



Pruszków, dnia 14.03.2022 r.

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

Zamawiający:

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska,
ul. Żaglowa 11
80-560 Gdańsk,
działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska
Numer telefonu: 58 320 51 00
Adres poczty elektronicznej: drmg@gdansk.gda.p

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

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

reprezentowany przez:

radcę prawnego Magdalenę Marciniak

adres do korespondencji:

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

Dotyczy: „Modernizacja Długiego i Rybackiego Pobrzeża na odcinku od Mostu Zielonego do Bramy Straganiarskiej (Targu Rybnego)” nr 42/BZP-U.500.12/2022/MD

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2022/S 045-113113 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2022 r.

ODWOŁANIE

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

podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego. Projektowane zapisy umowne naruszają ww. przepisy min i w następującym zakresie tj.:

1. Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem powinien ponosić we własnym zakresie, przez co narusza klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez żądanie w § 4 ust. 4 oraz § 4 ust. 8, § 14 ust. 1 pkt. 8 wzoru Umowy uprzedniego uzyskania przez wykonawcę zatwierdzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego przez wiodącego inspektora nadzoru, Granaria Development Gdańsk Sp. z o.o., użytkownika obrotowej kładki na Wyspę Spichrzów, Wydział Polityki Gospodarczej Urzędu Miejskiego w Gdańsku oraz Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku podczas gdy są to podmioty i instytucje niezależne od wykonawcy, za których działania lub zaniechania nie ponosi on odpowiedzialności. W sytuacji braku uzyskania akceptacji lub uzgodnienia jak i braku mechanizmu ich wyegzekwowania Wykonawca będzie ponosił konsekwencje niezgodnienia harmonogramu, które skutkować może odstąpieniem od Umowy.
2. Zamawiający w § 9 ust 11 oraz § 13 ust 4, § 9 karty gwarancyjnej przewiduje instytucję zastępczego wykonania umowy bez uprzedniego wyznaczenia terminu dodatkowego na spełnienie świadczenia, przewidując jednocześnie nakładające się na siebie nadmierne roszczenia odszkodowawcze (sankcje) w postaci konieczności świadczenia rękojmi i gwarancji w zakresie wykonanym przez inny podmiot, pokrycia kosztów i ponoszenia ryzyka takich prac, jednocześnie pomniejszenia wynagrodzenia umownego za taki zakres, jak też potrącenia wartości takich prac z przysługującego wynagrodzenia, wezwania do zapłaty części niepokrytej, jednocześnie nie zwalniając z odpowiedzialności za zwłokę co powoduje ryzyko naliczania kar umownych bez terminu końcowego. Całościowe brzmienie obu zapisów tworzy ryzyko niemożliwe do oszacowania, jest nadużyciem prawa podmiotowego i nieuzasadnionym, rażącym naruszeniem zasad kontraktowania na korzyść jednej ze stron umowy.
3. Zamawiający ustanowił w § 12 ust 7 wzoru umowy limit kar umownych w sposób pozorny i stanowiący obejście dla wymogu art. 436 pkt 3 ustawy Pzp a jednocześnie nadmierny i naruszający równowagę stron i zasady kontraktowania. Podobnie przewidzenie w § 15 ust. 1 pkt 3 lit. d wzoru umowy limitu zmiany zakresu zamówienia w wyniku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy do 50 % jest ryzykiem nadmiernym, niemożliwym do wyceny a zarazem naruszającym klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.
4. Zamawiający w § 14 ust 11 wzoru umowy zastrzega sobie możliwość wstrzymywania wypłaty wynagrodzenia wykonawcy do czasu ustalenia wszystkich kosztów wykonania, zakończenia prac, usunięcia wad, naliczenia kar umownych oraz innych kosztów poniesionych przez Zamawiającego w związku z odstąpieniem od Umowy lub wykonaniem zastępczym, podczas gdy Zamawiający zgodnie z prawem, w tym art. 647 kodeksu cywilnego winien dokonać zapłaty za odebrany obiekt a nie warunkować jej od wystąpienia innych czynników jak rozliczenie czy wyliczenie kosztów lub kwot odszkodowania po jego stronie.
5. Zamawiający w sposób nieprecyzyjny, niepełny lub niezgodny z prawem dokonał opisu przedmiotu zamówienia w OPZ jako zał. Nr 8 do SWZ poprzez opisanie:

