



Warszawa, dnia 16.05.2022r.

Zamawiający:

Akademia Marynarki Wojennej
im. Bohaterów Westerplatte
ul. inż. Śmidowicza 69, 81-127 Gdynia
REGON: 190064136
tel.: 261262537
e-mail: przetargi@amw.gdynia.pl
platforma zakupowa: <https://platformazakupowa.pl/>

Osoba do kontaktów:

Beata Adamczak, Anna Parasińska
e-mail: przetargi@amw.gdynia.pl
tel.: +48 261262537

Odwolujący:

PORR S.A. (nr KRS: 0000026184)
ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
tel.: +48 22 266 99 00
e-mail: oferty@porr.pl

Osoba do kontaktów:

Katarzyna Pograbska
tel.: +48 669892309
e-mail: katarzyna.pograbska@porr.pl

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

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku wielofunkcyjnego (dydaktyka, szkolenie, zakwaterowanie, żywienie) z niezbędną infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu” (numer referencyjny: 14/ZP/22)

ODWOLANIE

I. Zakres zaskarżenia.

Działając w imieniu PORR S.A. („Odwolujący”), na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2021.1129 ze zm.; „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

PORR S.A.
Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
T +48 22 266 99 00, F -020
centrala@porr.pl
porr.pl

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 26184, NIP PL 522 10 54 994, REGON 011134083

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu
27.520.000, 00 PLN

- nieprawidłowe ustalenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia kadry technicznej), tj. w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego;
- opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób obciążający wykonawcę obowiązkiem oszacowania i skalkulowania ryzyk, które nie zostały określone w dokumentacji projektowej;
- ukształtowanie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (tj. postanowień projektu umowy) w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku wielofunkcyjnego (dydaktyka, szkolenie, zakwaterowanie, żywienie) z niezbędną infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu” (numer referencyjny: 14/ZP/22).

II. Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ, w tym warunków przyszłej umowy w sposób opisany w pkt III poniżej.

III. Zarzuty i żądania Odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

[Zarzut nr 1]

- 1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp - poprzez ustalenie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań w stosunku do doświadczenia kadry technicznej: (i) Kierownika Budowy, (ii) Kierownika robót branży sanitarnej, (iii) Kierownika robót branży elektrycznej, (iv) Kierownika robót branży teletechnicznej oraz (v) Kierownika robót branży drogowej poprzez wymaganie posiadania: (i) 10-letniego lub 7-letniego (branża teletechniczna i drogowa) doświadczenia zawodowego na ww. stanowiskach; (ii) doświadczenia zawodowego nabytego w sposób ciągły od momentu objęcia funkcji kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru do odbioru końcowego robót; (iii) doświadczenia zawodowego dokładnie odpowiadającego takiej funkcji, którą dana osoba ma sprawować w ramach niniejszego zamówienia; (iv) dwóch inwestycji referencyjnych przez kierownika budowy; (v) posiadania

wylączenie uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przez kierownika robót branży teletechnicznej;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany: (i) pkt III.1.3 ogłoszenia (akapit drugi), (ii) lit. b) w rozdziale 8 SWZ oraz (iii) ppkt 1- ppkt 5 lit. b) w rozdziale 8 SWZ (zdolność techniczna i zawodowa) w następujący sposób:

Pkt III.1.3) akapit drugi ogłoszenia:

„Wykonawca musi dysponować osobami, posiadającymi uprawnienia budowlane i minimum ~~10-0~~ 5-letnie doświadczenie zawodowe - w odniesieniu do branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej - i ~~7-0~~ 3-letnie doświadczenie zawodowe - w odniesieniu do branży ~~teletechnicznej~~ i drogowej - na stanowisku kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru przy budowie budynków ~~z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły od momentu objęcia funkcji kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru do odbioru końcowego robót~~, skierowanymi do realizacji niniejszego zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.”

Lit. b) oraz ppkt 1)-5) lit. b) w rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) SWZ:

„b) Wykonawca musi dysponować osobami, posiadającymi uprawnienia budowlane i minimum ~~10-0~~ 5-letnie doświadczenie zawodowe - w odniesieniu do branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej - i ~~7-0~~ 3-letnie doświadczenie zawodowe - w odniesieniu do branży ~~teletechnicznej~~ i drogowej - na stanowisku kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru przy budowie budynków ~~z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły od momentu objęcia funkcji kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru do odbioru końcowego robót~~ (załącznik nr 7), skierowanymi do realizacji niniejszego zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Za spełnienie tego warunku zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami:

1) jedną osobą odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi, pełniącą funkcję kierownika budowy, która:

b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy/ kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych na budowie ~~co najmniej 2 obiektów~~ jednego obiektu użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego, bądź też budynku wielofunkcyjnego, w tym z funkcją mieszkaniową i/ lub biurową, ~~które uzyskały pozwolenia na użytkowanie, w tym 1 jednego~~ o wysokości min. 25m, o kubaturze nie mniejszej niż

30.000,00 m³, gdzie wartość brutto robót wynosiła co najmniej 30.000.000,00 zł brutto; z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły przez co najmniej 6 miesięcy od momentu objęcia funkcji kierownika budowy do odbioru końcowego robót.

- 2) jedną osobą odpowiedzialną za kierowanie robotami branży sanitarnej, pełniącą funkcję **kierownika robót branży sanitarnej**, która:
 - b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika robót branży sanitarnej na budowie obiektu użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego, bądź też budynku wielofunkcyjnego z funkcją mieszkaniową i/lub biurową o wysokości min. 25m, o kubaturze nie mniejszej niż 30.000,00 m³, gdzie wartość brutto robót wynosiła co najmniej 30.000.000,00 zł brutto i która uzyskała pozwolenie na użytkowanie; z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły przez co najmniej 6 miesięcy od momentu objęcia funkcji kierownika robót do odbioru końcowego robót.
- 3) jedną osobą, odpowiedzialną za kierowanie robotami branży elektrycznej, pełniącą funkcję **kierownika robót branży elektrycznej**, która:
 - b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika robót branży elektrycznej na budowie obiektu użyteczności publicznej, zamieszkania zbiorowego, bądź też budynku wielofunkcyjnego z funkcją mieszkaniową i/lub biurową o wysokości min. 25m, o kubaturze nie mniejszej niż 30.000,00 m³, gdzie wartość brutto robót wynosiła co najmniej 30.000.000,00 zł brutto i która uzyskała pozwolenie na użytkowanie; z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły przez co najmniej 6 miesięcy od momentu objęcia funkcji kierownika robót do odbioru końcowego robót.
- 4) co najmniej jedną osobą, jedną osobą odpowiedzialną za kierowanie robotami branży teletechnicznej, pełniącą funkcję **kierownika robót branży teletechnicznej**, która:
 - b) w okresie ostatnich ~~7~~ 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję **kierownika robót branży elektrycznej lub kierownika robót branży teletechnicznej** na budowie minimum 1 obiektu użyteczności publicznej o wysokości min. 25m, o kubaturze nie mniejszej niż 30 000,00 m³, wraz instalacją nagłośnienia, CCTV, LAN i WiFi, SWiN, KD, SSP, BMS gdzie wartość brutto robót wynosiła co najmniej 30.000.000,00 zł brutto i która uzyskała pozwolenie na użytkowanie; z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły przez co najmniej 3 miesiące od momentu objęcia funkcji kierownika robót do odbioru końcowego robót.
- 5) co najmniej jedną osobą, odpowiedzialną za kierowanie robotami branży drogowej, pełniącą funkcję **kierownika robót branży drogowej**, która:
 - b) w okresie ostatnich ~~7~~ 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika robót branży drogowej na inwestycji budowlanej polegającej na realizacji robót drogowych, w tym przy realizacji co najmniej jednego zamówienia doprowadzonego do odbioru końcowego robót budowlanych polegającego na budowie ulic, placów, parkingów

o powierzchni minimum 2 000,00 m², obejmujące w swoim zakresie drogi p.poż.; z zastrzeżeniem pełnienia ww. obowiązków w sposób ciągły przez co najmniej 3 miesiące od momentu objęcia funkcji kierownika robót do odbioru końcowego robót."

