



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 5 stycznia 2024 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**
ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok
NIP: 542-02-11-717
osoba kontaktowa: Urszula Szkiłdź
tel.: +48 857 485 625
e-mail: zampubl@umb.edu.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, KRS 0000054588
reprezentowany przez: radcę prawnego Ewę Różewicz-Czulak
adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
tel.: +48 784 361 322
e-mail: ewa.rozewicz-czulak@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2024 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zampubl@umb.edu.pl.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Budowa Centrum Dydaktyki Nauk Podstawowych Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, numer referencyjny: AZP.25.3.12.2023

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: AZP.25.3.12.2023

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 00787980-2023 opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 26 grudnia 2023 r., numer wydania Dz.U. S: 248/2023

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako: „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa stanowią załącznik nr 1 i 2 do niniejszego odwołania), na podstawie art. 513 pkt. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej jako: „**PZP**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących realizacji zadania pn.: „Budowa Centrum Dydaktyki Nauk Podstawowych Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, numer referencyjny: AZP.25.3.12.2023 (dalej jako: „**Postępowanie**”), polegającą na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”), w tym załącznika nr 8 do SWZ „Wzór umowy” (dalej jako „**Umowa**”), w sposób naruszający przepisy PZP oraz przepisy ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm., dalej jako: „**KC**”).

I. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **naruszenie art. 434 ust. 1 PZP, art. 436 pkt. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC i art. 387 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. w pkt. 5.1.3; oraz w SWZ, tj. w pkt. 1), 2) i 3) części VI (Termin realizacji zamówienia) oraz w § 2 ust. 1 a), b) i c) projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ terminów realizacji zamówienia, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;
2. **naruszenie art. 437 ust. 1 pkt. 4 PZP, art. 465 ust. 4 PZP w zw. z art. 498 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 PZP** w zakresie w jakim Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą i/lub dalszym podwykonawcą, tj. poprzez ograniczenie możliwości dokonywania przez Wykonawcę rozliczeń z podwykonawcą poprzez potrącenie w § 5 ust. 12 Umowy;
3. **naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 PZP w zw. z art. 449 ust. 2 PZP w zw. z art. 450 ust. 1 pkt. 1) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC** w zakresie w jakim Zamawiający

Strona 2 z 16

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 118 z późn. zm.)

w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą i/lub dalszym podwykonawcą, tj. poprzez zakazanie Wykonawcy ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej w postaci: kaucji, zatrzymania wynagrodzenia, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy w § 5 ust. 15 Umowy.

II. Żądania.

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, tj. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 5.1.3) oraz SWZ – części VI (Termin realizacji zamówienia), oraz projektu Umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ poprzez:

- (i) określenie realnych terminów realizacji zamówienia, pozwalających na ich dochowanie z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, wykonania projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz wykonania wszystkich robót budowlanych, w tym dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;
- (ii) wyeliminowanie postanowień stanowiących nadmierną ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, to jest umożliwienie dokonywania potrąceń na zasadach wynikających z KC;
- (iii) wyeliminowanie postanowień stanowiących nadmierną ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, to jest umożliwienie ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej w postaci: kaucji, zatrzymania wynagrodzenia i/lub potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad. II.(i)

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5.1.3 Szacowany okres obowiązywania

Data początkowa: 2024-02-28+01:00

Data zakończenia trwania: ~~2025-12-16+01:00~~ **26 miesięcy od daty początkowej**

Po uwzględnieniu zmiany treści pkt. 1), 2) i 3) części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Część VI Termin realizacji zamówienia

- 1) wykonanie wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany) wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – **5 9 miesięcy od daty zawarcia umowy,**
- 2) wykonanie projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym – **7 11 miesięcy od daty zawarcia umowy,**
- 3) wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – ~~do dnia 16 grudnia 2025 r.~~ **26 miesięcy od daty zawarcia umowy**

Po uwzględnieniu zmiany treści § 2 ust. 1 pkt. a), b) i c) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

