



O/KARDIO_ANIN/EJ/140/21

Warszawa, 18 października 2021 r.

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

Zamawiający:

Narodowy Instytut Kardiologii

Stefana Kardynała Wyszyńskiego

– Państwowy Instytut Badawczy

ul. Alpejska 42, 04-628 Warszawa

tel. +48 22 812 46 15, faks: +48 22 812 67 32

Osoba do kontaktu: Ewa Kałowska

e-mail: e.kalowska@ikard.pl

Strona internetowa, na której jest prowadzone postępowanie:

<http://www.ikard.pl>, <http://e-propublico.pl>

Odwołujący:

Warbud S.A.

ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa

KRS: 0000010823

tel. 22 567 60 00, faks: 22 567 60 01

e-mail: warbud@warbud.pl ; przetargi@warbud.pl

*reprezentowany przez pracownika p. Magdalenę
Poznysz-Komorowską*

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz.1129), w imieniu wykonawcy **Warbud S.A.**

Warbud SA Siedziba Zarządu
ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa
tel.: +48 22/567 60 00, fax: +48 22/567 60 01
warbud@warbud.pl

www.warbud.pl

Zarejestrowana przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy,
XIII Wydział Gospodarczy KRS pod numerem 0000010823
NIP 526-015-21-46, REGON 010029119
Kapitał zakładowy 60 319 500 zł uiszczony w całości.

razem @ VINCI

z siedzibą w Warszawie, dalej zwany „Odwołującym” lub „Warbud”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez **Zamawiającego – Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Państwowy Instytut Badawczy**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **„Przebudowa budynku "F" Narodowego Instytutu Kardiologii wraz z dostawą i montażem aparatury medycznej”**, numer referencyjny: **ZP.087.2021**, dalej: **„Postępowanie”**.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 października 2021r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem [2021/S 196-507087](#).

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

art. 99 ust. 1 , art. 436 pkt 3 Pzp oraz art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie Załącznika nr 10 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy (dalej „PPU”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:

- a. Zamawiający żąda szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego na zbyt wczesnym etapie realizacji zamówienia, tj. w terminie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy (**załącznik nr 10 do SWZ - § 2 ust. 3 PPU**);
- b. nie przewidziano procedury reklamacyjnej w przypadku nieuwzględnienia przez Wykonawcę w całości lub części uwag Zamawiającego do Harmonogramu sporządzonego przez Wykonawcę (bez względu na to czy są one zasadne czy też nie), która umożliwiłaby Wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, przed nałożeniem przez Zamawiającego kary umownej, a także konieczność akceptacji przez Wykonawcę, wszystkich ww. uwag pod groźbą kary umownej (**załącznik nr 10 do SWZ - § 2 ust. 4 PPU**);
- c. Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek naniesienia poprawek w dokumentacji projektowej w terminie **tylko 5 dni roboczych**, a dla siebie przewidział termin aż 10 dni roboczych na weryfikację dokumentacji oraz nie przewidział procedury reklamacyjnej, która powinna mieć miejsce, gdy poprawki nie będą zasadne lub możliwe do zrealizowania, a także nie wskazał definicji wad, usterek, nieprawidłowości dokumentacji (**załącznik nr 10 do SWZ - §8 ust. 7 i 8 PPU**);
- d. Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy usunięcia wad w okresie gwarancji lub rękojmi, przy braku określenia minimalnego terminu ich usunięcia (uwzględniającego organizacyjny oraz technicznych charakter danej wady), jednocześnie dodając, że w przypadku nie usunięcia wad w terminie Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych (**załącznik nr 10 do SWZ - §10 ust. 7 pkt 1 PPU**);

- e. **w § 12 ust. 1 pkt 2,12, 15 i 16 oraz ust. 5 PPU**, Zamawiający przewidział rażąco wysokie kary umowne:
1. za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 3 Umowy, **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,
 2. za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, liczonej od terminu wykonania przedmiotu umowy zawartego w umowie do dnia podpisania odbioru końcowego robót, **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,
 3. za zawnione przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę nawet jeśli jest ono uzasadnione trwające powyżej 7 dni, za każdy rozpoczęty dzień przerwy w wykonywaniu robót, **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy,
 4. za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji lub rękojmi w wysokości liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.
 5. łączną wysokość kar umownych nałożonych na wykonawcę w wysokości **20%** wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 Umowy.
- f. Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość zmiany postanowień Umowy w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, w szczególności wstrzymanie realizacji Umowy przez Zamawiającego, ale jednocześnie Zamawiający nie wskazał w jakich przypadkach może wstrzymać realizację Umowy, na jak długo oraz kto będzie ponosił w tym okresie koszty (**§ 19 ust. 2 pkt 3 lit. j PPU**).

