

Warszawa , 27.04.2023 r.

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

Zamawiający:

Zarząd Dróg Miasta Kraków

ul. Centralna 53

31-586 Kraków

Email: sekretariat@zdmk.krakow.pl

Tel.: +48 126167000

Faks: +48 126167417

Odwołujący:

Skanska S.A.

Aleja „Solidarności” 173

00-877 Warszawa

KRS: 0000033102,

NIP: 7780001070,

Tel: +48 502 747 417

e-mail: oferty.krakowbi@skanska.pl; grazyna.gryl@skanska.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu drogi kategorii gminnej – ul. Zwierzynieckiej i drogi kategorii powiatowej – ul. Kościuszki w Krakowie wraz z przebudową sąsiadujących skrzyżowań oraz sieci trakcyjnej, odwodnienia, oświetlenia, przebudową kolidującej infrastruktury technicznej, remontem pętli tramwajowej „Salwator”, a także budową sieci ciepłej wraz z przyłączami oraz budową i przebudową sieci wodociągowej.”

Numer referencyjny: 34/III/2023

Numer postępowania: 34/III/2023

Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – Dz.U./S S76 18/04.2023229519-2023-PL

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.) w imieniu Skanska S.A. zwaną dalej „Odwołującym”, „Wykonawcą” wnoszę odwołanie na :

Czynności i zaniechania Zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej.

I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- 1. Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych** poprzez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze Umowy - projektowanych postanowieniach umownych § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) i g) w zw. z § 6 ust. 3 przyznających Zamawiającemu prawa odmowy dokonania odbioru robót oraz zapłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
- 2. Naruszenie art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. W zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc** ze względu na zastrzeżenie w we Wzorze Umowy – projektowanych postanowieniach umownych w § 11 ust.1 pkt 2) ppkt e) – i) kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w zakresie braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom oraz zgłaszania podwykonawców w wysokości 2,5% wynagrodzenia umownego Wykonawcy.
- 3. Art. 16 pkt 1 i pkt 3 w zw. art. 116 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy pzp**, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w SWZ część 3 pkt 3 d) 2) , w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, żeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia co

najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia do wykonania termokurczliwych zespołów złącza w oferowanej przez Wykonawcę technologii.

II. Wskazanie żądań Odwołującego:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu

1. dokonanie modyfikacji postanowień projektowanych postanowień umownych we Wzorze Umowy stanowiącym załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w następujący sposób:

- **zmianę brzmienia § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) na:**
„odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót budowlanych, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu wszystkich robót budowlanych oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania robót budowlanych potwierdzonych przez Zamawiających lub osobę przez Zamawiających wskazaną. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad istotnych stwierdzonych przez Zamawiających;”
- **zmianę brzmienia § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt g) na:**
„przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad istotnych Przedmiotu umowy uniemożliwiających korzystanie z Przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający odmówią dokonania odbioru końcowego, a Strony ustalą termin ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiających, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Wyznaczenie terminu usunięcia wad nie oznacza przedłużenia terminu zakończenia robót przez Wykonawcę. W przypadku wad nieistotnych, nie uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający dokonuje odbioru, określając w protokole termin usunięcia wad.”
- **zmianę wysokości kar umownych w § 11 ust 1 pkt 2) ppkt od e) do i) z 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 Wzoru Umowy na wysokość 20.000,00 zł za każdy przypadek określony w § 11 ust. 1 pkt 20 ppkt od e) do i).**

2. Usunięcie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia część 3 pkt 3 d) 2) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, żeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia do

wykonania termokurczliwych zespołów złącza w oferowanej przez Wykonawcę technologii (być przeszkolone w tym zakresie).

III. Termin na wniesienie odwołania

Stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 1) stawy z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U z 2019 roku) odwołanie wnosi się w terminie 10 dni odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W przedmiotowym stanie faktycznym ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18.04.2023 r. Tego samego dnia zamieszczono dokumenty zamówienia na stronie internetowej, a zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione w wymaganym ustawowym terminie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na tym, że Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, co ze względu na naruszenia Zamawiającego jest niemożliwe, a zatem szkoda polega na braku możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

Ponadto, gdyby przypadku oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, będzie zobowiązany do zawarcia umowy i realizacji zamówienia zgodnie z jej treścią.

Tym samym w wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu umowy w sposób naruszający wskazane przepisy, interes Odwołującego może doznać uszczerbku.

UZASADNIENIE

AD. 1 - ODBIÓR BEZUSTERKOWY.