§ 2

1. Terminy realizacji:

- a) wykonanie wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany) wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę - **5 9 miesięcy od daty zawarcia umowy,**
- b) wykonanie projektów technicznych i przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym – **7 11 miesięcy od daty zawarcia umowy,**
- c) wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – ~~do dnia 16 grudnia 2025 r.~~ **26 miesięcy od daty zawarcia umowy**

Ad. II.(ii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 5 ust. 12 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

12. W umowie o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane należy określić wynagrodzenie w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja czy i w jakim zakresie wynagrodzenie zostało uiszczone na rzecz podwykonawcy, ~~w tym określić, iż w przypadku dokonywania rozliczenia przez potrącenie, obie strony muszą potwierdzić istnienie wierzytelności podlegających potrąceniu i wyrazić zgodę na ich potrącenie.~~ Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie kar umownych czy warunków wypłaty wynagrodzenia w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy.

Ad. II.(iii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 5 ust. 15 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Strona 4 z 16

15. Zamawiający wyraża zgodę na ustanawianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, ~~z wyłączeniem:~~ w tym kaucji, zatrzymania wynagrodzenia, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.

III. 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 ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ, a w szczególności we wzorze Umowy będącym załącznikiem nr 8 do SWZ, są niezgodne z PZP i KC.

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje, tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz KC, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI PZP przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Strona 5 z 16

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes Wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17). Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP i KC, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert. Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru Umowy narusza zasady PZP 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.

IV. Termin.

W dniu 26 grudnia 2023 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa od progów unijnych.

W dniu 27 grudnia 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej dokumenty w postaci SWZ oraz załączników, w tym wzoru Umowy.

Odwołujący składając odwołanie w dniu 5 stycznia 2024 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

Zarzut I.

Zamawiający w części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ oraz odpowiednio w treści § 2 ust. 1 lit. a), b) i c) Umowy przewidział terminy wykonania zamówienia. Pierwszy termin wynoszący 5 miesięcy od daty zawarcia umowy obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wymaganym do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę oraz złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę.

Z uwagi na § 2 ust. 2 lit. a) Umowy za termin wykonania obowiązku wskazanego § 2 ust. 1 lit. a) uznaje się opracowanie kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę:

2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:

a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez uwag, kompletnej dokumentacji **wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę**,

Powyższe oznacza, że w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia Umowy Wykonawca ma za zadanie:

- 1) Opracować kompletną dokumentację projektową
- 2) Uzyskać odbiór dokumentacji projektowej przez Zamawiającego zgodnie z § 4 ust. 2 cz. I pkt. 7 Umowy
- 3) Złożyć wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę
- 4) Uzyskać decyzję o udzieleniu pozwolenia na budowę
- 5) Uzyskać przymiot ostateczności w/w decyzji o pozwoleniu na budowę

Jednocześnie dodatkowe wymogi co do składu dokumentacji projektowej znajdują się w Załączniku nr 2 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU”). Zgodnie z pkt 3.4.1 PFU Wykonawca ma uzyskać mapę do celów projektowych:

„Do celów projektowych należy uzyskać aktualną kopię mapy do celów projektowych.”

Odwołujący wskazuje, że uzyskanie mapy do celów projektowych stanowi podstawę do rozpoczęcia projektowania. Oznacza to, że bez uzyskania w/w dokumentów faktyczne rozpoczęcie prac projektowych nie może się odbyć. Dodatkowo zgodnie z pkt. 3.4.2 PFU Wykonawca ma przeprowadzić badania gruntowo-wodne:

„Geotechniczne warunki posadowienia budynku należy opracować na podstawie przyjętego rozwiązania projektowego w przetargu „projektuj-buduj” i po zaliczeniu obiektu budowlanego do odpowiedniej kategorii geotechnicznej.

Na podstawie tego zostanie ustalony zakres badań geotechnicznych gruntu na podstawie Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dn. 25.04.2012r. w sprawie ustalenia geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (Dz.U. 2012, poz. 463).”

Nadto zgodnie z pkt. 3.4.3 PFU teren budowy objęty jest ochroną konserwatora zabytków:

„Projektowane - dobudowa Budynku B do budynku d. Instytutu Panien Szlacheckich, ob. budynek Collegium Primum oraz budowa Budynku C wolno stojącego w sąsiedztwie Collegium Universum - położone są na obszarze cz. miasta Białegostoku, wpisanej do rejestru zabytków.”