[Zarzut nr 2]

- 2) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 647 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 436 Pzp, art. 433 Pzp, art. 437 Pzp oraz 439 Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób obciążający wykonawcę obowiązkiem oszacowania i skalkulowania wszystkich ryzyk, w tym także okoliczności niedookreślonych w dokumentacji projektowej lub za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

[Zarzut nr 3]

- 3) art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów, tym przepisów Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, tj.:
- § 1 ust. 7 wzoru umowy - poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonywania robót nieprzewidzianych w dokumentacji; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu skreślenia § 1 ust. 7 wzoru umowy;**
 - § 2 ust. 1 wzoru umowy - poprzez ustalenie terminu zakończenia robót budowlanych w sposób naruszający art. 436 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. uzależnienie terminu rozpoczęcia realizacji robót od zdarzenia przyszłego i niepewnego, które pozostaje poza strefą wpływu wykonawcy (terminu wyboru Inwestora Zastępczego); **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 2 ust. 1 wzoru umowy:**
 - „1. Termin wykonania robót budowlanych w zakresie określonym w § 1 ustala się na 32 miesiące licząc od dnia protokolarnego przekazania placu budowy. ~~przy czym Inwestor Zastępczy przy udziale Zamawiającego Protokolarne przekazanie Wykonawcy teren budowy, na którym będą wykonywane roboty budowlane nastąpi w ciągu 14 dni od dnia podpisania niniejszej Umowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku nie rozstrzygnięcia postępowania na Inwestora Zastępczego przekazanie terenu budowy nastąpi w ciągu 14-u dni od dnia zawarcia umowy na inwestora zastępczego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nr..... Dzień ten uznaje się za termin rozpoczęcia robót. Termin, o którym mowa w niniejszym ustępie oznacza planowany termin zakończenia robót budowlanych zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp.~~
 - § 7 ust. 22, ust. 23 i ust. 28 wzoru umowy - poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zatrudniania wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na

podstawie umowy o pracę; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 7 ust. 22, ust. 23 i ust. 28 wzoru umowy:**

- „22. Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz.U.2020, poz. 1320 z późn. zm.): art. 22 § 1 Kodeksu pracy: przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem, przy wykonywaniu następujących czynności/prac [...]. Wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego.”.

- **skreślenie § 7 ust. 23 wzoru umowy;**

- „28. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek dopilnowania, aby Podwykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy przy wykonywaniu następujących czynności/prac [...]. Wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego.”;

- **§ 8 ust. 1 wzoru umowy** - poprzez nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie szkody wynikłe na terenie budowy oraz na terenie na który wykonywane/wykonane roboty oddziałują, po dacie w której Wykonawca utraci pieczę nad terenem budowy; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 8 ust. 1 wzoru umowy:**

- „1. ~~Od daty protokolarnego przejęcia terenu budowy, aż do daty odbioru końcowego zwrotu przez Zamawiającego pierwszej części zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 15 ust. 6 Umowy,~~ Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych za wszelkie szkody wynikłe na terenie przejętym oraz terenie, na który roboty te mogą oddziaływać”.

- **§ 11 ust. 3 oraz § 18 ust.1 pkt 17 wzoru umowy** - poprzez ustalenie wartości rocznych przerobów, których niedotrzymanie może skutkować naliczeniem kary umownej przy jednoczesnym przyznaniu Zamawiającemu prawa do dowolnej zmiany wysokości rocznych przerobów; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 11 ust. 3 oraz § 18 ust.1 pkt 17 wzoru umowy:**

- „3. Zamawiający wprowadza wymagany przerób środków finansowych na realizację przedmiotu zamówienia:

- 2022 r. - 19.054.000,00 zł brutto,

- 2023 r. - 18.938.000,00 zł brutto,



- 2024 r. - 29.710.700,00 zł brutto,

- 2025 r. - 18.137.900,00 zł brutto.

Przerób ten może ulec zmianie w związku ze zwiększeniem lub zmniejszeniem dotacji celowej MON na przedmiotową inwestycję w poszczególnych latach jej realizacji. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót w wymaganych kwotach, również jeżeli nastąpi zmiana wymaganego przerobu. Za niewykonanie wymaganego przerobu, Zamawiający może naliczyć kary umowne określone w § 18 ust. 1 pkt 17 Umowy.”;

- skreślenie § 18 ust.1 pkt.17;
- §11 ust. 6-14 wzoru umowy - poprzez ustalenie zasad waloryzacji, które nie zapewniają odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych, nie sprzyjają sprawnej realizacji inwestycji oraz całkowicie pomijają aktualną sytuację rynkową; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia §11 ust. 6 oraz skreślenie ust. 7-17 wzoru umowy:**

„6. Kwoty płatne Wykonawcy tytułem Wynagrodzenia będą waloryzowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszym postanowieniem, przy czym:

- a) *Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o kwartalne wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej (zwany dalej „Wskaźnikiem” lub „Wskaźnikami”) publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS”) i będzie wyliczana jako suma Wskaźników za cały okres rozpoczynający się od kwartału kalendarzowego przypadającego na dzień upływu terminu składania ofert (kwartał bazowy) do kwartału, w którym została wykonana dana część Przedmiotu Kontraktu podlegająca rozliczeniu. W przypadku, gdyby Wskaźnik przestał być dostępny, zastosowanie znajdzie inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS.*
- b) *Kwoty płatne Wykonawcy tytułem Wynagrodzenia będą waloryzowane nie rzadziej niż raz na kwartał, przez cały okres realizacji Przedmiotu Kontraktu, począwszy od okresu rozliczeniowego, za który Wykonawca wystawił pierwszą fakturę VAT za wykonaną część Przedmiotu Kontraktu.*
- c) *Ze względu na fakt, iż publikacja Wskaźnika odbywa się z opóźnieniem, waloryzacja za okresy rozliczeniowe przypadające na dany kwartał zostanie wyliczona, gdy Prezes GUS ogłosi Wskaźnik dla kwartału obejmującego dane okresy rozliczeniowe. Wykonawca obliczy wartości zwaloryzowanych kwot za wykonaną część Przedmiotu Kontraktu w danym kwartale i uwzględni je w fakturze VAT za najbliższy okres rozliczeniowy przypadający po publikacji Wskaźnika dla danego kwartału, wyszczególniając wartość waloryzacji jako odrębną pozycję w tabeli rozliczeniowej.*
- d) *W sytuacji wystawienia faktur VAT za okresy rozliczeniowe, które nie będą objęte pełnym kwartalem, wynagrodzenie za te okresy zostanie zwaloryzowane przy zastosowaniu Wskaźnika obowiązującego w kwartale, na który przypadają dane okresy rozliczeniowe. Waloryzacja faktury końcowej nastąpi po opublikowaniu Wskaźnika dla kwartału obejmującego okres*



wystawienia faktury końcowej i wówczas Wykonawca wystawi fakturę korygującą uwzględniającą wartość waloryzacji.

Waloryzacja Wynagrodzenia na podstawie niniejszego postanowienia będzie następować automatycznie, bez potrzeby zmiany Umowy, do kwoty 15% wartości Wynagrodzenia ustalonej w dniu zawarcia Kontraktu. Waloryzacja tej wartości wykraczająca poza ten zakres będzie wymagała aneksu do Umowy.”.

- §12 ust. 2 wzoru umowy - poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku finansowania realizacji inwestycji w pierwszym kwartale każdego roku realizacji; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia §12 ust. 2 wzoru umowy:**

„2. Poszczególne części wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 powyżej, płatne będą po wykonaniu części Umowy wg harmonogramu rzeczowo - finansowego stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Wykonawcę faktur, z zastrzeżeniem iż pierwsza faktura w każdym roku kalendarzowym trwania Umowy może być wystawiona nie wcześniej niż w pierwszym miesiącu drugiego kwartału tego roku. Warunek, o którym mowa w zdaniu 1 może ulec zmianie, o czym Zamawiający poinformuje niezwłocznie Wykonawcę.”

- §12 ust. 10 wzoru umowy - poprzez określenie limitu fakturowania w trakcie realizacji inwestycji (do dnia odbioru końcowego) na poziomie do 80% wynagrodzenia umownego brutto; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 12 ust. 10 wzoru umowy:**

„10. Do dnia odbioru końcowego przedmiotu Umowy, suma kwot brutto z faktur, o których mowa w ust. 2, nie może przekroczyć 80-90 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 niniejszej Umowy.”;

- § 14 ust. 10 pkt 3, § 14 ust. 11 oraz § 15 ust. 6 wzoru umowy - poprzez ustalenie bezusterkowych odbiorów, co powoduje że nawet w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający może odmówić odbioru oraz uzależnienie zwrotu zabezpieczenia od bezusterkowego protokołu odbioru końcowego; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 14 ust. 10 pkt 3, § 14 ust. 11 oraz § 15 ust. 6 wzoru umowy:**

- „3) w dniu zakończenia czynności odbioru robót, ustalonym przez Strony jako termin odbioru końcowego, sporządzony zostanie protokół odbioru końcowego robót, który ~~Może on zostać~~ **spisany jako bezusterkowy lub** może zawierać listę usterek i wad oraz termin ich usunięcia.