Zamawiający we Wzorze Umowy stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia opisał zasady odbioru robót, wskazując w szczególności, że:

§ 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a)

„odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót budowlanych, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o

zakończeniu wszystkich robót budowlanych oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania robót budowlanych potwierdzonych przez Zamawiających lub osobę przez Zamawiających wskazaną. **Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad stwierdzonych przez Zamawiających;**”

§ 5 ust. 2 pkt 4) ppkt g):

„ przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad Przedmiotu umowy, Zamawiający odmówią dokonania odbioru końcowego, a Strony ustalą termin ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiających, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Wyznaczenie terminu usunięcia wad nie oznacza przedłużenia terminu zakończenia robót przez Wykonawcę.

§ 6 ust. 3:

„Wykonawca wystawi fakturę VAT na podstawie protokołu odbioru (częściowego, końcowego), podpisanego przez obie strony umowy, który stanowi załącznik do faktury.”

Z treści umowy wynika uprawnienie Zamawiającego do odmowy odebrania robót i płatności w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad.

Tak ukształtowane postanowienia Wzoru Umowy dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w przypadku wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac) jak i istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac), co jest niezgodne z przepisami prawa, orzecznictwem oraz praktyką budowlaną.

Ponadto, tak ukształtowane postanowienia Wzoru Umowy, powodują, że Zamawiający przyznał sobie prawo do odmowy odbioru robót w bliżej niezidentyfikowanych sytuacjach. Mianowicie w przypadku jakichkolwiek wad nieistotnych, może odmówić odbioru, co generuje ryzyko arbitralności jego działań.

Zamawiający może odmówić bowiem odbioru bez uzasadnienia, w oparciu o niezidentyfikowaną, ocenną kategorię. Stwierdzając wadliwość przedmiotu umowy, która nie wpływa na możliwość korzystania obiektu lub formułując zastrzeżenia w oparciu o drobne usterki.

Jednocześnie warunkiem wystawienia faktury VAT, a zatem zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, jest podpisanie protokołu odbioru końcowego, a zgodnie z przywołanymi postanowieniami Wzoru Umowy, Zamawiający dokona odbioru końcowego tylko wówczas, gdy nie stwierdzi żadnych wad. Oznacza to, że nawet w przypadku drobnych, nieistotnych

wad, Wykonawca, mimo terminowego wykonania przedmiotu umowy, nie otrzyma należnego wynagrodzenia za wykonane roboty.

W orzecznictwie podnosi się, że w sytuacji gdy Wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej Zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania odbioru robót może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i określonych w umowie bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym.

Orzecznictwo w tej mierze jest nawet bardziej liberalne - w wyroku z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07 (OSP 2009/1/7) Sąd Najwyższy zaaprobował pogląd, iż samo istnienie zapisu dokonanego przez wykonawcę w dzienniku budowy o gotowości do odbioru budynku, nakładało na inwestora obowiązek dokonania czynności odbiorczych. Z powyższego wynika, że wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obarczone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. Postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu umowy od jego bezusterkowego wykonania skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego, dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia.

Uprawnienie Zamawiającego zawarte w § 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) oraz g) w zw. z § 6 ust. 3 Wzoru Umowy, uzależniające dokonanie zapłaty oraz wywiązanie się ze zobowiązania od usunięcia wszystkich wad przedmiotu umowy, nawet drobnych, nieistotnych i nie uniemożliwiających jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. oraz art. 5. k.c. Postanowienia Wzoru

Umowy są nie tylko sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 k.c., ale także narusza zasady współżycia społecznego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od Wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i Zamawiający nie może uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2004r. (sygn. akt I CK 24/03) w którym stwierdzono, iż: „...jeżeli Wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, Inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art.647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997r. II CKN 28/97 OSNC 1997/6-7 poz.90).”

Zatem odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 kc. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwarunkowym" odbiorze robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obarczone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi.

Postanowienie § 5 ust. ust. 2 pkt 4) ppkt a) oraz g) w zw. z § 6 ust. 3 Wzoru Umowy skutkuje naruszeniem równowagi między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia, skutkującym możliwością naliczenia kar umownych.

Wobec powyższego Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień Wzoru Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

§ 5 ust. 2 pkt 4) ppkt a) na:

„odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót budowlanych, na podstawie przedłożonego przez Wykonawcę oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu wszystkich robót budowlanych oraz po dokonaniu innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane w związku z zakończeniem wykonywania robót budowlanych potwierdzonych przez Zamawiających lub osobę przez Zamawiających wskazaną. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad istotnych stwierdzonych przez Zamawiających;”

§ 5 ust. 2 pkt 4) ppkt g) na:

„ przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad istotnych Przedmiotu umowy uniemożliwiających korzystanie z Przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający odmówią dokonania odbioru końcowego, a Strony ustalą termin ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiających, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Wyznaczenie terminu usunięcia wad nie oznacza przedłużenia terminu zakończenia robót przez Wykonawcę. W przypadku wad nieistotnych, nie uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający dokonuje odbioru, określając w protokole termin usunięcia wad.”