Co będzie również wymagało uzyskania stosownego pozwolenia Miejskiego Konserwatora Zabytków zgodnie z pkt. 3.1 PFU, przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę:

„Zgodnie z dyspozycją art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U z 2021 r. poz. 710) realizacja inwestycji objętej niniejszą decyzją wymaga uzyskania pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków.

Zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (t.j. Dz. U. z 2020r., poz. 1333 ze zm.) prowadzenie robót budowlanych przy obiekcie wpisanym do rejestru zabytków lub na obszarze wpisanym do rejestru zabytków wymaga, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, uzyskania pozwolenia na prowadzenie tych robót, wydanego przez właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków.”

Wykonawca zgodnie z pkt. 2.25.1 PFU jest także zobowiązany do uzgodnienia przebudowy poszczególnych sieci podziemnych kolidujących z inwestycją z ich Użytkownikami, a powyższe uzgodnienie jest wymagane do prawidłowego opracowania dokumentacji projektowej:

„Obsługa w zakresie infrastruktury technicznej docelowo z projektowanych przyłączy. Należy przeprojektować też i przebudować kolizji występujące z planowanym zagospodarowaniem terenu. ”

„W przypadku kolizji projektowanego budynku z urządzeniami i sieciami elektroenergetycznymi na etapie wykonywania projektu należy wystąpić z wnioskiem o usunięcie kolizji do PGE Dystrybucja S.A.”

„W związku z planowaną inwestycją budowy budynku centrum dydaktyki przedklinicznej – budynek „B” (centrum szkoleniowe i dydaktyczne) wraz z łącznikami i przebudową budynku Collegium Primum i budynku zakładu Biofizyki należy zgodnie z warunkami technicznymi przewidzieć przebudowę/usunięcie kolizji projektowanej inwestycji z istniejącą siecią telekomunikacyjną w uzgodnieniu z właścicielem w/w sieci.”

Dodatkowo zgodnie z pkt. 2.1.1 PFU oraz 2.25.1 projektowany budynek będzie zlokalizowany w bezpośrednim sąsiedztwie istniejących obiektów budowlanych – budynkami Collegium Primum i Zakładem Biofizyki oraz będzie z nimi połączony łącznikami:

„Wprowadza się łączniki z budynkiem Collegium Primum w piwnicy, na parterze i I piętrze oraz z budynkiem Zakładu Biofizyki na I i II piętrze. ”

„Sąsiadująca zabudowa historyczna:

Budynki Collegium Primum – (zrealizowane w latach 90-tych XIX w.) - trzy kondygnacje nadziemne z podpiwniczeniem, i dachem wielospadowym; wysokość ok. 16,80m. do gzymsu wieńczącego oraz 20,30m. do kalenicy.

Budynki Collegium Uniwersum – (zrealizowane w latach 50-tych XX w.) — od ul. A. Mickiewicza — cztery kondygnacje nadziemne z podpiwniczeniem; wysokość ok. 19,80m. do górnej krawędzi attyki budynku wejścia głównego, skrzydło wewnętrzne, zaplecze - trzy kondygnacje nadziemne z suteroną, wysokość ok. 15,50m, do gzymsu wieńczącego.

Projektowany budynek B stanowi dobudowę do budynku d. Instytutu Panien Szlacheckich, ob. budynek Collegium Primum.”

Natomiast zgodnie z § 206 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie w nawiązaniu do § 204 ust. 5 budowa nowego obiektu w bezpośrednim sąsiedztwie obiektu budowlanego powinna być poprzedzona ekspertyzą techniczną stanu obiektu istniejącego:

§ 204 ust. 5 Wzniesienie budynku w bezpośrednim sąsiedztwie obiektu budowlanego nie może powodować zagrożeń dla bezpieczeństwa użytkowników tego obiektu lub obniżenia jego przydatności do użytkowania.