- „11. W przypadku stwierdzenia przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w trakcie czynności odbiorowych, iż zgłoszony do odbioru końcowego przedmiot posiada wady lub usterki, to:

- 1) w przypadku stwierdzenia **istotnych** wad lub usterek, które nie nadają się do usunięcia, a uniemożliwiają lub utrudniają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z zakładanym celem, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może odmówić odbioru. W tym przypadku



Zamawiający ma prawo wedle własnego wyboru, odstąpić od Umowy w terminie 14 dni od dnia zakończenia czynności odbiorowych lub zażądać wykonania przedmiotu Umowy ponownie,

- 2) w przypadku stwierdzenia **nieistotnych** wad lub usterek, które nie nadają się do usunięcia, jednakże nie uniemożliwiają ani nie utrudniają użytkowania przedmiotu Umowy zgodnie z zakładanym celem, ~~Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może dokonać odbioru. W tym przypadku Zamawiający ma prawo do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, a w przypadku wad lub usterek, które nadają się do usunięcia, a uniemożliwiają lub utrudniają użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z zakładanym celem, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może odmówić odbioru i wyznaczyć Wykonawcy odpowiedni termin na ich usunięcie. W przypadku nieusunięcia wad lub usterek w wyznaczonym terminie, Zamawiający ma prawo odstąpienia od Umowy w terminie 14 dni od zakończenia czynności odbiorowych,~~
 - 3) w przypadku wad lub usterek, które nadają się do usunięcia, a nie uniemożliwiają ani nie utrudniają użytkowania przedmiotu Umowy zgodnie z zakładanym celem, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego ~~może, wedle własnego wyboru, odmówić~~ dokonuje odbioru i ~~wyznaczać~~ wyznacza odpowiedni termin na ich usunięcie,
 - 4) ~~wyznaczenie terminu na usunięcie wad i usterek nie stanowi zmiany terminu wykonania Umowy, w tym nie wyłącza odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy,~~
 - 5) ~~Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego o usunięciu wad i w takim wypadku może zażądać wyznaczenia terminu na odbiór zakwestionowanych uprzednio robót jako wadliwych. Należyte usunięcie wad i usterek zostanie potwierdzone stosownym protokołem odbioru.~~
- „6. Zamawiający zwróci Wykonawcy 70 % zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i przyjęcia przedmiotu Umowy przez Zamawiającego jako należycie wykonanego **bezusterkowym** protokołem odbioru końcowego, o którym mowa w § 14 ust. 10 pkt 3), ~~bądź w przypadku stwierdzenia wad i usterek protokołem, o którym mowa w § 14 ust. 11 pkt 5).~~ Zwolnienie 30 % zabezpieczenia nastąpi nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi i gwarancji, o którym mowa w § 16 ust. 1 Umowy na uprzedni pisemny wniosek Wykonawcy”.
 - §16 ust. 8 wzoru umowy - poprzez ustalenie zbyt krótkiego nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego oraz zasadami świadczenia tego typu usług czasu reakcji serwisu; Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 16 ust. 8 wzoru umowy:
 „8. Czas reakcji serwisu na zgłoszone uszkodzenie nie przekroczy **24 godzin 3 dni roboczych** od momentu pisemnego zgłoszenia (także za pomocą faksu). Za reakcję serwisu rozumie się zdiagnozowanie awarii urządzenia”.

- §17 ust. 4 wzoru umowy - poprzez rozszerzenie uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi i gwarancji oraz zmianę terminów przedawnienia roszczeń z rękojmi za wady i gwarancji jakości udzielonych przez Wykonawcę; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu skreślenia § 17 ust. 4 wzoru umowy;**
- § 18 ust. 3 wzoru umowy - poprzez zastrzeżenie bardzo wysokiego limitu kar umownych, tj. w wysokości 40% wynagrodzenia brutto; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 18 ust. 3 wzoru umowy:**
 „3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których dochodzić może każda ze Stron wynosi 40 20 % wynagrodzenia brutto”.
- § 18 ust. 4 wzoru umowy- poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego możliwości zaspokajania kar umownych z bieżących należności wykonawcy co pozostaje w sprzeczności z § 18 ust.11 wzoru umowy i art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U.2021 r., poz. 2095 z późn.zm.); **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu skreślenia §18 ust. 4 wzoru umowy;**
- § 19 ust.1 pkt 8) i 9) wzoru umowy - poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do odstąpienia, które nie znajduje odzwierciedlenia w obowiązkach Wykonawcy przewidzianych w Umowie (pkt 8) lub umożliwia odstąpienie od umowy z powodu stwierdzenia wad nieistotnych w trakcie odbioru (pkt 9); **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu skreślenia §19 ust. 1 pkt 8) i pkt 9) wzoru umowy;**
- § 20 ust. 14 wzoru umowy - poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa korzystania ze wszystkich praw nabytych przez Wykonawcę w stosunku do podwykonawców, a więc uprawnienia, które nie ma żadnego odniesienia normatywnego, co powoduje, że zakres tego uprawnienia Zamawiającego jest niedookreślony oraz umożliwia Zamawiającemu bezpośrednią ingerencję w stosunek umowny pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następującego brzmienia § 20 ust. 14 wzoru umowy:**
 „14. Z zastrzeżeniem art. 647 § 5 Kodeksu Cywilnego - Zamawiający nie jest związany stosunkami zobowiązanymi z Podwykonawcami, ~~ale może skorzystać ze wszystkich praw nabytych w stosunku do nich przez Wykonawcę~~. Wykonawca będzie pozostawał w pełni odpowiedzialny w stosunku do Zamawiającego za zleczone do podwykonania części robót”.

[Zarzut nr 4]

- 4) art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku podania w oświadczeniach dotyczących osób (załączniki nr 8-12) daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie inwestycji; **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu skreślenia w załącznikach nr 8-12 do SWZ wyrażenia „Data uzyskania pozwolenia na użytkowanie**

[...] dzień/miesiąc/rok” oraz wprowadzenie zmian uwzględniających modyfikację warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w Zarzucie nr 1;

[Zarzut nr 5]

- 5) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.
- IV. **Termin publikacji ogłoszenia.** Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 6.05.2022r. pod nr 2022/S 089-238516. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zachowany.
- V. Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.
3. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego (wyrok KIO z 7.04.2016 r., KIO 443/16).
4. Ponadto sposób ukształtowania postanowień SWZ przez Zamawiającego będzie przyczyną złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert (z uwagi na ustalone przez Zamawiającego warunki przyszłej umowy). W konsekwencji jako najkorzystniejsza może nie zostać wybrana oferta nie spełniająca wszystkich wymagań SWZ i nierzetelnie skalkulowana.
5. *„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.” (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., KIO 2036/10).

6. Odwołujący wnosząc niniejsze odwołanie czyni zadość wymogowi zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 1 k.c. również w odniesieniu do zamówień publicznych (wyrok SN z dnia 5.06.2014r.; IV CSK 626/13).

II. Stan faktyczny.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w formule „buduj” zadania inwestycyjnego pn. „Budowa budynku wielofunkcyjnego (dydaktyka, szkolenie, zakwaterowanie, żywienie) z niezbędną infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu” na terenie Akademii Marynarki Wojennej im Bohaterów Westerplatte w Gdyni.
2. Inwestycja polega na budowie budynku wielofunkcyjnego wysokości 49,45 m (budynek wysoki) ze stacją transformatorową oraz pełną infrastrukturą techniczną, tj. centrum szkoleniowo-konferencyjnego połączonego z domem zakwaterowania studentów i miejscem zakwaterowania osób odbywających szkolenia wraz z pełną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu.
3. Charakterystyczne parametry budynku:

Powierzchnia zabudowy	1166,0 m ²
Powierzchnia całkowita	12670,0 m ²
Powierzchnia użytkowa	9.757,07 m ²
Kubatura	48.099,00 m ³
Liczba pięter	12

III. Uzasadnienie zarzutów.

[ZARZUT NR 1. Warunki udziału dot. kluczowej kadry; rozdział 8 ust. 1 pkt 4) SWZ oraz w pkt III.1.3) ogłoszenia]

1. Zamawiający w rozdziale 8 ust. 1 pkt 4 SWZ oraz w pkt III.1.3. ogłoszenia, ustalił warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczące doświadczenia kluczowej kadry w sposób nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie niespójny i nieweryfikowalny. Wymagania te nie są również uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.
2. Konfiguracja wymagań mających na celu weryfikację doświadczenia zawodowego zgłoszonej kadry wyłącza z niniejszego postępowania udział dużej liczby wykonawców działających na polskim rynku budowlanym, z uwagi na brak kadry posiadającej doświadczenie na poziomie ustalonym przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga bowiem dysponowania osobami posiadającymi co najmniej 15-20 lat doświadczenia zawodowego od dnia uzyskania uprawnień budowlanych.
3. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest postawienie minimalnych (z uwzględnieniem sytuacji rynkowej) warunków dotyczących doświadczenia, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy i osób skierowanych do realizacji zamówienia, które jednocześnie umożliwią realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (wyrok KIO z dnia 20.01.2017r., sygn.akt: KIO 8/17).
4. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga dysponowania osobami na stanowiska: (i) Kierownika Budowy, (ii) Kierownika robót branży elektrycznej oraz (iii) Kierownika robót branży sanitarnej posiadającym 10-letnie doświadczenie jako kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru, a także (iv) Kierownika robót branży teletechnicznej oraz (v) Kierownika robót branży drogowej o 7-letnim doświadczeniu jako kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru (rozdział 8 ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZ). Okres doświadczenia zawodowego nie jest obliczany od dnia uzyskania uprawnień zawodowych, ale polega na zsumowaniu okresów pełnienia ww. funkcji.
5. Jednocześnie Zamawiający zmienia powyższe zasady w ppkt 1)-5) (rozdział 8 ust. 1 pkt 4 SWZ). Zamawiający wymaga bowiem, aby osoby wskazane na poszczególne stanowiska legitymowały się wyłącznie doświadczeniem nabytym na takim samym stanowisku, na które zostaną skierowane w ramach niniejszego zamówienia, np. kierownik budowy może wykazać jedynie doświadczenie zdobyte jako kierownik budowy inwestycji referencyjnej. Analogicznie kierownicy poszczególnych branż nie mogą posłużyć się doświadczeniem nabytym jako kierownik budowy czy inspektor nadzoru przy realizacji inwestycji referencyjnej.
6. Powyższe wymagania są zatem ze sobą sprzeczne, a jednocześnie nadmierne i nieuzasadnione oraz nie uwzględniają zasad prowadzenia robót budowlanych wynikających z przepisów Prawa budowlanego oraz realiów rynku.
7. Jednocześnie należy wskazać, że brak jest podstaw do wymagania posiadania 10-letniego lub 7-letniego ogólnego doświadczenia zawodowego kadry technicznej. Wymaganie to jest nadmierne i nie uwzględnia okresów realizacji inwestycji kubaturowych. Obiekty kubaturowe realizowane są bowiem

z reguły przez okres średnio 1,5 - 2,5 roku. W związku z tym w posiadanie 5-letniego stażu zawodowego oznacza z reguły, że dana osoba uczestniczyła co najmniej przy realizacji dwóch dużych inwestycji kubaturowych.

8. Natomiast w przypadku kierownika robót branży teletechnicznej, z uwagi na fakt, że roboty teletechniczne stanowią mały zakres inwestycji oraz nawet w przypadku dużych inwestycji trwają kilka miesięcy (średnio 3 miesiące), nie jest możliwe wykazanie 7-letniego doświadczenia zawodowego rozumianego ściśle jako pełnienie funkcji od objęcia stanowiska do odbioru końcowego robót. Tego typu roboty wykonywane są i zgłaszane do dziennika budowy w ściśle określonym momencie realizacji i krótkim przedziale czasowym. W konsekwencji w przypadku takich osób dublują się okresy realizacji poszczególnych inwestycji, ponieważ osoba pełniąca funkcję kierownika robót branży teletechnicznej przebywa na danym placu budowy jedynie kilka miesięcy. Natomiast Zamawiający wyłączył możliwość posłużenia się takim doświadczeniem.
9. Ponadto w przypadku kierownika robót branży teletechnicznej należy również zakwestionować ograniczenie specjalności budowlanej, którą może legitymować się osoba wskazana na to stanowisko. Należy bowiem zauważyć, że nie są wydawane uprawnienia budowlane w specjalnościach systemu teletechniczne. Natomiast uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej wydawane są w zakresie sieci, instalacji i urządzeń (art. 15a Prawa budowlanego, który wszedł w życie 30.04.2019r.):
 - a) telekomunikacyjnych,
 - b) cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
 - c) elektrycznych i elektroenergetycznych.
10. Przepis art. 15a Prawa budowlanego, który wszedł w życie 30.04.2019r., w odmienny sposób od dotychczasowych regulacji (rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006r.) określa zakresy uprawnień o których mowa w pkt 3 lit a) i lit c) powyżej. Ponadto również zgodnie z opisami zawartymi w art. 15a Prawa budowlanego zakresy specjalizacji nie są oczywiste.
11. W związku z tym w praktyce budowlanej często osoby posiadające uprawnienia budowlane w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (nabyte na podstawie „starych” przepisów) nadzorują roboty teletechniczne i dokonują wpisów w tym zakresie do dziennika budowy. Ograniczenie zatem uprawnień budowlanych do specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych jest nieuzasadnione.
12. Ponadto sposób sformułowania powyższych warunków udziału narusza zasadę przejrzystości postępowania, co w konsekwencji może spowodować nierówne traktowanie poszczególnych wykonawców poprzez całkowicie dowolną ocenę przez Zamawiającego. Zamawiający nie zdefiniował bowiem pojęć użytych do opisu warunku.
13. Wyrażenie „w sposób ciągły od momentu objęcia funkcji” jest nieostre i może równie dobrze oznaczać obowiązek pełnienia funkcji od pierwszego dnia realizacji inwestycji, jak i od dowolnego dnia wpisu do dziennika budowy w trakcie realizacji inwestycji. W konsekwencji możliwe jest przyjęcie, że osoba, która objęła funkcję kierownika budowy jeden miesiąc czy dzień przed odbiorem końcowym

spełnia tak opisany warunek udziału. Brak bowiem obiektywnego miernika w odniesieniu, do którego badane będzie spełnienie tego warunku. Tak postawiony warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie weryfikuje zatem doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na dane stanowisko.

14. W sposób równie niezrozumiały i wewnętrznie sprzeczny został również opisany w dokumentacji przetargowej końcowy termin pełnienia funkcji, którym w myśl pkt 1-5 SWZ jest „odbior końcowy robót”, co z reguły oznacza sporządzenie protokołu odbioru końcowego/Świadectwa przejęcia. Natomiast zgodnie z postanowieniami zawartymi jednocześnie w pkt 1)-5) oraz załącznikach nr 8-12 wydaje się to być „termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie”.
15. W konsekwencji trudno odkodować w treści ww. warunków udziału, jaki był zamiar Zamawiającego w trakcie jego ustalania. Nie został on bowiem w sposób jasny i precyzyjny wyrażony. Natomiast literalna wykładania warunku prowadzi do interpretacji najprawdopodobniej sprzecznych z intencjami Zamawiającego. Jednocześnie taki sposób sformułowania warunków udziału będzie przyczyną licznych sporów uczestników postępowania pomiędzy sobą oraz z Zamawiającym, co w istotny sposób przyczyni się do wydłużenia postępowania przetargowego.
16. Z uwagi na powyższe ustalenie powyższych limitów czasowych (zarówno ogólnego doświadczenia zawodowego, jak i okresu uczestnictwa w realizacji inwestycji referencyjnej) są warunkami nadmiarowymi i zbędnymi. Zamawiający wymaga bowiem w celu spełnienia tych warunków udziału dysponowania kadrą posiadającą doświadczenie zawodowe na poziomie co najmniej 15-20 lat od dnia uzyskania uprawnień budowlanych.
17. Na rynku budowlanym niewiele osób posiada zatem doświadczenie zawodowe określone w SWZ. Ustalone przez Zamawiającego limity czasowe ograniczają liczbę tych osób, a w konsekwencji wykluczają z postępowania doświadczonych wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.
18. Ponadto nie jest uzasadnione żądanie od kierownika budowy doświadczenia w realizacji dwóch inwestycji referencyjnych, w sytuacji gdy wszyscy pozostali członkowie kluczowego personelu technicznego wykazują doświadczenie w realizacji jednej inwestycji. W sytuacji bowiem gdy Zamawiający wymaga od pozostałych osób doświadczenia zawodowego obejmującego budowę jednej inwestycji referencyjnej, nie ma obiektywnych podstaw do różnicowania w tym zakresie doświadczenia wymaganego od kierownika budowy. Warunek jest zatem nadmierny i nie mający uzasadnienia w specyfice inwestycji.
19. Z tych względów uzasadniona jest zmiana ww. warunków udziału poprzez obniżenie do 5 lat ogólnego doświadczenia zawodowego kluczowej kadry oraz wprowadzenie pozostałych zmian postulowanych przez Odwołującego.

[ZARZUT NR 2 i NR 3. Uzasadnienie wspólne dot. opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy]

1. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie



zamówienia publicznego. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

2. „Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać” (wyrok KIO z 28 stycznia 2019r.; sygn.akt: KIO 26/19).
3. W konsekwencji postanowienia umowy sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiający) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawca). „Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)” (wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r., sygn.akt: KIO 2163/17).
4. Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. „Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego. (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2021r.; sygn.akt: KIO 3512/20).
5. Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
6. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
7. „To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 30 października 2017r.; sygn.akt: KIO 2163/17).
9. Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.



10. W dalszej części odwołania omówiono łącznie zarzuty dot. wadliwości opisu przedmiotu zamówienia oraz nieprawidłowego ukształtowania warunków przyszłej umowy w odniesieniu do poszczególnych postanowień wzoru umowy.

[§ 1 ust. 7 wzoru umowy]

1. W myśl § 1 ust. 7 wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do wykonania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego robót nieprzewidzianych wprost w dokumentacji przetargowej.
2. Wskazane postanowienie umowne przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość i kompletność dokumentacji projektowej, która zawiera opis przedmiotu zamówienia. Jest to nieuzasadnione z uwagi na fakt, że niniejsze zamówienie realizowane jest w formule „buduj” w procedurze zamówień publicznych oraz wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie inwestycji.
3. Zgodnie z art.103 ust 1 Pzp, zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.
4. W pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) jednoznacznie wskazano, że szczegółowy zakres prac został określony w dokumentacji projektowo-kosztorysowej, tj. projekcie budowlanym, branżowych projektach wykonawczych, STWiOR i pomocniczo w przedmiarach, a także umowie. Dokumentacja projektowa niniejszego zamówienia została zatem opracowana przez Zamawiającego, na nim spoczywa więc odpowiedzialność za jej prawidłowość i kompletność.
5. *„Rola Zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W tym zakresie istotne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane w formule „buduj” szczególne znaczenie ma w tym zakresie dokumentacja projektowa przekazywana przez zamawiającego wykonawcy. Zgodnie, bowiem z art. 31 ust. 1 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Skoro to nie wykonawca jest autorem tej dokumentacji, to należy zgodzić się, ze stanowiskiem, że spoczywa na nim obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z teren budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości, jednakże chodzi w takim przypadku o takie kwestie, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności. Nie oznacza to obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia wszelkich błędów lub też badania terenu budowy w sposób wykraczający poza obowiązek wykonawcy robót. W związku z tym wykonawca robót budowlanych nie powinien być obciążany odpowiedzialnością za wszelkie ryzyka związane z ewentualnymi błędami, brakami dokumentacji technicznej lub terenu, lecz jedynie za takie, jakie które jako profesjonalista jest w stanie wykryć przy zachowaniu należytej staranności” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019r.; sygn.akt: KIO 2017/19).*



6. Zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane inwestor zobowiązuje się m.in. do przekazania projektu. W sytuacji zatem, w której powinność przygotowania projektu nie została przeniesiona na wykonawcę, inwestor powinien dostarczyć projekt budowlany w rozumieniu art. 34 Prawa budowlanego lub innego rodzaju dokumentację wymaganą przez właściwe przepisy do wykonania powierzonych prac.
7. *„Ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia obciąża zamawiającego, który nie może go przerzucić na wykonawcę, co oznacza, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 grudnia 2019r., sygn.akt: VII AGa 215/19).
8. W związku z tym należy zauważyć, że następstwem kwestionowanego postanowienia umowy (opisu przedmiotu zamówienia) będzie brak możliwości zlecenia robót dodatkowych, ponieważ na podstawie ww. postanowień wszelkie możliwe roboty objęte są przedmiotem zamówienia. Zaskarżone postanowienia umowy powodują, że prace związane z wykonaniem inwestycji, które nie były w ogóle objęte zamówieniem (np. braki ilościowe w dokumentacji; nieuwzględnione warunki panujące na Placu Budowy), są objęte wynagrodzeniem ryczałtowym.
9. Natomiast konieczność wykonania robót niewskazanych wprost w umowie nie mieści się w ramach ryzyka kontraktowego również w przypadku umowy, w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. W związku z tym brak podstaw do żądania od wykonawcy, jako profesjonalisty, obowiązku skalkulowania prac niewynikających z umowy i z dokumentów stanowiących jej integralną część.
10. *„Przy tak daleko idącym zakresie dopuszczalnego ryzyka wykonawcy przy zawieraniu umów o roboty budowlane, w skrajnych wypadkach możliwe byłoby wystąpienie zbyt daleko idącej dysproporcji między tym, co strony uwzględniły w chwili zawierania umowy, a tym, co ostatecznie osiągnęły w wyniku wykonania przedmiotu umowy. Jakkolwiek proces budowlany ma charakter dynamiczny, a zakres robót może się zmieniać w zależności od potrzeb, to jednak nie można podzielić poglądu, że ryzyko, które wpisane jest w wykonywanie prac za wynagrodzeniem ryczałtowym, pozbawia strony możliwości zgłaszania zarzutów w odniesieniu do zmiany zakresu planowanych prac, które wykraczają poza ustalony w umowie zakres inwestycji”* (Sąd Apelacyjny w Białymstoku z 28 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 56/19).
11. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2010 r. (sygn.akt: KIO/UZP 184/10): *„bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. (...) wykonawca na etapie realizacji umowy*

nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty. (...) Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert.”

12. W związku z tym roboty i usługi nieujęte w dokumentacji projektowej nie powinny być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Nie można bowiem obarczać wykonawcy odpowiedzialnością za nieprawidłowy czy niepełny opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej opracowanej na jego zlecenie.
13. Należy przy tym podkreślić, że obowiązkiem Zamawiającego jest opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (art. 99 Pzp). Jedynie w takim w takim przypadku wykonawca jest w stanie prawidłowo skalkulować ofertę odpowiadającą oczekiwaniom Zamawiającego. Jednak wymagania te muszą zostać wyartykułowane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. *„Wobec tego, kształtowanie treści przyszłej umowy w sposób, który nie jest ani wyczerpujący, ani jednoznaczny, godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie PZP, a przez to przekracza zarówno ograniczenie z art. 353¹ k.c. dotyczące właściwość zobowiązania, jak i drugą z nich - przepisy prawa. Ostatnia z powyższych okoliczności może prowadzić również do naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 58 § 1 i 2 k.c, (przepisy prawa; zasady współżycia społecznego), a w konsekwencji powodować bezwzględną nieważność czynności prawnej”* (wyrok KIO z dnia 12 października 2018r.; sygn.akt: KIO 1951/18).

[§ 2 ust. 1 wzoru umowy]

1. W § 2 ust. 1 wzoru umowy w sposób naruszający art. 436 ust. 1 pkt 1 Pzp ustalono terminy realizacji robót budowlanych. Termin zakończenia robót została wprawdzie formalnie wskazany, tj. 32 miesiące od dnia przekazania placu budowy.
2. Jednak z uwagi na fakt, że z dalszej części ww. postanowienia nie wynika, w jakim terminie zostanie przekazany plac budowy, nie został w rzeczywistości określony ani początkowy ani końcowy termin realizacji inwestycji. Termin rozpoczęcia realizacji robót uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, które pozostaje poza strefą wpływu wykonawców, tj. terminu wyboru Inwestora Zastępczego.
3. Powyższe uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty oraz przyczyni się do złożenia nieporównywalnych ofert w postępowaniu. Poszczególni wykonawcy w różny sposób mogą bowiem założyć rzeczywisty okres realizacji inwestycji i skalkulować związane z tym koszty.
4. Natomiast celem wprowadzenia art. 436 ust. 1 pkt 1 Pzp było „zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw



spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczać pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, str. 1154)

[§ 7 ust. 22, ust. 23 i ust. 28 wzoru umowy]

1. Zamawiający w § 7 ust. 22, ust. 23 i ust. 28 wzoru umowy nałożył na wykonawcę obowiązek zatrudniania wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę, w tym osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.
2. Brak uzasadnienia do wprowadzania ww. wymagania, które nie znajduje oparcia w przepisach kodeksu pracy (art. 22 k.p.), zasadach zatrudniania wyższej kadry technicznej obowiązujących na rynku budowlanym oraz w przyszłości może być przyczyną sporów pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, co do charakteru zatrudnienia osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne.
3. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych **„czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (...), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują”** (Opinia Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp).
3. Osoby pełniące ww. funkcje *de facto* nie wykonują bowiem czynności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia pod kierownictwem pracodawcy, z uwagi na wyspecjalizowany charakter wykonywania określonych czynności (por. wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2017r., sygn.akt: KIO 36/17; wyrok KIO z dnia 14 lipca 2017r., sygn.akt: KIO 1329/17, KIO 1330/17).
4. Ponadto należy zauważyć, że art. 95 Pzp wymaga od Zamawiającego zamieszczenia w dokumentach zamówienia wykazu czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, które mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Zamawiający zobowiązany jest zatem do przeprowadzenia analizy czynności, które będą wykonywane podczas realizacji inwestycji, a następnie wprost i jednoznacznie wskazać je w dokumentach postępowania. Zamawiający nie dopełnił tego wymagania. W związku z tym uzasadniony jest wniosek Odwołującego o doprecyzowanie zapisów umowy w tym zakresie.
5. *„Zgodnie z dyspozycją art. 95 ust. 1 Pzp obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę i jego podwykonawców na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia ma zastosowanie do czynności wskazanych przez zamawiającego, jeśli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. Rodzi to po stronie zamawiającego obowiązek przeanalizowania, czy czynności, które będą wykonywane w ramach*



zamówienia, będą miały charakter stosunku pracy, oraz obowiązek wyspecyfikowania tych czynności, które spełniają ten warunek. Art. 95 ust. 1 Pzp stanowi o czynnościach „wskazanych przez zamawiającego”, co oznacza, iż zamawiający nie może zawrzeć jedynie ogólnej klauzuli zobowiązującej wykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w sposób określony w Kp.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H.Nowaka i M.Winiarza. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, str. 1155).

[§ 8 ust. 1 wzoru umowy]

1. Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikłe na terenie budowy oraz na terenie, na który wykonywane/wykonane roboty oddziałują, po dacie w której Wykonawca utraci pieczę nad terenem budowy, tj. aż do daty zwrotu przez Zamawiającego pierwszej części zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 15 ust. 6 wzoru umowy.
2. Powyższe postanowienie uniemożliwia wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy i przerzuca na wykonawcę ciężar poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których nie mógł wcześniej przewidzieć.

[§ 11 ust. 3 oraz § 18 ust.1 pkt 17 wzoru umowy]

1. W § 11 ust. 3 wzoru umowy zostały ustalone wartości rocznych przerobów, których niedotrzymanie może skutkować naliczeniem kary umownej (18 ust.1 pkt 17 wzoru umowy). Jednocześnie Zamawiającemu przysługuje prawo do dowolnej zmiany wysokości rocznych przerobów.
2. Zasady ustalone w § 11 ust. 3 wzoru umowy uniemożliwiają wykonawcy skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy. Wysokość rocznych przerobów ma bowiem m.in. wpływ na przepływy finansowe, sposób finansowania robót, planowanie przerobu rzeczowego, planowanie zaangażowania sprzętu i kadry.
3. Zamawiający przyznając sobie prawo do dyskrecjonalnej zmiany wielkości rocznych przerobów przerzuca na wykonawcę ciężar poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których wykonawca nie jest w stanie wcześniej przewidzieć ani nie ma na nią żadnego wpływu. Przyznaje także Zamawiającemu możliwość nieuzasadnionej ingerencji w przyjęty harmonogram i chronologię robót, a w konsekwencji ma również istotny wpływ na koszty prowadzenia tej konkretnej inwestycji, a także całego przedsiębiorstwa wykonawcy.
4. Jednocześnie kara umowna przewidziana za niedotrzymanie rocznych przerobów jest w tych okolicznościach spreczna z art. 433 pkt 3 Pzp. Obciąża bowiem odpowiedzialnością wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.
5. „Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących.



Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 marca 1968r., II CR 419/67). Przesłanką powstania zobowiązania do zapłaty kary umownej jest wina dłużnika. Jest to stanowisko powszechnie ugruntowane w orzecznictwie (por. spośród jedynie najnowszego orzecznictwa wyr. SA w Krakowie z 25 czerwca 2015 r., I ACa 453/15, L.; wyr. SA w Warszawie z 19 marca 2015 r., I ACa 160/14, L.) i niekwestionowane w piśmiennictwie (zob. np. P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142). Występuje tu oczywiście konstrukcja winy domniemanej (art. 471 k.c.), co oznacza, że wierzyciel obowiązany jest wykazać naruszenie umowy, natomiast dłużnik musi zaoferować dowody potwierdzające, że naruszenie umowy wynika z przyczyn, za które on odpowiedzialności nie ponosi. Tym bardziej kara umowna nie należy się, jeśli naruszenie zobowiązania wynika z przyczyn, za zaistnienie których odpowiedzialny jest wierzyciel (tak SN w wyr. z 27 września 2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, Nr 6, poz. 67, s. 94), gdyż takie zastrzeżenie byłoby ewidentnie sprzeczne z naturą zobowiązania (art. 353¹ k.c.)” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 25 czerwca 2019r., sygn.akt: I ACa 689/19).

[§ 11 ust. 6-14 wzoru umowy]

1. Warunki waloryzacji sformułowane w § 11 ust. 6-14 wzoru umowy powodują, że klauzula waloryzacyjna jest nieefektywna, pozorna i nie pozwoli na osiągnięcie celów, w jakich została wprowadzona do umowy. Nie jest bowiem instrumentem, który zwiększy konkurencyjności postępowania, nie zapewnia odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych, nie sprzyja sprawnej realizacji inwestycji oraz całkowicie pomija aktualną sytuację rynkową.
2. Przepis art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej:
 - a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia - prawidłowo ustalony poziom takiej zmiany powinien uwzględniać zmianę cen lub kosztów w danej branży, specyfikę zamówienia, a także odzwierciedlać aktualną sytuację rynkową; natomiast Zamawiający ustalił ten próg jako wzrost ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 10 % w stosunku do ceny lub kosztu przyjętych do ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia;
 - b) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia - ustalany jest poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie; w przypadku niniejszej umowy waloryzacja jest możliwa po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy;



- c) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia - miernik waloryzacji powinien być dostosowany do okoliczności rynkowych i rodzaju zamówienia; w niniejszym projekcie umowy m.in. waloryzacja będzie odbywała się w oparciu o wskaźnik cen robót budowlano-montażowych w cyklach 12-miesięcznych;
 - d) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia - metoda ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia powinna zostać określona w sposób optymalnie obiektywny; w projekcie umowy zastosowano odesłanie do rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, w sytuacji gdy wynagrodzenie będzie waloryzowane za pomocą innego wskaźnika, tj. wskaźnika cen robót budowlano-montażowych;
 - e) okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy - ten element klauzuli powinien zapewniać możliwość jej elastycznego i realnego zastosowania; w niniejszym projekcie umowy ustalono częstotliwość waloryzacji - co 12 miesięcy;
 - f) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia - celem tego elementu klauzuli waloryzacyjnej jest ustalenie ekwiwalentności świadczeń stron; w niniejszym projekcie umowy maksymalny limit zmian ustalono na poziomie 3% wynagrodzenia wykonawcy, zastrzegając jednocześnie, że o taką wielkość może również maksymalnie wzrosnąć wynagrodzenie w przypadku jego podwyższenia w oparciu o klauzule adaptacyjne określone w § 11 ust. 13 wzoru umowy (klauzule adaptacyjne odnoszące się do zmiany płacy minimalnej, składek czy zasad podlegania PPK); w związku z tym nawet w sytuacji ziszczenia się przesłanek waloryzacji określonych przez Zamawiającego nie będzie możliwa zamiana wysokości wynagrodzenia w przypadku „skonsumowania” maksymalnego limitu zmiany wynagrodzenia przez pozostałe klauzule waloryzacyjne;
 - g) w niniejszym projekcie umowy przyjęto również zasadę jej aneksowania w celu zmiany wysokości wynagrodzenia ze względu na waloryzację; klauzula nie jest zatem automatyczna.
3. Klauzula waloryzacyjna, w obecnych realiach rynkowych, przewiduje zatem pozorną waloryzację. Nie zapewnia pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania kontraktu. Nie oddaje bowiem rzeczywistych zmian cen towarów i kosztów dokonujących się na rynku. W szczególności maksymalna łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji na poziomie 3% nie jest adekwatna do aktualnej sytuacji na rynku i w żaden sposób nie zabezpiecza interesów wykonawców. Z uwagi na aktualne tempo wzrostu wskaźników GUS budżet Zamawiającego przeznaczony na waloryzację kontraktu może zostać wyczerpany już na początku realizacji inwestycji.
4. W konsekwencji na wykonawcy spoczywa pełne ryzyko zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, co naraża go na straty wynikające z realizacji umowy za wynagrodzeniem, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia robót.
5. Powyższy sposób formułowania klauzuli waloryzacyjnej narusza zasady waloryzacji określone w art. 439 Pzp oraz wynikające z art. 358¹ k.c. i zapadłego w związku z nim orzecznictwa sądowego. Jest wyrazem błędnego, sprzecznego z istotą instytucji waloryzacji, założenia, że podwyższenie wynagrodzenia w tym trybie stanowi dodatkową korzyść wykonawcy.



6. Natomiast w doktrynie i orzecznictwie konsekwentnie podkreśla się, że celem waloryzacji jest przywrócenie realnej wartości umówionego świadczenia. W wyroku z dnia 7 lutego 2013r. (sygn.akt: I ACa 1194/12) Sad Apelacyjny w Poznaniu wskazał m.in. że „wykładnia celowościowa przepisu art. 358¹ § 3 k.c., przemawia za przyjęciem stanowiska, że waloryzacja świadczeń pieniężnych uzupełnia zasadę *pacta sunt servanda*, a także wzmacnia i utwierdza inną związaną z nią regułę, według której dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego oraz zwyczajom - jeżeli są one w tym zakresie ustalone (art. 354 k.c.). Podkreślenia wymaga, że waloryzacja świadczeń przy wszystkich ustawowych przesłankach zmierza do przywrócenia realnej wartości umówionego świadczenia. Stosownie do zasad waloryzacji przedmiotem świadczenia w rzeczywistości jest nie tyle suma jednostek pieniężnych, ile oznaczona wartość ekonomiczna niezmienna w czasie a wyrażona w odpowiedniej sumie jednostek pieniężnych. Suma tych jednostek w zależności od zmiany siły nabywczej pieniądza może ulegać zwwyżce lub obniżeniu na podstawie odpowiedniego przeliczenia uwzględniającego zmiany siły nabywczej pieniądza”.
7. Zaproponowana przez Odwołującego treść klauzuli waloryzacyjnej umożliwia zmianę wysokości wynagrodzenia w sposób adekwatny do sytuacji na rynku i jednocześnie zabezpiecza interesy Zamawiającego, ponieważ umożliwia uniknięcie sytuacji, w której Zamawiający otrzyma zawyżone ceny ofert z uwagi na konieczność zabezpieczenia się przez wykonawców przed wzrostami cen oraz w przyszłości umożliwi uniknięcie przestojów w trakcie realizacji inwestycji czy zaprzestania realizacji przez wykonawcę.

[§12 ust. 2 wzoru umowy]

1. W myśl § 12 ust. 2 wzoru umowy, pierwsza faktura w każdym roku kalendarzowym trwania Umowy może być wystawiona nie wcześniej niż w pierwszym miesiącu drugiego kwartału tego roku. Powyższy zapis nakłada na wykonawcę obowiązek współfinansowania realizacji inwestycji w pierwszym kwartale każdego roku realizacji.
2. Powyższe postanowienie w istotny sposób wpływa na cenę oferty oraz stanowi barierę do udziału w postępowaniu części wykonawców, którzy nie mogą zapewnić finansowania inwestycji na tak wysokim poziomie. Ponadto różnicuje sytuację wykonawców z uwagi na ich cechy podmiotowe, które nie mogą stanowić kryterium wyboru wykonawcy w świetle przepisów Pzp, tj. możliwość czasowego kredytowania Zamawiającego, która uzależniona jest nie tylko od sytuacji ekonomicznej wykonawcy, ale także zasad prowadzenia jego polityki finansowej i dostępu do źródeł finansowania.

[§ 12 ust.10 wzoru umowy]

1. W myśl § 12 ust.10 wzoru umowy, limit fakturowania w trakcie realizacji inwestycji (do dnia odbioru końcowego) wynosi 80% wynagrodzenia wykonawcy.
2. W sytuacji gdy zgodnie z § 18 ust. 11 wzoru umowy, Zamawiający ustalił zasadę bezusterkowych odbiorów, Zamawiający do czasu usunięcia wszelkich wad będzie uprawniony do zatrzymania dużej



części wynagrodzenia wykonawcy. Kwota ta w większości przypadków będzie nieproporcjonalna do wartości stwierdzonych szkód.

3. Będzie zatem stanowiła dodatkowe zabezpieczenie Zamawiającego nie mające umocowania w przepisach Pzp. Na okres realizacji inwestycji w myśl art. 449 i art. 452 ust. 2 Pzp, Zamawiający może bowiem wymagać wyłącznie przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w maksymalnej wysokości 5% ceny całkowitej.
4. W okolicznościach niniejszego postępowania, Zamawiający do czasu odbioru końcowego będzie natomiast dysponował *de facto* zabezpieczeniem w wysokości 25% wynagrodzenia wykonawcy, tj. 5% wynagrodzenia brutto wniesionego jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz 20% wynagrodzenia zatrzymanego na podstawie § 12 ust. 10 wzoru umowy.
5. Ponadto należy wskazać, że powyższy sposób ustalenia przepływów finansowych w trakcie realizacji inwestycji, tj. odroczenie zapłaty faktury końcowej, spowoduje kalkulację ofert przez wykonawców na podwyższonym w stosunku do wartości zamówienia poziomie, w celu zminimalizowania strat spowodowanych zmianą wartości pieniądza w czasie. W konsekwencji zaskarżony zapis wzoru umowy może być przyczyną otrzymania przez Zamawiającego niekorzystnych ekonomicznie ofert.

[§ 14 ust. 10 pkt 3, § 14 ust. 11 oraz § 15 ust. 6 wzoru umowy]

1. Zamawiający w § 14 ust. 10 pkt 3, § 14 ust. 11 oraz § 15 ust. 6 wzoru umowy wprowadził zasadę bezusterkowych odbiorów, co powoduje że nawet w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający może odmówić odbioru inwestycji. Zamawiający uzależnił również zwrot zabezpieczenia od bezusterkowego protokołu odbioru końcowego.
2. Brak uzasadnienia dla przyznawania Zamawiającemu powyższych uprawnień. Odbiór robót budowlanych nie jest bowiem uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. W przypadku ujawnienia nieistotnych i drobnych wad lub usterek, brak podstaw do odmowy odbioru lub ponawiania czynności odbioru, a także odmowy zwolnienia udzielonych zabezpieczeń oraz wstrzymywania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji.
3. *„W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie więc na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2017r., sygn.akt: I ACa 321/17).



4. *„Odbiór robót jest elementem przelomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady. Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000r., sygn.akt: I ACa 1027/99).*
5. *Ponadto należy podkreślić, że „skoro celem zawarcia umowy o roboty budowlane jest wybudowanie określonego w projekcie technicznym budynku, co wiąże się z obowiązkiem Wykonawcy do jego należytego wykonania, z którym związany jest obowiązek Zamawiającego jego odbioru i zapłaty wynagrodzenia, to uznanie, iż taki formalny odbiór będzie mógł mieć miejsce po usunięciu nawet najdrobniejszych usterek, w żaden sposób niewpływających na możliwość z niego korzystania i przesuwania w czasie spisania protokołu końcowego, także np. w sytuacji gdy nastąpiło przejęcie budynku, zawiera się w ograniczeniach swobody umów” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn.akt: KIO 2017/19, KIO 2027/19).*

[§16 ust. 8 wzoru umowy]

1. W § 16 ust. 8 wzoru umowy ustalono bardzo krótki, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz z pominięciem rynkowych zasad świadczenia tego typu usług, czas reakcji serwisu na zgłoszone uszkodzenie.
2. W związku z tym należy wskazać, że postanowienia umowy nie powinny nakładać na wykonawcę obowiązków nierealnych i niemożliwych do spełnienia. Natomiast w większości przypadków nie będzie możliwe dotrzymanie 24-godzinnego czasu reakcji serwisu na zgłoszenie rozumianego przez Zamawiającego jako zdiagnozowanie awarii urządzenia.
3. Ponadto powyższy sposób ustalenia terminów usuwania wad przez wykonawcę nie jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego oraz pomija zasady wykonywania tych usług obowiązujące na rynku w odniesieniu do tego typu inwestycji.
4. Z uwagi na powyższe w pełni uzasadniony jest postulat urealnienia ww. terminu. Zmiana taka umożliwi wykonawcom kalkulację kosztów tego zakresu usług na rynkowym poziomie.

[§ 17 ust. 4 wzoru umowy]



1. W § 17 ust. 4 wzoru umowy nastąpiło rozszerzenie uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi i gwarancji oraz dokonano zmiany terminów przedawnienia roszczeń z rękojmi za wady i gwarancji jakości udzielonych przez wykonawcę.
2. W myśl § 17 ust. 4 wzoru umowy, w sytuacji gdy wykonawca nie zgłosi gotowości do odbioru pogwarancyjnego, Zamawiający uzna, że usterki powstały w okresie rękojmi i gwarancji oraz wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia. Zamawiający w zaskarżonym zapisie umownym nie określił jednak przedziału czasowego, w którym ujawnienie się usterek będzie kwalifikowane w powyższy sposób. W konsekwencji Zamawiający wykreował bezterminową rękojmię i gwarancję.
3. Przepisy Pzp nie ustalają odrębnych zasad udzielania gwarancji lub rękojmi i okresu, na jaki mogą zostać udzielone. Okres rękojmi wynika z przepisów k.c., a okres gwarancji z praktyk rynkowych.
4. Zamawiający może jednak żądać od wykonawcy ponadstandardowych okresów rękojmi i gwarancji. Przedłużenie terminów wynikających z Kodeksu cywilnego jest uprawnieniem stron umowy, wynikającym z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), np. w wyroku z dnia 5 sierpnia 2005 r. (sygn.akt: II CK 28/2005), w którym SN uznał, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć, co oznacza iż strony mogą się umówić co do innego, dłuższego okresu, po którym wygasną uprawnienia z tytułu rękojmi.
5. Nie jest jednak możliwe wydłużenie okresu rękojmi i gwarancji w szczególności w reżimie zamówień publicznych w sposób proponowany przez Zamawiającego, tj. arbitralnie w trakcie biegu tych okresów.
6. Po pierwsze zgodnie z art. 579 § 2 k.c., okres rękojmi w trakcie jego biegu może ulec jedynie zawieszeniu w razie wykonywania przez kupującego uprawnień z gwarancji. Natomiast w razie wymiany rzeczy lub innych czynności reklamacyjnych dokonywanych przez sprzedawcę w ramach rękojmi odpowiedzialność sprzedawcy nie ulega wydłużeniu.
7. Po drugie zgodnie z art. 568 § 1 k.c., sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada nieruchomości - zostanie stwierdzona przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Natomiast w myśl art. 568 § 2 k.c., roszczenie o usunięcie wady lub wymianę rzeczy sprzedanej na wolną od wad przedawnia się z upływem roku, licząc od dnia stwierdzenia wady.
8. Zamawiający natomiast zamierza rozszerzyć odpowiedzialność z tytułu rękojmi gwarancji o wady stwierdzone po upływie tych okresów, dodatkowo stwierdzone w bliżej nieokreślonym przedziale czasowym.
9. Ponadto zaskarżony zapis jest niezgodny z art. 353¹ k.c., który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym w zakresie w jakim wyłącza ułożenie stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Za takie należy natomiast uznać zastrzeżenie bezterminowej rękojmi i gwarancji.
10. Zapis ten jest równocześnie niedozwolony w kontekście wymagań stawianych Zamawiającemu co do opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ nakłada na wykonawcę obowiązek kalkulacji nieprzewidywalnych zdarzeń.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "y dci".

[§ 18 ust. 3 wzoru umowy]

1. W § 18 ust. 3 wzoru umowy zastrzeżono bardzo wysoki i niezmiernie rzadko spotykany w umowach w sprawie zamówienia publicznego limit kar umownych, tj. w wysokości 40% wynagrodzenia.
2. Tak wysoki limit kar umownych narusza zasadę proporcjonalności. Kary umowne muszą zostać uwzględniane przez wykonawcę przy kalkulowaniu ceny oferty, ponieważ stanowią istotne ryzyko kontraktowe. W sytuacji gdy maksymalny limit kar umownych nieproporcjonalnie obciąża jedną stronę umowy (wykonawcę), wykonawca musi wkalkulować je w cenę oferty (co spowoduje otrzymanie przez Zamawiającego zawyżonych cen zamówienia).
3. W myśl art. 436 pkt 3 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do wskazania maksymalnej wysokości kar umownych. Limit powinien uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia i zagrożenia związane z jego realizacją. W doktrynie podkreśla się, że określenie w umowie limitu kar umożliwia przede wszystkim oszacowanie ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, ma zapobiegać naliczaniu rażąco wygórowanych kar umownych oraz ograniczać sytuacje, w których w razie należytego wykonania zamówienia jedynym dostępnym wykonawcy środkiem obrony jest instytucja miarkowania kary umownej zastosowana przez sąd.
4. W związku z tym brak przepisu wyznaczającego ustawowy limit kar umownych, nie oznacza, że Zamawiający może ustalić go na dowolnym poziomie. W wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO: 2574/18) KIO podkreśliła, że *„kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”*.
5. Ponadto w orzecznictwie KIO wskazano m.in. że *„zastrzeżenie limitu kar umownych w wysokości 100 proc. ceny brutto Wzoru Umowy, oznacza jednocześnie, że tego limitu nie ma, gdyż całość wynagrodzenia umownego wykonawcy może zostać skompensowana przez kary umowne”* (wyrok KIO z 18 września 2020r., sygn.akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20). W niniejszym postępowaniu limit kar umownych stanowi prawie połowę wynagrodzenia wykonawcy. W związku z tym również w tym przypadku uzasadnione jest twierdzenie, że limit jest krzywdzący dla wykonawcy.
6. Ponadto z uwagi na tak wysoki limit kar umownych, w wielu przypadkach korzystniejszym rozwiązaniem może być zaprzestanie realizacji inwestycji przez wykonawcę i zapłata na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia z tytułu odstąpienia Zamawiającego od umowy niż dokończenie realizacji i konieczność zapłaty 40% limitu kar umownych.
7. Ustalając limit kar umownych, Zamawiający powinien mieć również na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności (art. 16 Pzp). *„Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający*

powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H.Nowaka i M.Winiarza. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021, str. 1155).

8. Zamawiający w § 18 ust. 1 wzoru umowy przewidział 17 różnych kar umownych, do których zapłaty jest zobowiązany wykonawca. Skorzystanie z katalogu tych kar umożliwi Zamawiającemu nie tylko pokrycie ewentualnej szkody, ale również sfinansowanie znacznej części zamówienia, a tym samym doprowadzi do wzbogacenia Zamawiającego i zachwiania ekwiwalentności świadczeń.
9. Powyższe uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający jest bowiem zobowiązany „zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne” (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 664/17).
10. Utrzymanie dotychczasowego limitu kar umownych prowadzi będzie zatem do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego oraz stanowi przejaw wykorzystania przez Zamawiającego pozycji dominującej organizatora przetargu.
11. Wnioskowany przez Odwołującego 20% limit kar umownych jest standardowym zastrzeżeniem umownym w przypadku umów na roboty budowlane. Należy przy tym zauważyć, że na etapie prac legislacyjnych nad przepisami nowej ustawy Pzp, zakładano obligatoryjne ustalenie maksymalnego limitu kar umownych w umowach w sprawie zamówienia publicznego w wysokości 20% wynagrodzenia umownego netto.

[§ 18 ust. 4 wzoru umowy]

1. W § 18 ust. 4 wzoru umowy przyznano Zamawiającemu możliwości zaspokajania kar umownych z bieżących należności Wykonawcy.
2. Postanowienie to jest sprzeczne z § 18 ust. 11 wzoru umowy i art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U.2021 r., poz. 2095 z późn.zm.).

3. Zgodnie bowiem z art. 15r¹ ust. 1 ww. ustawy, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1 [umowy w sprawie zamówienia publicznego], z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

[§ 19 ust.1 pkt 8) i 9) wzoru umowy]

1. W § 19 ust.1 pkt 8) wzoru umowy przyznano Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w przypadku naruszenia przez wykonawcę obowiązku, do którego przestrzegania nie został zobowiązany w treści umowy, tj. uprzedniego, pisemnego uzgodnienia zmiany podwykonawcy.
2. Natomiast § 19 ust.1 pkt 8) wzoru umowy umożliwia Zamawiającemu odstąpienie od umowy w przypadkach określonych w § 14 ust. 11 pkt 1) i pkt 2) wzoru umowy, tj. również w sytuacji stwierdzenia wad nieistotnych w trakcie odbioru robót.
3. *„Odmowa zapłaty ceny może nastąpić jedynie gdy mamy do czynienia z całkowitym niewykonaniem zobowiązania lub gdy doszło do odstąpienia od umowy. Może to nastąpić, jedynie gdy występuje wada istotna (art. 560 § 4 k.c. w zw. art. 612 k.c.), czyli tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu dostawy, wyłącza normalne jego wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie. Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania, rzutuując na uprawnienie odbiorcy do domagania się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia ceny”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 maja 2020r.; sygn..akt: I AGa 55/20).
4. Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zaskarżonych zapisów określających zasady odstąpienia od umowy. Zaskarżone postanowienia w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują Zamawiającego oraz stanowią zagrożenie dla trwałości stosunku prawnego. W rzeczywistości mogą bowiem posłużyć Zamawiającemu jako pretekst do wycofania się z umowy, jeżeli z jakichś względów Zamawiający uzna ją za niekorzystną lub nie będzie zainteresowany jej kontynuacją. Prawo odstąpienia stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego. W związku z tym jego zastosowanie nie powinno przysługiwać w przypadku nieistotnych naruszeń postanowień umowy przez dłużnika (wykonawcę) lub zależeć jedynie od arbitralnych ocen Zamawiającego.
5. Cechą umowy o zobowiązanie publiczne *„jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki*



odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane” (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.; sygn.akt: KIO 24/14).

[§ 20 ust. 14 wzoru umowy]

1. W § 20 ust. 14 wzoru umowy przyznano Zamawiającemu prawa korzystania ze wszystkich praw nabytych przez Wykonawcę w stosunku do podwykonawców, a więc uprawnienie, które nie ma żadnego odniesienia normatywnego, co powoduje wątpliwości co do intencji i zakresu tego uprawnienia Zamawiającego.
2. Zamawiający, jak sam zastrzega w zaskarżonym postanowieniu umowy, nie jest związany stosunkami zobowiązaniami z podwykonawcami. Jego odpowiedzialność wobec podwykonawców ogranicza się do obowiązku solidarnej zapłaty z wykonawcą (generalnym wykonawcą) wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.
3. Zakres arbitralnych kompetencji Zamawiającego dotyczących warunków umów podwykonawczych, których niespełnienie będzie skutkowało zgłoszeniem przez Zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, określają natomiast przepisy rozdziału 5 działu VII Pzp. W związku z tym brak podstaw normatywnych do kreowania powyższego uprawnienia Zamawiającego.
4. Prawa wynikające z umowy podwykonawczej zawartej przez wykonawcę i podwykonawcę mogą zatem zostać nabyte przez Zamawiającego wyłącznie na podstawie przelewu (cesji). Zaskarżone postanowienie nie przewiduje tego sposobu przejścia uprawnień na Zamawiającego.
5. Natomiast na podstawie obecnego brzmienia zaskarżonego zapisu Zamawiający będzie mógł ingerować w stosunek zobowiązaniowy (umowę podwykonawczą), którego nie jest stroną.

[Zarzut nr 4. Treść załączników]

1. Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wskazania w oświadczeniach dotyczących osób (nr 8-12) daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie inwestycji referencyjnych oraz szeregu informacji będących następstwem nieprawidłowego sformułowania warunków udziału dotyczących doświadczenia kluczowej kadry.
2. Powyższe wymaganie nie znajduje uzasadnienia w § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.
3. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3) ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać, wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych,

uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

4. W myśl ww. przepisu, w przeciwieństwie do wykazu robót budowlanych (§ 9 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia), Zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedłożenia dowodów określających, że roboty budowlane zostały wykonane należycie oraz dokładnego określenia daty i miejsca wykonania robót.
5. W związku z tym obowiązek wskazania dat uzyskania pozwolenia na użytkowanie inwestycji referencyjnych w wykazie osób jest nadmiarowy. Ponadto jest nieuzasadniony z uwagi na treść warunków udziału dotyczących kary technicznej określonych w rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) SWZ.
6. Zgodnie z ww. wymaganiami sumowaniu podlega doświadczenie zdobyte do odbioru końcowego robót. Natomiast zgodnie z umową zawartą z danym inwestorem, sztuką budowlaną (zwyczajem) i przepisami prawa, roboty uważa się za zakończone nie tylko w przypadku uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu.
7. W wielu przypadkach odbiór przez samego inwestora następuje przed uzyskaniem ww. pozwolenia i jest niejako warunkiem jego uzyskania, np. za zakończenie prac uznaje się wydanie świadectwa przejścia przy kontraktach wg FIDIC czy sporządzenie protokołu odbioru końcowego.
8. W związku z tym brak podstaw do rozszerzania informacji zawartych w wykazie osób o datę uzyskania pozwolenia na użytkowanie przez inwestycję referencyjną.

[Zarzut nr 5. Podstawowe zasady udzielania zamówień]

Zakres naruszeń podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych został omówiony w ramach pozostałych zarzutów.

Za PORR S.A.


Anna Jędrzejewska
.....
Prokurent


Andrzej Wach
Prokurent

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;
- aktualny odpis z KRS PORR S.A.