AD 2. – RAŻĄCO WYGÓROWANE KARY UMOWNE

Zamawiający § 11 Wzoru Umowy stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji warunków Zamówienia zawarł postanowienia dotyczące kar umownych.

W **§ 11 ust 1 pkt 2) ppkt od e) do i)** zostały ujęte kary umowne o następującej treści:

Wykonawca zapłaci karę umowną w przypadku

e) braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy,

f) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo w terminie określonym w § 7 ust 2, której przedmiotem są roboty budowlane , lub projektu jej zmiany – w wysokości 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy,

g) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, której przedmiotem są roboty budowlane w terminie określonym w 7 ust. 7 – w wysokości 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy,

h) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, której przedmiotem są usługi lub dostawy w terminie określonym w 7 ust. 11

i) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty – w wysokości 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy,

Wskazane wyżej kary umowne przedstawiają wartości rażąco wygórowane, żadną miarą nie przystają do wyartykułowanych na gruncie nowo obowiązującej ustawy Pzp postulatów m.in. w zakresie równoważenia interesów stron. Nie powinno budzić wątpliwości, iż kary umowne nie powinny prowadzić do nieuzasadnionego bogacenia się Zamawiającego. Podstawowymi funkcjami kar umownych są funkcje odszkodowawcza, a w przypadku podwykonawstwa zdecydowanie jest to funkcja dyscyplinująca, motywująca wykonawcę do terminowego i zgodnego z wymogami zgłaszania podwykonawców, wzoru umowy o podwykonawstwo i kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem umów zawartych z podwykonawcami oraz terminowej zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia wobec czego powinny być one z nimi związane. Wskazane podstawy naliczenia kary umownej nie odnoszą się bezpośrednio do Przedmiotu Umowy, terminowości lub jakości jego wykonania.

Zatem zastrzeżenie kary umownej w wysokości 2,5 wynagrodzenia Wykonawcy czyli kształtującej się na poziomie kilku milionów złotych za każdy przypadek jednostkowego uchybienia obowiązkom Wykonawcy w zakresie podwykonawstwa, jest bezsprzecznie wartością rażąco wygórowaną.

Zgłoszeniu podlegają bowiem umowy podwykonawcze o wartości powyżej 50 tys. zł, co oznacza, że kara umowna może przekroczyć nawet trzydziestokrotnie wartość wynagrodzenia podwykonawcy. Ponadto jeśli chodzi o kary umowne odnoszące się do podwykonawstwa na rynku budowlanym w zakresie zamówień publicznych poziom tych kar kształtuje się na poziomie ok. 20 – 25 tys. zł. (takie kary są ukształtowane u Zamawiających publicznych jak PKP PLK czy GDDKiA) Nie są to kary niskie, ale zdecydowanie wypełniają swoją dyscyplinującą funkcję.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej przywołujemy stanowisko Izby w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. KIO 2219/17 - karanie wykonawcy niebagatelными karami za -de facto niewpływające na jakość i terminowość realizowanego przedmiotu umowy, jak również niegenerujące po stronie Zamawiającego szkody - uchybienie wykonawcy w zakresie obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracy, czy przedkładania aktualizacji harmonogramu, jawi się jako sprzeczne z art. 484 § 2 KC wobec czego winno ulec zmianie zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w petitum odwołania.

W ocenie Odwołującego kwestionowane w niniejszym odwołaniu projektowane postanowienia umowne zostały ukształtowane w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowią **nruszenie art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 kodeksu cywilnego. W zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc.**

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień Wzoru Umowy poprzez zmianę wysokości kar umownych w § 11 ust 1 pkt 2) ppkt od e) do i) z 2,5% kwoty określonej w § 6 ust. 1 Wzoru Umowy na wysokość 20.000,00 zł za każdy przypadek określony w § 11 ust. 1 pkt 20 ppkt od e) do i).

AD 3. - WADLIWY I NIEPROPORCJONALNY WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

W SWZ część 3 pkt 3 d) 2) Zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, żeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca **dysonował podczas realizacji zamówienia co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia do wykonania termokurczliwych zespołów złącza w oferowanej przez Wykonawcę technologii (być przeszkolone w tym zakresie).**

W ocenie Wykonawcy tak skonstruowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu narusza zasady uczciwej konkurencji oraz został określony w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, za czym przemawiają następujące argumenty:

1. nie istnieją uprawnienia do wykonywania termokurczliwych zespołów złącza, a jedynie możliwe jest odbycie szkolenia w zakresie wykonywania zespołów złączy, co oznacza, że sam warunek jest określony w sposób wadliwy.