§ 206. W przypadku, o którym mowa w § 204 ust. 5, budowa powinna być poprzedzona ekspertyzą techniczną stanu obiektu istniejącego, stwierdzającego jego stan bezpieczeństwa i przydatności do użytkowania, uwzględniającą oddziaływania wywołane wzniesieniem nowego budynku.

Powyższe obowiązki Wykonawcy nie wyczerpują katalogu wszystkich wymaganych czynności umożliwiających rozpoczęcie opracowania dokumentacji projektowej. Szacowany możliwy termin spełnienia obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) Umowy stanowi sumę następujących działań:

- 1) Wykonanie ekspertyzy stanu technicznego budynków sąsiednich wraz z ekspertyzą jego stanu technicznego – 4 tygodnie
- 2) Wykonanie mapy do celów projektowych – 4 tygodnie
- 3) Przeprowadzenie badań podłoża gruntowego – 4 tygodnie

Powyższe działania można realizować jednocześnie, co skutkuje łącznym czasem opracowania podstaw do sporządzenia dokumentacji projektowej wynoszącym 4 tygodnie. Następne czynności to:

- 4) Opracowanie projektu budowlanego (projektu zagospodarowania działki lub terenu, projektu architektoniczno-budowlanego) – 20 tygodni
- 5) Uzyskanie odbioru dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, z uwzględnieniem konieczności jednokrotnego naniesienia uwag – 6 tygodni
- 6) Uzyskanie decyzji Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków – 4 tygodnie
- 7) Uzyskanie prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę – 8 tygodni

Z powyższego zestawienia wynika, że łączny czas potrzebny na spełnienie obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) wynosi ok. 42 tygodni, co równa się około 9 miesiącom.

Następnie opracowanie dalszej dokumentacji projektowej, w tym obejmującej projekt techniczny, projekt wykonawczy wraz ze wszystkimi uzgodnieniami, przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym wynosi około 2 miesiące. Oznacza to, że termin na jej wykonanie określone w § 2 ust. 1 lit. b) winien wynosić 11 miesięcy.

Konsekwencją do powyższych rozważań dotyczących czasu potrzebnego do wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania pozwolenia na budowę i wniosku Wykonawcy o wydłużenie terminu na jej wykonanie z 5 do 9 miesięcy, a także wydłużenia terminu na sporządzenie pozostałej dokumentacji projektowej (obejmującej m.in. projekt techniczny) z 7 na 11 miesięcy, jest analogiczny wniosek o wydłużenie terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt. c). Jest to termin wyznaczony na wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, który zgodnie z treścią Umowy został wyznaczony na dzień 16.12.2025 r. Z uwagi jednak na konieczność wydłużenia terminów na sporządzenie dokumentacji projektowej, zachodzi także konieczność wydłużenia terminu na zrealizowanie robót budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Powyższe wynika z faktu, że dopiero opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej pozwala na rozpoczęcie robót budowlanych. W przypadku wydłużenia terminów, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) i b) zgodnie z wnioskami Wykonawcy, a przy pozostawieniu terminu w § 2 ust. 1 lit. c) na dzień 16.12.2025 r. wykonanie robót budowlanych w takim czasie pozostaje nierealne (jest obiektywnie niemożliwe).

W związku z powyższym, konieczne staje się także wydłużenie terminu na wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie na 26 miesięcy od daty zawarcia Umowy, tj. o okres 6 miesięcy dłużej niż wynika z projektu Umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ. Z powyższego okresu, 4 miesiące wynika z wydłużenia czasu opracowania kompletnej Dokumentacji Projektowej. Natomiast dodatkowe 2 miesiące przedłużenia są konieczne także z uwagi na okres roku, w którym realizowana będzie Umowa, tj. przypadnięcie realizacji robót na kolejny okres zimowy. Przy pierwotnych założeniach Zamawiającego i terminie realizacji do dnia 16.12.2025., roboty realizowane byłyby przez jeden okres zimowy. Z uwagi jednak na nierealność założeń w przedmiocie terminu opracowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę, okres realizacji robót budowlanych przypadają będzie przez dwa okresy zimowe. Natomiast realizacja robót budowlanych w okresie zimowym, z przyczyn technologicznych, przebiega wolniej niż poza tym okresem, co skutkuje koniecznością wydłużenia czasu realizacji prac.

