieje. Wykonawca pozbawiony jest możliwości jakiegokolwiek zatrzymywania czy potrącania kwot z przysługującego wynagrodzenia, mimo że praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi ponad 90% wszystkich zabezpieczeń. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań co powoduje przestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach. Odwołujący ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak taka kwestia wymaga odpowiedniego uregulowania w umowie.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wiele zależy od tego w jaki sposób zakwalifikowane zostaną środki zatrzymane przez wykonawcę – czy jako kaucja czy też jako zatrzymanie kwoty wynagrodzenia. Za kaucję gwarancyjną inwestor bowiem nie odpowiada. Zatrzymanie części wynagrodzenia na poczet kaucji gwarancyjnej doprowadza do częściowego wygaśnięcia

wierzytelności podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawiła się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sygn. akt V CSK 428/16).

Dalej Sąd Najwyższy w ww. wyroku sygn. akt V CSK 428/16 wskazał, że:

„Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”.

Tym samym kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest, więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2018 roku (sygn. akt I CSK 349/17:

„Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły posługując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.”

Tym samym dopuszczenie pewnych form zabezpieczenia pieniężnego nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego ale i umożliwi wykonawcy skuteczne podzlecenie części robót podwykonawcy. Ograniczenie opisane w pkt a) i b) wyżej narusza przepisy ustawy Pzp i kc w zakresie w jakim nadmiernie ograniczają możliwość ustanowienia podwykonawstwa jak i prawnych form rozliczenia się z podwykonawcą. Zastosowane ograniczenia, w tym co do zabezpieczenia z tytułu zawieranej umowy podwykonawczej wykraczają poza prawne ramy regulowania stosunków między wykonawcą a podwykonawcą są nadmierne, nieproporcjonalne i świadczą o nadużyciu pozycji podmiotowej Zamawiającego, opisanej przy zarzucie nr 2.

c) Żądanie wyłącznie oświadczeń podwykonawców/dalszych podwykonawców o zapłacie należnego wynagrodzenia

Zamawiający niezgodnie z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp żąda obligatoryjnego złożenia oświadczeń podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów

potwierdzających zapłatę, bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców.

Art. 447 ust. 1 pzp nie wskazuje jako koniecznego dowodu potwierdzającego zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jedynie oświadczenia podwykonawców lecz dopuszcza szeroki wachlarz dowodów, głównie dlatego żeby nie wstrzymywać niezasadnie wynagrodzenia wykonawcy, jak podwykonawca, z różnych przyczyn, często szantażu odmówi mu wystawienia właściwych oświadczeń własnych. Wręcz przeciwnie wykonawca zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp może przedstawić dowolne dowody w celu wykazania, że dokonał zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i z tego tytułu nie występują zaległości.

Niezgodne z ustawą Pzp będzie także wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców co do istnienia bądź nie i wysokości roszczeń niewymagalnych. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

Przepis art. 465 ustawy Pzp precyzuje, kiedy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy lub kiedy może wstrzymać się z taką zapłatą. Oznacza to, że dopiero ziszczenie się konkretnie i ściśle wskazanych tam przesłanek uprawni Zamawiającego do braku zapłaty części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie - V Wydział Gospodarczy z dnia 10 października 2019 r. V GC 3/19

Dla aktywacji obowiązku zamawiającego dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, musiałyby zostać kumulatywnie spełnione trzy przesłanki: 1) roszczenie o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy musiało być wymagalne, 2) zamawiający musiał zaakceptować umowę o podwykonawstwo i 3) wykonawca musiał uchylać się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Aby zamawiający stał się legitymowany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, to wszystkie wyżej wymienione przesłanki musiały zostać spełnione łącznie. Brak ziszczenia się którejkolwiek z nich, negował obowiązek zamawiającego w opisywanym zakresie.

Całościowe brzmienie art. 465 ustawy Pzp wskazuje zatem, że dopiero w sytuacji ziszczenia się przesłanek do bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy, istnieje możliwość wstrzymania się z zapłatą jeżeli wykonawca zgłosi zastrzeżenia co do zasadności takiej zapłaty. Dotyczy to sytuacji kiedy wynagrodzenie jest wymagalne, upłynął termin ich płatności, a wykonawca niezasadnie się uchyla od ich zapłaty.

Wnosimy zatem o zmianę brzmienia zapisów umowy w sposób zaproponowany w pkt III Odwołania.

Ad. 5 Określenie wymagań OPZ - Programu Funkcjonalno- Użytkowego w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny co uniemożliwia określenie zakresu zamówienia, sposobu jego realizacji jak i możliwości prawidłowej kalkulacji oferty

Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku błędów i braków w opisie przedmiotu zamówienia żaden z wykonawców nie jest w stanie wycenić należycie przedmiotu zamówienia i złożyć prawidłowej oferty, co może skutkować unieważnieniem postępowania. Wykonawca w pkt I podniesionych zarzutów oraz w żądaniach Odwołania wskazał szczegółowo jakie błędny i braki w opisie przedmiotu zamówienia popełnił Zamawiający oraz jakich zmian od niego oczekuje. Dopiero wyeliminowanie uchybień jak tam wskazano pozwoli na prawidłową interpretację wymagań i prawidłowe złożenie oferty z jej wyceną.

Powyższe jest konieczne i wynika także z wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 30 listopada 2020 r. I AGa 543/18 *„Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione”*.

W zakresie wymagań Programu Funkcjonalno- Użytkowego, za pomocą którego Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, mimo iż jest zbiorem pewnych założeń i wymagań co do wykonania na dalszym etapie dokumentacji projektowej, to dokument ten nie może zawierać nieścisłości lub braków a jego treść reguluje Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454).

Zgodnie z art. 18 ust. 4 ww. rozporządzenia *Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia określa się, podając odpowiednio, w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące:*

- 1) przygotowania terenu budowy;*
- 2) architektury;*
- 3) konstrukcji;*
- 4) instalacji budowlanych;*
- 5) wykończenia;*
- 6) zagospodarowania terenu*

W dziale 2.2.1 PFU (Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu i zakres robót budowlanych) został wprowadzony następujący zapis: *„Uniwersytecki Szpital Kliniczny planuje budowę nowego budynku oraz jego wyposażenie, w którym mieścić się będą dwie kliniki zakaźne: Klinika Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Klinika Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku. Inwestycja obejmie budowę nowego budynku, jego wyposażenie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną na położonej u zbiegu ulic Wiewiórczej i Żurawiej.”* W dalszej części opisu PFU nie został zamieszczony szczegółowy wykaz wyposażenia, jakiego oczekuje Zamawiający co uniemożliwia wycenę i złożenie oferty. Braki i niejasności dotyczą także innych elementów PFU m.in. instalacji sanitarnych.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o doprecyzowanie i uzupełnienie opisu zamówienia jak wskazano w pkt I Odwołania.

Ad. 6 zasady waloryzacji zostały ustalone w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ust 2 ustawy Pzp, waloryzacja jest pozorna i oderwana od realiów, w jakich funkcjonuje.

W § 15 ust 1 wzoru umowy Zamawiający zawarł jedynie namiastkę zapisu prowadzącego do waloryzacji tj.

„Z uwagi na zawarcie umowy na okres dłuższy niż 12 m-cy strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z jej realizacją powyżej 35 % wartości ustalonej w dniu podpisania umowy a ponadto strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia poniższych przesłanek : (...)”

Dalsza treść § 15 wskazuje na sposób wykazywania i wyliczenia zmian wynagrodzenia ale w przypadku zmian w przepisach prawa, w tym zmiany z tytułu ubezpieczeń społecznych i pracy. Zamawiający zaniechał zatem opisanego mechanizmu waloryzacji w sposób wymagany art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 439 ust 2. W umowie określa się:

- 1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- 2) *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*
 - a) *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*
 - b) *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*
- 3) *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- 4) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

Zamawiający wskazał jedynie że zmiana cen materiałów i kosztów o 35 % uprawnia do zmiany przy czym nie wiadomo o jak różnice chodzi (zakres porównawczy), jaki wskaźnik liczenia ma na myśli Zamawiający, jak będzie liczona zmiana od jakiego zakresu i czasookresu. Nie wiadomo też czy waloryzacja ma miejsce zaraz po zawarciu umowy czy też po upływie czasu. Zamawiający wbrew przepisowi ustawy nie wskazał maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w wyniku waloryzacji. Ustalona wartość zmian o 35 % jest nierealna niezależnie od przyjętego rodzaju wskaźnika. Mając na uwadze najpowszechniej przyjmowane wskaźniki ogłaszane w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, żadne z nich nie osiąga takiego poziomu na przestrzeni lat, nawet mimo nadzwyczajnej sytuacji, z jaką zmierzamy się w obecnie (inflacja, drożyzna, braki produktów i materiałów, energii itd.). Nie sposób jest też uznać, że taki poziom zostanie osiągnięty, tym bardziej nie wiedząc z jakimi wskaźnikami mamy w ogóle do czynienia.

Należy podkreślić, iż mechanizm waloryzacyjny z art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp jest przepisem samoistnym w stosunku do przepisów dotyczących zmian umowy tj. art. 455 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje de facto z automatu dokonywać waloryzacji wynagrodzenia przy spełnieniu się przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie. Oznacza to, że waloryzacja nie

wymaga zgody obu stron wyrażanej na etapie realizacji i nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy. Umowa w niniejszej sprawie przewiduje okres realizacji do marca 2026 roku co oznacza, że zostanie zawarta na okres znacznie dłuższy niż 12 miesięcy, który aktywuje dopiero zastosowanie obligatoryjnej klauzuli waloryzacyjnej.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę 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