Dodatkowo Zamawiający nie określił jakiej branży dotyczą ww. uprawnienia (czy chodzi o branżę elektroenergetyczną, teletechniczną, ciepłowniczą czy jeszcze inną.

Zamawiający nie opisuje w sposób jednoznaczny jakiego zakresu robót mają dotyczyć ww. uprawnienia.

2. Analizując dokumentację projektową Odwołujący przypuszcza, że wykonanie złączy termokurczliwych dotyczy branży ciepłowniczej ewentualnie wodociągowej. W przedmiotowym postępowaniu dla tego asortymentu robót, pomijając konkretnie wskazanie branży, wykonanie złączy termokurczliwych to niewielki ułamek całości robót do zrealizowania. Po analizie dokumentacji projektowej dla branży ciepłowniczej Odwołujący może stwierdzić, że w zakresie robót do wykonania jest około 150 złączy termokurczliwych wartych kilkadziesiąt tysięcy złotych. Przy kilkudziesięciu milionowym kontakcie to niewielki zakres zarówno rzeczowy jak i finansowy, w czasie realizacji. Oczywiście wykonanie połączeń termokurczliwych jest elementem montażu rur, ale jednocześnie dokumentacja projektowa (brak schematów montażowych) i STWIORB nie poświęcają temu zagadnieniu w ogóle uwagi. Zatem warunek został określony w sposób nieproporcjonalny i nie powiązany z wymogami SWZ.

Wykonawca przeanalizował także postanowienia STWIORB pkt. 6 z zakresie Kontroli Jakości Robót. We wskazanym dokumencie nie ma wzmianki o badaniach w zakresie kontroli jakości „termokurczliwych zespołów złączy” . Udostępniony STWIORB w obszerny sposób opisuje kontrolę badania jakości połączeń rurociągów przez spawanie, które jest kluczowym elementem wykonania sieci ciepłowniczej.

W ramach rozdziału również opisywane są :

- Badanie przez oględziny oznakowania i zabezpieczenia wykonywanych wykopów przed dostępem osób niepowołanych.
- Badania w zakresie wykonawstwa wykopów.
- Badanie przez oględziny zewnętrzne stanu izolacji przeciwwilgociowej konstrukcji budowlanych.
- Badania w zakresie układania rurociągów.
- Badania wykonania połączeń rurociągów przez spawanie.
- Badanie w zakresie zasypywania rurociągów
- Kontrola zgodności kształtu i stanu powierzchni końcówek łączonych rurociągów z wymaganiami technologii wykonania połączeń.
- Kontrola wykonania poszczególnych faz połączenia oraz zgodność i kompletność zastosowanych akcesoriów do połączenia z wymaganiami szczegółowej instrukcji wykonania połączenia,
- Badanie kompletnego połączenia rurociągu - zgodnie z wymogami odpowiednich norm lub szczegółowych instrukcji opracowanych przez producenta rur preizolowanych.

3. Brak również wzmianki o wytycznych lub wymaganiach odnoszących się do załączników termokurczliwych w wydanych przez gestora Warunkach Technicznych, co oznacza, że nie jest to istotny element.

Zatem ustanowienie jako warunku udziału w postępowaniu dysponowania 2 osobami legitymującymi się uprawnieniami (które nie istnieją) w zakresie załączników termokurczliwych jest niezrozumiałe, nieproporcjonalne oraz wadliwe.

Na Zamawiającym, który określa zdolności podmiotowe wymagane w postępowaniu, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego wymogi pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, eliminując podmioty przypadkowe, niedające gwarancji rzetelnej realizacji umowy.

Zgodnie bowiem z art. 112 ust. 1 p.z.p. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega. Takie wnioski płyną z wyroku KIO z dnia 9 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2068/21

Z kolei stosownie do art. 116 ust. 1 ustawy Pzp – w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności Zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, wskazanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca do uznania wykonawcy za zdolnego do

wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia. Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 457/20).

Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty, nie ma wątpliwości, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu zawartym w SWZ część 3 pkt 3 d) 2) Zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 i pkt 3 w zw. art. 116 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy pzp. Wobec tego Wykonawca oczekuje wykreślenia tego warunku z treści SWZ.

Mając na uwadze wszystkie wskazane okoliczności, wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne, w związku z tym Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie w całości.

Załączniki:

1. Odpisy pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. KRS Odwołującego;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem

Pełnomocnik
Skanska S.A.