Nadto, biorąc pod uwagę możliwość opracowania kompletnej dokumentacji projektowej w przeciągu 11 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, Wykonawcy pozostanie 15 miesięcy na okres realizacji robót i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Z czego na sam proces prób funkcjonalnych, testów i odbiorów z Zamawiającym oraz z organami administracyjnymi po zakończeniu samych robót budowlanych przypada około 3 miesiące. Powyższe powoduje, iż na samą realizację robót budowlanych przypadnie 12 miesięcy, co jest minimalnym wymaganym czasem, w którym możliwe jest zrealizowanie powierzonego zakresu prac, z czego 5 miesięcy przypadnie na realizację konstrukcji obiektu, a 7 miesięcy na realizację prac wykończeniowych.

Podsumowując, terminy ustalone przez Zamawiającego są obiektywnie nierealne i niemożliwe do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego czasookresu niezbędnego do wykonania wymaganego zakresu prac objętych zamówieniem. Wykonawca mając na uwadze ustalenie terminu liczonego od dnia podpisania Umowy, musi mieć na uwadze nie tylko czas technologicznie wymagany na realizację zamówienia, ale także na formalne i proceduralne jego zamknięcie i rozliczenie.

Zamawiający nie może w sposób niczym nieograniczony narzucać reżimu realizacji zamówienia według własnego uznania, zwłaszcza mając świadomość, że wyznaczony przez niego termin będzie niemożliwy lub znacząco utrudniony dla wykonawców i spowoduje po ich stronie negatywne konsekwencje, np. naliczenie kar umownych. 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 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. 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).

Opisywany stan faktyczny, zdaniem Odwołującego, stawia wręcz wykonawców w sytuacji niemożliwości świadczenia. Wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiły się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Odwołujący wskazuje, że ekonomiczną nieracjonalnością byłoby składanie ofert z założeniem "z góry" opóźnień w realizacji etapu projektowania. Ponadto, Odwołujący podnosi, iż również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, fakt narzucenia nierealnych terminów realizacyjnych, niedostosowanych do zakresu i przedmiotu zamówienia, oceniany jest przez pryzmat niemożliwości świadczenia (vide: wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1006/11).

Wszystkie powyższe okoliczności, świadczą zdaniem Odwołującego o zasadności korekty terminu na całkowite zakończenie robót dotyczących przedmiotu umowy, poprzez usunięcie oznaczonych na sztywno dat zakończenia realizacji, a także wskazanie nowych, realnych terminów wykonania zamówienia, w tym terminu końcowego w miesiącach, a nie jako sztywna data kalendarzowa. Wynika to bowiem z tego, jak to już zostało wskazane przez Odwołującego, iż założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – dla wykonania dokumentacji projektowej – 5 miesięcy, oraz wykonania robót budowlanych – na dzień 16.12.2025 r., jest obiektywnie nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założony przez Odwołującego, poparty jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, termin na wykonanie poszczególnych części umowy, uzasadnia przyjęcie terminu minimum 9 miesięcy dla wykonania dokumentacji projektowej potrzebnej do uzyskania wniosku o pozwolenie na budowę, 11 miesięcy dla wykonania pozostałej dokumentacji projektowej – projektów technicznych i

przedmiarów robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz – w konsekwencji – wykonanie całości robót oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w terminie 26 miesięcy od daty podpisania Umowy.

Podkreślenia również wymaga fakt, iż zgodnie z art. 436 pkt. 1 PZP, jednym z obligatoryjnych elementów umowy zawieranej w trybie zamówienia publicznego jest planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Wprowadzenie tej zasady było zapewne podyktowane wolą uniknięcia sytuacji, w których prowadzenie postępowania przetargowego konsumuje termin na realizację zamówienia określonego konkretną datą. Natomiast wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej, sztywnej daty, jak w niniejszym postępowaniu jest wyjątkiem od tej zasady. Możliwe jest tylko w przypadkach uzasadnionych obiektywną przyczyną.