- a) W pkt 4.43 że *przed rozpoczęciem robót (min. 7 dni) Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć do akceptacji Zamawiającego receptury, deklaracje właściwości użytkowych, atesty itp. dla materiałów, które będą wbudowane na zadaniu* podczas gdy zapis jest rozumiany tak, że przed realizacją całości robót a więc na początku trwania umowy Wykonawca musi przedłożyć wnioski materiałowe dla wszelkich planowanych robót w trakcie realizacji całości zamówienia, podczas gdy jest to niemożliwe, a prawidłowe powinno być ich określenie przed użyciem i wbudowaniem wyrobów i materiałów budowlanych, tak jak określił to Zamawiający w pkt 4.55 OPZ wobec czego pkt 4.43 OPZ jest z tym sprzeczny i należy go wykreślić.
- b) W pkt 4.57, że *Wszelkie roboty budowlane, prace dodatkowe, czynności, materiały i rozwiązania nieopisane lub niewymienione w dokumentacji projektowej a konieczne do przeprowadzenia z punktu widzenia prawa, sztuki i praktyki budowlanej winny być przewidziane przez Wykonawcę na podstawie analizy dokumentacji projektowej. Roboty takie należy przewidzieć w cenie oferty* podczas gdy jest to niezgodnie z art. 630 § 1 kc gdyż kosztorys sporządził Zamawiający, wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy a SWZ nie dopuszcza możliwości zmiany pozycji kosztorysu ani dopisywania pozycji (roz. XIII ust 7 SWZ).
- c) W Przedmiarach branży hydrotechnicznej poz. 22, 23, STWIORB – SST-03.01 opisów i słów niedookreślonych, które tworzą katalog otwarty czynności i wymagań jak „*wykonanie i montaż elementów dodatkowych*” co czyni opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnym, niedokładnym i próbującym przerzucić ryzyko za jego braki na wykonawcę.

I. Zarzuty

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **Naruszenie art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc** poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka uzgodnienia oraz uzyskania uprzedniej akceptacji harmonogramu rzeczowo – finansowego przez jednostki i podmioty niezależne od wykonawcy i zamawiającego, podczas gdy wykonawca będzie ponosił ryzyko nieuzyskania takich zgód, które mogą skutkować opóźnieniami w realizacji kontraktu jak stanowić podstawy do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy na podstawie § 14 ust 1 pkt 8 umowy.
2. **art. 8 ust. 1 pzp w zw. 353¹ kc w zw. z art. 636 § 1 kc, art. 647 kc i art. 491 § 1 kc** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnień wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości zlecenia zastępczego wykonania umowy bez uprzedniego wyznaczenia terminu na usunięcie uchybień jak i skumulowania roszczeń odszkodowawczych w sposób wielokrotnie kompensujący i przekraczający zaniechane prace powodując nadmierne i niczym nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy.
3. **Naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na zastrzeżenie w § 12 ust. 7 wzoru umowy pozornego górnego limitu kar umownych która jest równa 100 % wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu umowy co jest także limitem nadmiernym i niespotykanym w obrocie gospodarczym. **Jednocześnie naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp** w zakresie ustalenia limitu rezygnacji z zakresu Przedmiotu Zamówienia do 50 % co także jest limitem pozornym ustanowionym w

oderwaniu od realiów zamówienia, co uniemożliwia racjonalną wycenę oferty i ryzyka z nią związanego.

4. Naruszenie art. 436 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353¹ kc i 647 kc poprzez niezasadne i niezgodne z prawem ustalenie zasad płatności wynagrodzenia z możliwością jego wstrzymania z powodów innych niż niewykonanie przedmiotu umowy lub niezgłoszenie lub nieprawidłowe zgłoszenie do odbioru. Pozostawienie po stronie Zamawiającego uznaniowości zapłaty wynagrodzenia od innych zdarzeń, takich jak kwestie rozliczeń kosztów lub świadczeń odszkodowawczych, które nie stanowią o tym czy Przedmiot Umowy został wykonany są nadmierne i niezgodne z prawem. Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 kc.
5. **Art. 99 ust 1 art. 103 ust 2 i ust 3 w zw. z art. 134 ust 1 pkt 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję

II. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy, OPZ poprzez:

- (i) wyeliminowanie odpowiedzialności wykonawcy za działania i zaniechania innych organów lub osób trzecich. Ryzyko braku uzgodnień lub akceptacji zgodnie z prawem powinno obciążać Zamawiającego.
- (ii) Ustalenie możliwości zlecenia wykonania części prac na koszt i ryzyko wykonawcy po uprzednim dodatkowym wezwaniu do spełniania świadczenia co wynika z art. 636 § 1 kc, z jednoczesnym ograniczeniem roszczeń odszkodowawczych do potrącenia kosztów zastępczego wykonania z należnego wykonawcy wynagrodzenia bez pomniejszania wynagrodzenia.
- (iii) Ustalenie górnego limitu kar umownych równemu limitowi kary za odstąpienie przewidzianej w § 12 ust 2 pkt 5 umowy
- (iv) Ustalenie limitu rezygnacji z zakresu Przedmiotu Zamówienia do wartości maksymalnej 20 % wartości pierwotnie udzielonego zamówienia
- (v) Usunięcie mechanizmów wstrzymywania płatności wynagrodzenia poza przypadki prawnie dopuszczalne i przewidziane w przepisach prawa tj. w sytuacji braku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. W innych przypadkach jeżeli roboty zostały ukończone i odebrane przepisy prawa, w tym kodeksu cywilnego nakazują zapłatę umówionego wynagrodzenia
- (vi) Usunięcie niejasności z zapisów OPZ w miejscach wskazanych poniżej oraz usunięcie zapisów sprzecznych, nieodpowiadających przepisom prawa (jak propozycja modyfikacji)

Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postępowań, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań:

Wzór umowy:

A. § 4 otrzymuje brzmienie

ust:

4. Terminy określone w ust. 1 mogą ulec przedłużeniu wyłącznie na warunkach określonych w § 15 Umowy.

Wykonawca w terminie 14 dni od zawarcia Umowy zobowiązany jest sporządzić i przedłożyć Zamawiającemu harmonogram rzeczowo-finansowy robót, zgodnie z załącznikiem nr do

.....oraz wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ wraz z załącznikami. Wykonawca w przedmiotowym terminie zobowiązany jest uzyskać **Zamawiający przedstawia harmonogram do zatwierdzenia** przez wiodącego inspektora nadzoru, Granaria Development Gdańsk Sp. z o.o., użytkownika obrotowej kładki na Wyspę Spichrzów, Wydział Polityki Gospodarczej Urzędu Miejskiego w Gdańsku oraz Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku. **W przypadku opóźnienia w zatwierdzeniu lub nieuzasadnionej odmowy akceptacji ww podmiotów Wykonawca będzie uprawniony do aktualizacji Harmonogramu o wpływ spowodowany działaniem lub zaniechaniem takiego organu.**

8. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego konieczności aktualizacji harmonogramu rzeczowo – finansowego realizacji robót Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowej jego aktualizacji najpóźniej w ciągu 14 dni od polecenia Zamawiającego. ~~Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia harmonogramu i jego każdorazowej zmiany, oraz uzyskania akceptacji~~ **Zamawiający przedstawia harmonogram do zatwierdzenia** przez:

- Granaria Development Gdańsk Sp. z o.o.,
- Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku,
- użytkownika obrotowej kładki na Wyspę Spichrzów,
- Wydział Polityki Gospodarczej Urzędu Miejskiego w Gdańsku.

W przypadku opóźnienia w zatwierdzeniu lub nieuzasadnionej odmowy akceptacji ww podmiotów Wykonawca będzie uprawniony do aktualizacji Harmonogramu o wpływ spowodowany działaniem lub zaniechaniem takiego organu.

§ 14 ust 1 pkt 8 otrzymuje brzmienie:

8) nie przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu zaakceptowanego harmonogramu rzeczowo-financeowego w terminie określonym w Umowie;

B. § 9 ust 11 otrzymuje brzmienie:

11. Jeżeli Wykonawca dopuszcza się zwłoki w usuwaniu usterek lub wad, **Zamawiający po uprzednim wyznaczeniu dodatkowego terminu nie krótszego niż 14 dni**, uprawniony jest do zlecenia wykonania tych czynności osobom trzecim na wyłączne ryzyko i całkowity koszt Wykonawcy, co nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za zwłokę **do czasu usunięcia wady lub usterki** bez konieczności uzyskania upoważnienia sądu. Jednocześnie Wykonawca przyjmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości i rękojmi, na warunkach określonych w niniejszej Umowie oraz w karcie gwarancyjnej, za wykonane przez podmiot trzeci roboty i użyte do nich materiały i urządzenia. Koszty wykonania tych czynności Zamawiający potrąci z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. W przypadku braku możliwości potrącenia pełnej kwoty, Zamawiający wezwie Wykonawcę do zapłaty powstałej różnicy.