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany Projektowanych Postanowień Umowy poprzez:

- a. modyfikację **załącznika nr 10 do SWZ - § 2 ust. 3 PPU** na: „Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wstępny harmonogram rzeczowo – finansowy uwzględniający podstawowe grupy, zakresy planowanych robót koniecznych do wykonania w terminie 10 dni roboczych, liczonym od dnia zawarcia Umowy.” oraz o **wprowadzenie postanowienia mówiącego o konieczności wykonania szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie 14 dni roboczych od dnia akceptacji wykonanych projektów wielobranżowych wraz z kosztorysami inwestorskimi oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych**,

- b. wprowadzenie **do załącznika nr 10 do SWZ - § 2 ust. 4 PPU** postanowienia, zgodnie z którym **każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego** mającego na celu umożliwienie Wykonawcy ustalenia istnienia przesłanek naliczenia kar umownych,
- c. wprowadzenia do **załącznika nr 10 SWZ – PPU** definicji wad, usterek, niedoróbek i nieprawidłowości dokumentacji, wydłużenia terminu naniesienia poprawek przez Wykonawcę w **§8 ust. 7 i 8 PPU** z 5 dni roboczych na 10 dni roboczych oraz wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym Wykonawca **każdorazowo będzie miał możliwość ustalenia czy proponowane przez Zamawiającego poprawki są zasadne lub możliwe do wprowadzenia**,
- d. modyfikacji **załącznika nr 10 do SWZ - §10 ust. 7 pkt 1 PPU** poprzez określenie minimalnego terminu na usunięcie stwierdzonych wad przy zastrzeżeniu, że termin o którym mowa będzie terminem uwzględniającym organizacyjny oraz technicznych charakter danej wady,
- e. modyfikację **załącznika nr 10 do SWZ - § 12 ust. 1 pkt 2, 12, 15 i 16 PPU** poprzez **zmniejszenie kar umownych z 0,1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy do 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy**,
- f. modyfikację **załącznika nr 10 do SWZ - §12 ust. 5 PPU** łącznej wysokości kar umownych jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę z 20% wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 PPU **na 10%** wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 PPU w całym okresie jej obowiązywania,
- g. wprowadzenie postanowienia do **załącznika nr 10 do SWZ - PPU**, w którym Zamawiający wskaże konkretne przypadki oraz na jak długo może wstrzymać realizację Umowy, a także zobowiąże się w tym czasie do ponoszenia wszelkich kosztów, m.in. opłacania pracowników itp.

ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 października 2021r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem [2021/S 196-507087](#). W tym samym dniu na stronie Zamawiającego zostały opublikowane pozostałe dokumenty zamówienia. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 18 października 2021r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie (w zw. z art. 515 ust. 2 pkt. 1 Pzp).
2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

V. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą: „Przebudowa budynku "F" Narodowego Instytutu Kardiologii wraz z dostawą i montażem aparatury medycznej”, którego przedmiotem jest wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej (konceptja, dokumentacja projektowo-kosztorysowa) i robót budowlanych (rozbudowa, przebudowa, termomodernizacja wraz nową nawierzchnią podjazdu dla karetek) aż do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku "F" Narodowego Instytutu Kardiologii w Warszawie, na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego i koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego.

II. Zarzuty dotyczące Projektowanych Postanowień Umowy.

1. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 Kodeksu cywilnego.

Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „*Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu*

cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. **Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ Kc.**"

2. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy.

Tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): **„Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.”**

3. Zamawiający w załączonych do SWZ Projektowanych Postanowieniach Umowy (załącznik nr 10 do SWZ) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 16 w zw. art. 8 ust. 1 Pzp:

a. Wymóg przedłożenia szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy.

1. Zgodnie z § 2 ust. 3 PPU - Wykonawca przedłoży Zamawiającemu *szczególwy harmonogram rzeczowo - finansowy (dalej: „Harmonogram”) realizacji Przedmiotu Umowy w terminie 10 dni roboczych, liczonym od dnia zawarcia Umowy.* Wykonanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego na tak wczesnym etapie jest niemożliwe, ze względu na brak podstawowych danych, które zawierane i ujawniane będą na etapie wykonywania wielobranżowych projektów wykonawczych oraz po wykonaniu inwentaryzacji istniejących budynków. W trakcie opracowywania tej dokumentacji dobierane będą właściwe i adekwatne rozwiązania techniczne, materiałowe, a także konstrukcyjne. Tym samym, harmonogram, którego złożenia oczekuje Zamawiający w terminie 10 dni od podpisania Umowy, może mieć jedynie charakter wstępny.

2. Wprowadzenie szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego będzie możliwe dopiero po akceptacji przez Zamawiającego wykonanych projektów wielobranżowych wraz z kosztorysami inwestorskimi oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych.

b. Brak procedury reklamacyjnej (harmonogram).

1. Zgodnie z § 2 ust. 4 PPU - *Zamawiający zatwierdzi harmonogram lub zgłosi uwagi do harmonogramu, o którym mowa w ust. 3 w terminie 5 dni roboczych od daty przedłożenia harmonogramu do akceptacji. W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego uwag do harmonogramu, **Wykonawca będzie zobowiązany do uwzględnienia tych uwag i przedłożenia Zamawiającemu poprawionego harmonogramu w terminie 5 dni od daty otrzymania zgłoszonych przez Zamawiającego uwag. W przypadku, gdy Wykonawca nie uwzględni w całości lub w części uwag Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki do momentu zatwierdzenia harmonogramu przez Zamawiającego.***
2. Jednocześnie, w przypadku nie uwzględnienia jakichkolwiek uwag Zamawiającego, **Zamawiający przewidział automatyczne obciążanie Wykonawcy karami umownymi, bez jakiegokolwiek procedury reklamacyjnej, z której mógłby skorzystać Wykonawca (§ 2 ust. 4 PPU).**
3. Tak sformułowane postanowienie umowne wkracza nadmiernie w sferę uprawnień Wykonawcy. Wykonawca jest bowiem zobowiązany do zaakceptowania wszelkich uwag Zamawiającego do harmonogramu, bez względu na ich zasadność, co w konsekwencji wyłącza możliwość realizacji przez Wykonawcę prac, zgodnie z wcześniej przyjętą metodologią i kolejnością.
4. Wykonawcę wiążą jedynie terminy przewidziane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania i to na nim spoczywa obowiązek takiej organizacji realizacji zamówienia, aby terminy te zostały dotrzymane. Wykonawca nie może przyjąć na siebie niejako „z góry” zobowiązania do uwzględnienia wszystkich uwag Zamawiającego, bez względu na ich zasadność, bowiem może to przekładać się na niemożliwość realizacji zamówienia zgodnie z przyjętą metodologią. Jeżeli Zamawiający zamierza ingerować w harmonogram sporządzony przez Wykonawcę na etapie

realizacji Umowy, to powinien w SWZ określić wytyczne do sporządzenia tego harmonogramu.

5. Brak wytycznych powoduje, iż Zamawiający powinien zaakceptować propozycję Wykonawcy, a w przypadku ewentualnych uwag do tak sporządzonego harmonogramu, umożliwić Wykonawcy co najmniej przedstawienie swoich argumentów, przed nałożeniem kary umownej.
6. Brak wytycznych, a tym samym całkowita dowolność Zamawiającego przy zgłaszaniu uwag, których konsekwencją będzie nałożenie kary umownej, pozostawia Wykonawcę w niepewności co do sposobu realizacji zamówienia, który może mu być narzucony dopiero po zawarciu umowy, a powiązanie obowiązku uwzględnienia wszelkich uwag z koniecznością zapłaty kar umownych powoduje niemożność przewidzenia kosztów realizacji zamówienia na etapie składania oferty.

c. Brak procedury reklamacyjnej oraz istotnych definicji (dokumentacja projektowa).

1. Zgodnie z:

§ 8 ust. 7 PPU – Przekazana dokumentacja projektowa podlegać będzie weryfikacji przez Zamawiającego w ciągu 10 dni roboczych (tj. dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy) od dnia jej przekazania. Dla weryfikacji dokumentacji Zamawiający może korzystać z konsultantów zewnętrznych, na co Wykonawca wyraża zgodę. W przypadku stwierdzenia wad i usterek w przedłożonej dokumentacji projektowej, bieg wskazanego powyżej terminu jej weryfikacji liczy się na nowo od momentu przedłożenia przez Wykonawcę poprawionej dokumentacji projektowej. Okres weryfikacji i akceptowania dokumentacji projektowej zgodnie z powyższymi ustaleniami nie może spowodować wydłużenia terminu realizacji Umowy. Wykonawca zobowiązany jest na każde żądanie Zamawiającego oddelegować na spotkanie w miejscu wskazanym przez Zamawiającego projektanta odpowiedzialnego za sporządzenie dokumentacji projektowej stanowiącej przedmiot weryfikacji przez Zamawiającego.

§ 8 ust. 8 PPU - Wykonawca w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania od Zamawiającego informacji o stwierdzonych nieprawidłowościach przekaze (protokołem przekazania) poprawioną, zgodnie z uwagami Zamawiającego, dokumentację z wyszczególnieniem sposobu usunięcia tychże nieprawidłowości.

§ 8 ust. 10 PPU - *W przypadku opracowania przez Wykonawcę wadliwej dokumentacji projektowej lub dokumentacji powykonawczej Zamawiającemu przysługuje odpowiednio prawo:*

- 1) żądania bezpłatnego usunięcia wad lub usterek w terminie wyznaczonym Wykonawcy bez względu na wysokość związanych z tym kosztów, albo*
- 2) zlecenia usunięcia wad, usterek lub niedoróbek osobie trzeciej, na koszt i ryzyko Wykonawcy, albo*
- 3) odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia, albo*
- 4) odstąpienia od Umowy, jeżeli stwierdzone wady lub usterki uniemożliwiają zgodną z warunkami Umowy realizację przedmiotu Umowy na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej.*

§ 8 ust. 10 PPU - Zamawiający zastrzega, że przyjęcie i zaakceptowanie dokumentacji projektowej nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za jej sporządzenie w sposób zgodny z warunkami Umowy i ustawą Prawo budowlane wraz z aktami wykonawczymi.

2. Ww. postanowienia umowne kolejny raz wskazują na to, iż Zamawiający nie przewidział dla Wykonawcy procedury reklamacyjnej narzucając na niego obowiązek zaakceptowania wszelkich uwag Zamawiającego.
3. Obwarowany daleko idącymi sankcjami (łącznie z odstąpieniem od Umowy), obowiązek zaakceptowania wszelkich uwag Zamawiającego powinien być co najmniej poprzedzony umożliwieniem wykonawcy przedstawienia swojego stanowiska w zakresie zgłoszonych uwag.
4. Dodatkowo, Zamawiający nie przewidział w PPU definicji „wad, usterek i niedoróbek” dokumentacji, a także „nieprawidłowości dokumentacji”, co powoduje nieograniczone możliwości zgłaszania uwag, bez dania wykonawcy uprawnienia do odniesienia się do ich zasadności, nawet w przypadku, gdyby powodowały one naruszać przepisy prawa budowlanego, będą niezgodne z dokumentacją techniczną, czy będą niemożliwe do zrealizowania.
5. Ponadto, Zamawiający na akceptację dokumentacji wyznacza sobie 10 dni roboczych, natomiast Wykonawcy na jej poprawienie jedynie 5 dni.

d. Brak określonego terminu na usunięcie wad (okres gwarancji i rękojmi).

1. Zgodnie z § 10 ust. 7 pkt 1 Projektowanych Postanowień Umowy - *Jeżeli w okresie gwarancji lub rękojmi zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*
 - 1) *jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar zgodnie z § 12 Umowy oraz zlecenia usunięcia wad innemu Wykonawcy w ramach zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wniesionego przez Wykonawcę;*
2. Zamawiający nie określił w PPU, ani w Karcie Gwarancyjnej, terminów na usunięcie wad, co pozwala mu na uznaniowość, w tym zakresie, na etapie realizacji umowy. Zgodnie z ww. postanowieniem, Zamawiający może bowiem wyznaczyć termin, w którym ze względów technologicznych nie będzie możliwe usunięcie wad.

e. Rażąco wysokie kary umowne.

1. Wskazane w § 12 ust. 1 pkt 2, 12, 15 i 16 Projektowanych Postanowień Umowy kary umowne są rażąco wysokie:
 - a) Pkt 2 - **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Harmonogramu rzeczowo-finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 3 Umowy;
 - b) Pkt 12 – **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, liczonej od terminu wykonania przedmiotu umowy zawartego w umowie do dnia podpisania odbioru końcowego robót;
 - c) Pkt 15 - **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy, za zawinione przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę trwające powyżej 7 dni, za każdy rozpoczęty dzień przerwy w wykonywaniu robót;
 - d) Pkt 16 - **0,1%** wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad

stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji lub rękojmi w wysokości liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad;

- e) *Ust. 5 Limit kar umownych, jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy z wszystkich tytułów przewidzianych w niniejszej Umowie, wynosi **20%** wartości Umowy brutto określonej w § 6 ust. 1 Umowy.*
2. Swoboda kształtowania postanowień umownych przez zamawiającego publicznego nie może oznaczać dowolności i nieproporcjonalności w konstruowaniu kar umownych, w tym ich wysokości (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. KIO 980/18, KIO 983/18). Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że: *„jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. (wyrok KIO z dnia 3.06.2020 r., sygn. KIO 401/20, KIO 403/20). Podobnie również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2020 r., sygn. KIO 2296/20.;*
3. Jak podkreślono również w „Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” z marca 2018 r. dostępnym na stronie UZP: *„Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. **W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania***

zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.”

4. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy) narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP oraz Ministra Inwestycji i Rozwoju, system zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych kar umownych nakładanych na wykonawcę.
5. Mając na uwadze określoną przez Zamawiającego w ogłoszeniu wartość zamówienia w ogłoszeniu na poziomie 30.8 mln netto (czyli 37.8 mln brutto), kary umowne na poziomie 0,1 % umowy wynosić będą **około 38 tys. złotych dziennie**. Jest to wysokość nadmierna, w stosunku do przewidzianych przez Zamawiającego okoliczności nałożenia kar.
6. W zakresie wskazanego w PPU górnego limitu kar umownych na poziomie 20% wartości Umowy, zwracamy uwagę, iż oprócz kar umownych, Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych (par. 12 ust. 3 PPU). Tym samym ustalenie łącznego górnego limitu kar umownych na poziomie 10% nie spowoduje naruszenia interesów Zamawiającego.
7. Ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie 10 % wysokości jest również powszechną praktyką na rynku w przypadku podobnych zamówień. Dla przykładu wskazać można:
 - a. Postępowanie pn.: „Budowa nowego budynku dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o.o. w Radomiu”, numer referencyjny: DZP.341.28.2021, prowadzone przez Zamawiającego: Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu; - Ogłoszenie 2021/S 124-327405 z dnia 30.06.2021.
 - b. Postępowanie pn.: „Budowa nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Mińsku Mazowieckim, przy ul. Jana Łupińskiego 42”, numer referencyjny: WZP-4789/20/290/IR, prowadzone przez Zamawiającego: Komendę Stołeczna Policji w Warszawie; - Ogłoszenie 2020/S 177-424408 z dnia 11.09.2020.

- c. Postępowanie pn.: *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa i zmiana funkcji w budynku Szpitala Praskiego – część II”, numer referencyjny: RZP-II-WI/18/DZP-1/2020, prowadzone przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie; - Ogłoszenie 2020/S 108-260949 z dnia 05.06.2020.*
8. W ustaleniu wysokości górnego limitu kar umownych pomocne mogą również być przepisy dotyczące należytego zabezpieczenia umowy. Zgodnie z art. 452 ust. 2 i 3 Pzp **Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej** podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, **nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej** podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.
9. Skoro zatem ustawodawca przewidział maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10%, to taki też powinien być łączny limit kar umownych.
- f. **Brak wskazania konkretnych przypadków możliwości zmiany postanowień umowy, określenia terminu oraz osoby odpowiedzialnej za koszty.**
1. Zgodnie z § 19 ust. 2 pkt 3 lit. j PPU – *Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany postanowień niniejszej Umowy: z uwagi na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, w szczególności **wstrzymanie realizacji Umowy przez Zamawiającego.***
2. Zamawiający nie określił, w jakich przypadkach może wstrzymać realizację Umowy, na jak długo i kto będzie ponosił koszty tego przestoju.
3. Tak sformułowane postanowienie umowne, wprowadza po stronie Wykonawcy niepewność, co do sposobu realizacji zamówienia (okoliczności skutkujących narzuconym przez Zamawiającego przestojem), a także związanych z nim kosztów. W konsekwencji

uniemożliwia dokonanie prawidłowego oszacowania ryzyka i prawidłowej wyceny oferty.

- III. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Wnoszę zatem o jego uwzględnienie w całości.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem opłaty skarbowej,
2. Odpis z KRS Warbud S.A.,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (tylko dla KIO).