Zamawiający w SWZ wskazał, iż oznaczony przez niego termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy wynika z faktu, że Zamawiający zamierza sfinansować zamówienie ze środków Krajowego Programu Odbudowy i Zwiększania Odporności. Zgodnie z założeniami tego Programu przedsięwzięcie jako całość (wykonanie robót budowlanych, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, wyposażenie obiektu) musi być zrealizowane nie później niż do 31 grudnia 2025 r., natomiast przy założeniu minimalnego czasu przewidzianego na wyposażenie budynku, tj. dwóch tygodni, przedmiotowe zamówienie musi być zakończone najpóźniej do 16 grudnia 2025 r.

Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia sztywnej daty realizacji zamówienia, o ile jest ono uzasadnione obiektywną przyczyną (taką jak przywoływane przez Zamawiającego dofinansowanie ze środków Krajowego Programu Odbudowy i Zwiększania Odporności), jednakże powyższe uprawnienie Zamawiającego do ustalenia sztywnej daty realizacji nie może prowadzić do nakreślenia ram czasowych niemożliwych do spełnienia przez wykonawcę. W takim wypadku cel przyświecający Zamawiającemu (uzyskanie dofinansowania) sprawia, iż naruszone są zasady prowadzenia zamówień publicznych, w tym mających na celu prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny oraz przy zapewnieniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Tym samym Zamawiający nie powinien ignorować faktu, iż założenia postępowania nie tylko powinny koncentrować się na sztywnym określeniu, do kiedy dane prace mają być wykonane, ale również musi brać pod uwagę, ile czasu wykonawca będzie miał efektywnie czasu na ich realizację. Tylko takie określenie ram czasowych (tj. w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach) na wykonanie poszczególnych etapów realizacyjnych pozwala bowiem wykonawcom na uwzględnienie takich zmiennych jak ostateczna data składania ofert, długość procedury przetargowej oraz data podpisania umowy, co w konsekwencji gwarantuje zachowanie porównywalności ofert w ramach postępowania. W przeciwnym przypadku każdy z wykonawców będzie wyceniał ryzyka związane z szacunkami dotyczącymi tego, kiedy ostatecznie zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego na zupełnie dowolnych, spekulacyjnych i nieporównywalnych poziomach. W tej sytuacji żaden z wykonawców nie będzie *de facto* w stanie ocenić realności przyjmowanego na siebie zobowiązania w tym zakresie, a w konsekwencji racjonalnie i rzetelnie skalkulować wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, analiza realności czasu zastrzeżonego przez Zamawiającego dla etapu całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy wskazuje, że terminy zastrzeżone przez Zamawiającego w tym zakresie są nierealne, nieadekwatne do zakresu prac do wykonania w ramach przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji niemożliwe do dotrzymania. Takiego stanu rzeczy nie może uzasadniać żadna obiektywna przyczyna ustalenia sztywnego terminu przez Zamawiającego, w tym próba uzyskania zewnętrznego dofinansowania przez Zamawiającego, jeżeli skutkuje narzuceniem terminu odbiegającego od realnych możliwości realizacji, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniającego wszystkich okoliczności towarzyszących zamówieniu, a co za tym idzie – prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, a także w sposób prowadzący do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego.

Zarzut II i Zarzut III.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 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 KC, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Jest to zasada potwierdzona również przez liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie m.in. z treścią wyroku KIO 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.”*

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. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w swoim 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.”*



Natomiast Zamawiający w załączonych jako Załącznik nr 8 do SWZ projektowanych postanowieniach umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ KC w związku z art. 16 PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP:

W projektowanych postanowieniach Umowy Zamawiający w sposób nadmierny oraz nieproporcjonalny, a także zupełnie niesłużący ochronie Zamawiającego, ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Robi to poprzez ograniczenie możliwości dokonywania rozliczeń z podwykonawcą poprzez potrącenie w § 5 ust. 12 Umowy, a także poprzez zakazanie Wykonawcy ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, tj. w postaci: kaucji, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy w § 5 ust. 15 Umowy.