§ 13 ust 4 otrzymuje brzmienie:

W przypadku odmowy usunięcia wad lub zwłoki w ich usunięciu w stosunku do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, **Zamawiający po uprzednim wyznaczeniu dodatkowego terminu nie krótszego niż 14 dni** ma prawo zlecić zastępcze usunięcie wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskania upoważnienia sądu. ~~albo złożyć oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia, co nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za zwłokę przewidzianej w innych postanowieniach Umowy.~~ Jednocześnie Wykonawca przyjmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości i rękojmi, na warunkach określonych w niniejszej Umowie oraz w karcie gwarancyjnej, za wykonane przez podmiot trzeci roboty i użyte do nich materiały i urządzenia.

§ 9 karty gwarancyjnej otrzymuje brzmienie:

W przypadku odmowy usunięcia wad lub zwłoki w ich usunięciu w stosunku do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, Zamawiający **po uprzednim wyznaczeniu dodatkowego terminu nie krótszego niż 14 dni** ma prawo zlecić zastępcze usunięcie wad na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskania upoważnienia sądu ~~albo złożyć oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia, co nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za zwłokę przewidzianej w innych postanowieniach Umowy.~~ Jednocześnie Wykonawca przyjmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości i rękojmi, na warunkach określonych Umowie oraz w karcie gwarancyjnej, za wykonane przez podmiot trzeci roboty i użyte do nich materiały i urządzenia. Powyższe nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego wynikających z gwarancji jakości lub rękojmi za wady.

C. § 12 ust 7 otrzymuje brzmienie:

7. Łączny limit kar umownych naliczanych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej umowy nie może przekroczyć **łącznie 10 %** wynagrodzenia umownego brutto.

§ 15 ust 1 pkt 3 d)

d) zmiana zakresu Przedmiotu Umowy w wyniku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy – z zastrzeżeniem, iż rezygnacja nie może dotyczyć więcej, niż **20 50 %** Przedmiotu Umowy.

D. § 14 ust 11 wykreśla się:

~~Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty wynagrodzenia do czasu ustalenia wszystkich kosztów wykonania, zakończenia prac, usunięcia wad, naliczenia kar umownych oraz innych kosztów poniesionych przez Zamawiającego w związku z odstąpieniem od Umowy lub wykonaniem zastępczym.~~

E. OPZ:

pkt 4.43. wykreśla się
pkt 4.57 wykreśla się

dodatkowo żądamy:

a) zmiany brzmienia opisu poz. 22 przedmiaru branży hydrotechnicznej z: „Pograżanie ścianek szczelnych stalowych z grodzie głębokość wbicia do 11 m. ~~Pozycja uwzględnia wszystkie czynności związane z wykonaniem projektowanych ścianek wraz z materiałem i wszelkimi pracami towarzyszącymi.~~”

b) zmiany brzmienia opisu poz. 23 przedmiaru branży hydrotechnicznej z: „Pograżanie ścianek szczelnych stalowych z grodzie głębokość wbicia do 14 m. ~~Pozycja uwzględnia wszystkie czynności związane z wykonaniem projektowanych ścianek wraz z materiałem i wszelkimi pracami towarzyszącymi.~~”

c) zmiany brzmienia fragmentu STWIORB – SST-03.01 pkt 9.1 z: „Podstawę płatności stanowi cena wykonania 1 m ścianki szczelnej jako konstrukcji docelowej ~~wraz z elementami dodatkowymi (usztywnienia, rozpory, ściągą itp.),~~ mierzony po osi ścianki w rzucie z góry, o określonej w dokumentacji projektowej długości (głębokości).”

d) usunięcia z STWIORB – SST-03.01 pkt 9.1 - cena jednostkowa obejmuje, zapisu: „wykonanie i montaż elementów dodatkowych” lub jednoznaczne określenie o jakie elementy dodatkowe chodzi i przewidzenie takiej pozycji w przedmiarze do wyceny,

e) usunięcia z STWIORB – SST-03.01 pkt 9.2 - cena jednostkowa obejmuje, zapisu: „wykonanie i montaż elementów dodatkowych” lub jednoznaczne określenie o jakie elementy dodatkowe chodzi i przewidzenie takiej pozycji w przedmiarze do wyceny.

- f) usunięcia z STWIORB – SST-03.01 pkt 9.2 - cena jednostkowa obejmuje, części zapisu: „usunięcie ewentualnych usterek lub elementów dodatkowych”.
- g) wprowadzenia do przedmiaru do wyceny osobnej pozycji odpowiadającej STWIORB – SST-03.01 pkt 5.2.1 z adekwatnymi jednostkami – np. kg usztywnień, kg rozpór, kg lub mb ściągu z podaniem jego średnicy.

III. Interes prawny

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

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

IV. Termin i wymogi formalne

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

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

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

- dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

Ad. 1 przerzucenie ryzyka uzgodnień harmonogramu z podmiotami i instytucjami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności

W pierwszej kolejności, pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone a Zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należyty

wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. " (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

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

Nierównym rozkładem ryzyka kontraktowego jest przede wszystkim obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów, za których zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi. Takie postanowienia naruszają też wprost obowiązujący w nowej ustawie Pzp art. 433 pkt 3, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy. Niezgodne z powyższym będzie zatem przerzucenie na wykonawcę ryzyka uzgodnień i akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego z podmiotami, za których działania i zaniechania wykonawca nie odpowiada. Nie chodzi tutaj o samo podjęcie czynności ustalenia terminów realizacji w porozumieniu z podmiotami ale jasne przerzucenie na wykonawcę ryzyka z tym związanego, co wynika chociażby z § 14 ust 1 pkt 8 umowy, gdzie za brak przedłożenia zaakceptowanego uprzednio harmonogramu wykonawcy grozi odstąpienie od umowy z jego winy. Odwołujący żąda zatem aby ryzyko uzgodnień leżało po stronie zamawiającego z uwagi iż to w jego imieniu i na jego rzecz realizowana jest inwestycja. To on jest bezpośrednim beneficjentem ustaleń i w jego interesie leży ich uzyskanie lub w razie konieczności „wyegzekwowanie” od niezależnych organów takich ustaleń. Wykonawca nie uchyla się od podjęcia czynności w zakresie przesłania harmonogramu do akceptacji ale nie godzi się na

ponoszenie ryzyka braku akceptacji lub opóźnień po stronie organów, za których działania i zaniechania z mocy prawa nie odpowiada.

Ad. 2 przewidzenie instytucji zastępczego wykonania umowy bez uprzedniego wyznaczenia terminu dodatkowego na spełnienie świadczenia, przewidując jednocześnie nakładające się na siebie nadmierne roszczenia odszkodowawcze (sankcje).

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 636 § 1 kc *Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.*

Na podstawie zaś art. 656 kc:

§ 1. Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Zasadniczo zatem korzystając z roszczeń odszkodowawczych Zamawiający powinien uprzednio wezwać wykonawcę do zmiany sposobu wykonania zamówienia. W przypadku wad i usterek nie wystarczy, że wykonawca nie naprawi lub nie usunie ich w terminie umownym ale zamawiający aby skorzystać z dalszych roszczeń poza wynikającymi z umowy jak np. kary umownej za zwłokę powinien wystosować dodatkowy termin i wyznaczyć konkretny sposób zachowania się wykonawcy. Zastępcze wykonanie umowy jest sankcją za niezrealizowanie zadania zgodnie z umową po wyczerpaniu w całości jej ścieżki. Należy zauważyć, że w pierwszej kolejności w razie zwłoki uruchamiane są sankcje umowne, jak naliczenie kar umownych. Sankcja zastępczego wykonania umowy przybiera postać odszkodowawczą za niezrealizowanie zadań z umowy po jej wyczerpaniu a więc jest sankcjami dalej idącymi, wykraczającymi poza stosunek umowny.

Zachowując równowagę stron a także ustalając ryzyko wykonawcy na przewidywalnym i akceptowalnym poziomie zamawiający powinien wezwać wykonawcę dodatkowym wezwaniem wskazującym realny i obiektywny termin na usunięcie naruszeń (wykonawca w celu uniknięcia wątpliwości wskazał że terminem obiektywnym jest termin 14 dni). Dopiero po bezskutecznym upływie terminu powinien mieć prawo skorzystać z dalszych uprawnień zastępczego wykonania umowy lub odstąpienia od umowy.

Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że kumulowanie sankcji polegających na potrąceniu kwoty zastępczego wykonania umowy a jednocześnie obniżenia wynagrodzenia jest niezrozumiałe i nadmierne. Z jednej strony Zamawiający zastępczo wykona zamówienie na koszt i ryzyko wykonawcy, a z drugiej strony przewiduje obniżenie wynagrodzenia co rodzi ryzyko, że zamawiający zapłaci za dane prace, przejmie na siebie ich ryzyko i jednocześnie utraci dodatkowo wynagrodzenie (co powoduje podwójne liczenie kosztów takiego wykonania nie wyłączając innych sankcji umownych). Roszczenia te są ze sobą sprzeczne i wynikają z różnych postanowień umowy wskazanych w części II odwołania. W ocenie wykonawcy postanowienia te są ze sobą niezgodne i rodzą nadmierne ryzyko dla wykonawcy. Podobnie też liczenie kar umownych za zwłokę zostało opisane w sposób niejasny i nadmierny bowiem w ocenie wykonawcy takie kary mogą być naliczane jeszcze po upływie czasu kiedy wady lub usterki zostaną zastępczo wykonane a wykonawca poniesie ich koszt i ryzyko. Takie kary mogą być zatem naliczane w nieskończoność. Mając też na uwadze zastrzeżony limit kar umownych a zasadniczo jego brak, co jest kwestią innego zarzutu podniesionego w odwołaniu, dla wykonawcy takie ryzyko jest nieakceptowalne i uniemożliwia złożenie mu oferty w Postępowaniu.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień wskazanych w pkt II w sposób odpowiedni tj wprowadzenie dodatkowego terminu jak i wykreślenie nadmiernych sankcji w postaci obniżenia

wynagrodzenia gdyż usunięcie wad i usterek i tak odbywa się na koszt wykonawcy przez co zostanie mu ta kwota potrącona z wynagrodzenia lub zabezpieczenia a nadto może być dochodzona w sądzie. Podobnie też wykreślenie niejasnego zapisu w przedmiocie kar umownych spowoduje że Zamawiający zgodnie z umową może i tak naliczyć kary do czasu ich usunięcia a wykonawca zyskuje pewność że kary te nie będą naliczane dłużej niż ich usunięcie. Zaproponowane zmiany mają na celu wykluczenie nadmiernego ryzyka uniemożliwiającego ofertowanie.

Ad. 3 zbyt wygórowane ale i pozorne w stosunku do wymogów ustawy Pzp limity górne kar umownych jak i limit rezygnacji z zakresu Przedmiotu Umowy

Górny limit kar umownych

W zakresie limitu kar umownych wskazanego w § 12 ust. 7 Umowy ustalenie go na poziomie 100% wynagrodzenia wykonawcy jest ustaleniem pozornym, mającym na celu ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy Pzp. Jest niewątpliwie poziomem ustalonym na rażąco wysokim poziomie nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych a także ich limitu. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy, przy czym jednocześnie podkreśla się że limit ten powinien pozostawać na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny a nie represyjny i odstrasżający. W sytuacji kiedy kara za odstąpienie staje się korzystniejsza niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem. Limit kar na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie zachęca wręcz do terminowania umów co jest sprzeczne z celem każdego zamówienia i jest działaniem niezwykle niebezpiecznym dla obu stron procesu. Ponieważ w niniejszej sprawie umowa ustala limit kary za odstąpienie na poziomie 10 % tym samym zasadnym jest żądanie obniżenia limitu ogólnego również do 10 %.

Powyższe jest zgodne i wpisuje się w dotychczasową linię orzeczniczą KIO i tak w wyroku:

- **z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20:**

1.4 Modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia: "Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy".

W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.

- **z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18**

wprowadzenie w § 5 IPU postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający określi górny limit kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2 - 10 IPU, w wysokości odpowiadającej wysokości

kary **umownej** zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia; Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie **kar umownych**. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące **kar umownych** nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie **limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty**.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 100% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny:

*W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)*

W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia od umowy odwołać należy się do Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie wskazano, że **Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy**.

Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest że w razie odstąpienia od umowy wchodzić będzie w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Tym samym Zamawiający powinien naliczyć tylko karę za odstąpienie a nie dodatkowo kary jednostkowe za przewinienia leżące u jego podstaw. Oznacza to, że ustalenie limitu kar umownych na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie nie ma racji bytu. Może też prowadzić do kuriozalnego stwierdzenia że bardziej się opłaca nie zrealizować świadczenia (czyli odstąpić) niż je realizować z ryzykiem znacznie przekraczającym karę za odstąpienie.

Odwołujący wnosi zatem o określenie górnego limitu kar umownych na poziomie zbieżnym z karą za odstąpienie.

Ustalenie możliwości rezygnacji z Przedmiotu Umowy do 50 % jej wartości.

W ocenie Odwołującego, mimo iż zamawiający ustalił limit do jakiego może zrezygnować z zamówienia to ustalony limit jest na tyle wysoki, że rodzi niemal te same ryzyko co brak limitu i tak czy inaczej uniemożliwia wycenę oferty. Limit 50 % oznacza że wykonawca ma gwarantowaną połowę zamówienia. W tej połowie nie jest w stanie wycenić kosztów związanych z przygotowaniem pod inwestycje, chociażby kosztów przygotowania placu budowy, pokryć kosztów ubezpieczenia czy wymaganych gwarancji. Należy zauważyć iż wykonawca jest zobowiązany ponieść koszty jak wyżej w odniesieniu do całości kontraktu a nie jego połowy. Tym samym możliwość rezygnacji aż z 50 % wolumenu zamówienia powoduje, że wykonawca nie może złożyć wyceny, która uwzględni to ryzyko, bowiem w momencie takiego ograniczenia

koszty poświęcone na przygotowanie i realizację inwestycji znacznie przekroczą jej korzyści, nie mówiąc już o jakimkolwiek zysku wykonawcy. Złożenie oferty przy limicie 50 % powoduje, że jego ziszczenie przyniesie wykonawcy szkodę i straty bez żadnego zysku. Tym samym nie jest to limit umowy a postanowienie narażające na nieuzasadnioną i niezgodną z prawem stratę po stronie wykonawcy i bezpodstawne przysporzenie po stronie Zamawiającego.

Powyższe wpisuje się w wyrok KIO z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) ponieważ przy limicie 50 % nadal nie wiadomo z jakiego zakresu Zamawiający może zrezygnować, lub która część jest obiektywnie dla niego niepewna. Limit ograniczenia powinien pozostawać w realnym tj. rzeczowym odniesieniu do zamawianego zamówienia i powinien być racjonalny zarówno dla zamawiającego jak i wykonawcy. W ww wyroku Izba uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy.

Odwołujący wskazuje że limitem bezpiecznym, jaki umożliwia wycenę ryzyka powinien pozostawać limit do maksymalnie 20 % wartości zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie jest w stanie wydzielić elementów czy zakresów, z których ewentualnie zrezygnuje, pozostawienie limitu ogólnego na poziomie 20 % wydaje się być racjonalne i uzasadnione zarówno potrzebami Zamawiającego jak i akceptowalnym i możliwym do wyliczenia poziomem ryzyka po stronie wykonawcy.

Warto dodać przy tym, że przykładem innych postępowań gdzie limit został określony na takim samym lub niższym poziomie to:

20% - w umowie na Przebudowa falochronu zachodniego i zabezpieczenie ścianki szczelnej na Nabrzeżu Zachodnim (część I zamówienia) Zabezpieczenie Ścianki Szczelnej na Nabrzeżu Wschodnim w Porcie Jastarnia (część II zamówienia) – gdzie zamawiającym jest Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni -

10% zakresu rzeczowego – w umowie na „Budowa Centrum Sportowego Uniwersytetu Gdańskiego zlokalizowanego w Gdańsku przy ul. Wita Stwosza 31/37”, gdzie zamawiającym jest Uniwersytet Gdański z siedzibą: 80-309 Gdańsk.

Odwołujący wnosi o ustanowienie limitu, z jakiego Zamawiający może zrezygnować do maksymalnej wartości 20 % Przedmiotu Umowy.

Ad. 4 możliwość wstrzymywania wypłaty wynagrodzenia wykonawcy do czasu ustalenia wszystkich kosztów wykonania, zakończenia prac, usunięcia wad, naliczenia kar umownych oraz innych kosztów poniesionych przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 647 kc, Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Obowiązkiem inwestora jest zapłata wykonawcy umówionego wynagrodzenia. W przypadku braku zapłaty mimo odbioru lub braku odbioru z jednoczesnym ziszczeniem się przesłanek do dokonania takiego odbioru, Zamawiający popada w zwłokę zapłacie umówionego wynagrodzenia co stanowi zwłokę dłużnika (Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088 Fragment pozycji, Kodeks cywilny. Tom I–III. Komentarz, red. prof. dr hab. Maciej Gutowski, legalis.pl).

Podobnie w Wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. V CSKP 14/21 stwierdzono, że *W sytuacji, w której wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty uzależniona jest od protokolarnego odbioru robót budowlanych przez zamawiającego, zaś zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie, uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie. Takie zachowanie zamawiającego pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który jest uprawniony do żądania wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, a jego roszczenie staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić.*

Uzależnianie wypłaty wynagrodzenia od innych zdarzeń, niezwiązanych bezpośrednio z wykonaniem zamówienia budowlanego, wykonaniem jego mimo stwierdzenia nieistotnych wad lub usterek nie może zgodnie z prawem wstrzymywać lub pozbawiać wykonawcy wypłaty przysługującego mu wynagrodzenia. Należy wskazać, że Zamawiający przyznaje sobie prawo wstrzymania zapłaty z tytułu roszczeń odszkodowawczych i finansowych po jego stronie, co nie ma związku z wykonaniem dzieła lub jego odbiorem. Roszczenia odszkodowawcze lub finansowe mogą być dochodzone na różnej drodze np. sądu polubownego, powszechnego, mediacji itd. Żaden przepis nie mówi że na czas dochodzenia takich roszczeń wstrzymuje się zapłatę wynagrodzenia. Takie uprawnienia wykraczają poza prawidłowe zasady kontraktowania i w sposób nieuprawniony uprzywilejowują pozycję Zamawiającego (patrz stanowisko przedstawione w ad 1 uzasadnienia odwołania).

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie w całości zapisu z uwagi, iż jest on niezgodny z treścią art. 647 kc jak i uchybia zasadom kontraktowania i równowagi stosunku prawnego między Zamawiającym a wykonawcą.

Ad. 5 niejasny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w postaci użycia słów niedookreślonych jak prace towarzyszące itd.

Zobowiązania zamawiającego dotyczące kształtowania treści SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia były wielokrotnie przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO. Warto zwrócić uwagę na treść niżej wskazanych orzeczeń jako istotnych do oceny przedmiotowej sprawy. W wyrokach KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16), z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16) wskazywano, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. W wyroku o sygn. KIO 1607/16 „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.

Takie ryzyko a zarazem określenie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny tworząc wrażenie katalogu otwartego przyszłych zobowiązań odnajdujemy w OPZ i STWIORB w punktach zasygnalizowanych w pkt II żądaniach. Zamawiający pozostawia zwroty niedookreślone, które powodują, że zamawiający próbuje przerzucić odpowiedzialność za inne prace tam wprost niewskazane na wykonawcę (chodzi o elementy dodatkowe usztywnień, rozpór, ściągu itp. co wskazuje na inne elementy jak i brak jest do nich odpowiedni pozycji w formularzu wyceny).

Jednocześnie nakazuje wycenić ewentualne inne konieczne prace i nakłady podczas gdy zakazuje w roz. XIII ust 7 SWZ zmiany pozycji sporządzonego przez siebie kosztorysu.

Należy zauważyć, że pozostawienie stwierdzeń otwartych ze wykonawca wykona dodatkowe prace towarzyszące z materiałami i inne bliżej tam nieokreślone jest nie tylko niezgodne z art. 99 ust 1 ustawy Pzp gdzie nakazuje się jednoznacznie określić przedmiot zamówienia ale także niezgodne z art. 630 § 1 kc zgodnie z którym *Jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych.* Oznacza to, że zgodnie z prawem, w sytuacji gdy na etapie realizacji pojawią się dodatkowe prace i materiały to Wykonawca będzie miał roszczenie o zwiększenie wynagrodzenia z tego tytułu. Zamawiający niezgodnie zaś z powyższym przepisem próbuje pozbawić wykonawcy tej możliwości już na etapie postępowania. Nie ulega wątpliwości że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym a zestawienie sporządził Zamawiający, dlatego przerzucanie ryzyka w tym zakresie na wykonawcę jest niezgodne zarówno z przepisami Pzp (m.in. art. 433 pkt 3, art. 99 ust 1 ustawy Pzp) ale i kodeksem cywilnym tj. art. 630 kc.

Odwołujący żąda zatem usunięcia zwrotów niedookreślonych takich jak „prace dodatkowe” „towarzyszące” skrótów „itp, itd.” jak i jednoznaczne dodanie pozycji do kosztorysów, tam gdzie przewiduje dodatkowe elementy, w postaci usztywnień, rozpór, ściągów.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego

Podpisany certyfikatem wystawionym dla
Magdalena Marciniak (Certyfikat
kwalifikowany). Utworzony w dniu: 2022-03-14
12:06:43 +0100