Po pierwsze należy wskazać, iż wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, ale także może nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), lub 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.). Zamawiający w projektowanych postanowieniach umownych ograniczył jednakże w sposób znaczący dokonywanie rozliczeń pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą poprzez potrącenie, ustalając, iż w takim przypadku obie strony muszą potwierdzić istnienie wierzytelności podlegających potrąceniu i wyrazić zgodę na ich potrącenie. Odwołujący wskazuje, iż ograniczenie możliwości sposobów rozliczania się lub dokonywania płatności poprzez potrącenie stanowi naruszenie przepisów prawa. Wykonawca nie widzi bowiem przeszkód ani wystarczającego uzasadnienia motywowanego interesem Zamawiającego do tego, aby nie mógł rozliczyć się z podwykonawcą poprzez potrącenie zgodnie z postanowieniami dotyczącymi potrącenia zgodnie z art. 498 KC. Ograniczenie zasad dotyczących potrącenia nie tylko nie jest zasadne, ale również nie zabezpiecza Zamawiającego w ramach solidarnej odpowiedzialności, natomiast pozbawia zarówno podwykonawców jak i wykonawców na prawidłowe i dopuszczalne prawem rozliczenie się za wykonane prace. Pełne dopuszczenie zasad dotyczących potrącenia nie naraża Zamawiającego na zapłatę świadczenia nienależnego i w pełni chroni go w świetle solidarnej zapłaty. Przede wszystkim potrącenie tego typu jest również przewidziane w art. 465 ust. 4 PZP, zgodnie z którym Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przy czym w uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, iż PZP nie wyłącza możliwości potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związanych z realizacją umowy podwykonawczej. Wykonawca podkreśla również, 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.

Odwołujący wskazuje również, iż regulacja § 5 ust. 12 wzoru umowy nie mieści się w granicach art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP, zgodnie z którym, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy,

Strona 14 z 16

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Powyższa regulacja ma znaczenie dla ustanowienia obowiązku bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, przy czym w niniejszym pkt. jest mowa wprost o przedstawianiu przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (ust. 1 pkt 4), takich jak np. oświadczenia podwykonawców o zapłacie im należnego, wymagalnego wynagrodzenia. Tym samym wymóg Zamawiającego odnośnie potwierdzenia istnienia wierzytelności podlegających potrąceniu jest za daleko idący i nieproporcjonalny. Nawet w sytuacji ewentualnego sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, i dokonania przez wykonawcę potrącenia, Zamawiającemu przysługują inne instrumenty w przypadku braku dowodów zapłaty na rzecz podwykonawcy, takie jak zatrzymanie wynagrodzenia Wykonawcy, złożenie sumy do depozytu sądowego, itp.

Co więcej, również ograniczenie co do pieniężnych sposobów formy zabezpieczenia należytego wykonania umów o podwykonawstwo w formie pieniężnej nie znajduje żadnego uzasadnienia. Takie zaprojektowanie postanowień umownych pozbawia Wykonawcę 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. Środki potrącone przez wykonawcę na poczet kaucji powoduje, że zamawiający nie odpowiada za zapłatę tych środków, gdyż w wyniku potrącenia doszło do umorzenia wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. 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 Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt V CSK 428/16; a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt V CSK 324/18). Sąd Najwyższy w ww. wyroku 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.

Natomiast Sąd Najwyższy w swoim wyroku z dnia 23 marca 2018 r. (sygn. akt I CSK 349/17) stwierdził, iż: „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.”

Podsumowując wszystkie powyższe rozważania, nieograniczanie możliwości potrącenia umownego czy dopuszczenie form zabezpieczenia pieniężnego, nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi Wykonawcy skuteczne podzlecenie części robót podwykonawcom, zapewniając prawidłowe i terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy. Ograniczenia wprowadzone w tym zakresie przez Zamawiającego, opisane powyżej, naruszają przepisy 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.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozwinięcia dalszej argumentacji jak i przedłożenia dowodów co do każdego z powyższych Zarzutów (nr I, II i III) na rozprawie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
3. Wydruk informacji odpowiadającej pełnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS dla Odwołującego
4. Potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania
5. Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu