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

Tel: +48 22 71 44 369
Fax + 48 22 71 44 908
tel. kom. +48 609 04 33 22
krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Pruszków, dnia 3 stycznia 2022 r.

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

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego**,
ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław,
E-mail: ejanicka@szpital.wroc.pl
Tel.: +49 712957602Faks: +48 713957428

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, **reprezentowany przez** radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon:+ 48 509 431 996, fax:+ 48 (22) 71 44 908
mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 3 stycznia 2022 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: ejanicka@szpital.wroc.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych **pn.: Budowa Centrum Zdrowia Psychicznego dla Dzieci i Młodzieży w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego**
Numer referencyjny: PN 67/21

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2021 r. pod numerem **2021/S 250-658999.**

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części „nowe pzp" wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na wykonanie robót budowlanych **pn.: „Budowa Centrum Zdrowia Psychicznego dla Dzieci i Młodzieży w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. J. Gromkowskiego"** (*dalej:* Postępowanie).

I. Termin.

- 24 grudnia 202 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 3 stycznia 2022 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie **art. 16 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 647 kc** poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 12 ust. 7 pkt 1 lit. a), ust. 9, ust. 13 załącznika nr 4 do SWZ Istotnych postanowień umownych (dalej: IPU) prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego (przerwania czynności odbioru) w każdym przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

2. Powiązane z powyższym naruszenie **art. 453 ust. 1 pzp w zw. z art. 450 pzp, art. 8 ust. 1 pzp** poprzez ustalenie w §12 ust. 7 lit. b) IPU, § 12 ust. 11 IPU, § 13 ust. 1 IPU, że:
   (i) Zamawiający ma prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy do czasu usunięcia wad odbiorowych a tym samym ma stanowić w istocie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy co narusza dopuszczalne formy zabezpieczenia przewidziane w art. 450 pzp;
   (ii) zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym, podczas gdy zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po wykonaniu zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane, czyli po odbiorze końcowym nawet jeżeli w trakcie odbioru stwierdzono wady nieistotne;
   (iii) zabezpieczenie może zostać wniesione wyłącznie w formie gwarancji ubezpieczeniowej, podczas gdy zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być wnoszone w każdej z form przewidzianych w art. 450 pzp a wybór formy zabezpieczenia należy do Wykonawcy
3. Naruszenie **art. 16 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353[1] kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na: Zastrzeżenie w § 14 ust. 1 lit. a), c) d), e), h), i), j), k) IPU kar umownych rażąco wygórowanych:
   (i) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminów na wykonanie określonych obowiązków umownych w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto niezależnie od wielkości zwłoki tj. niezależnie czy zwłoka wynosi 1 dzień czy 10 dni czy też inna wielkość zwłoki, to kara umowna ma wynosić 5% wartości wynagrodzenia. Kara dotyczy zwłoki w wykonaniu projektu budowlanego (§ 14 ust 1 lit. a IPU), zwłoki w przedłożeniu harmonogramu (§ 14 ust. 1 lit b IPU), uchybieniu w dotrzymaniu któregokolwiek z terminów określonych w harmonogramie (§ 14 ust. 1 lit. c IPU). W związku z faktem, że kary dotyczą uchybień terminowych cząstkowych terminów w trakcie realizacji umowy kary te powinny być niższe niż za termin końcowy;
   (ii) wyeliminowanie kar umownych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie (§ 14 ust. 1 lit c IPU) – brak jest uzasadnienia aby każdy z terminów w harmonogramie był zagrożony kara umowną, interes zamawiającego jest wystarczający zabezpieczony poprzez ustalenie terminu na wykonanie projektu budowlanego oraz terminu końcowego;
   (iii) związanych z uchybieniem w dotrzymaniu terminu końcowego (§14 ust. 1 lit. d IPU) – w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki;
   (iv) związanych z uchybieniem terminu usunięcia wad stwierdzonych w okresie gwarancji (§14 ust. 1 lit. e IPU) - w ocenie Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,1% tj. równa wysokości kary za termin końcowy wynagrodzenia jest rażąco wygórowana; kara zwłokę w realizacji obowiązków w okresie gwarancji powinna być na niższym poziomie niż kara

za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego i powinna być w analogicznej wysokości jak w przypadku kary za zwłokę w usunięciu wad w okresie rękojmi (§ 14 ust. 1 lit g IPU);

(v) związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w wysokości 0,2% wynagrodzenia (§14 ust. 1 lit. h IPU) kara jest niezależna od skali uchybienia tj. niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości zwłoki w zapłacie co oznacza, że nieterminowa zapłata nawet niewielkiej kwoty może skutkować pozbawieniem wykonawcy 0,2% wynagrodzenia.

(vi) związanych z uchybieniami w zakresie zgłaszania podwykonawców w wysokości 0,2% wynagrodzenia – w ocenie Wykonawcy zastrzeżone kary są rażąco wygórowane i nie mają charakteru dyscyplinującego a wyłącznie represyjny oraz stwarzają ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego kosztem Wykonawcy (§14 ust. 1 lit. i) – k) IPU).

(vii) Zamawiający zastrzegł górny limit kar umownych w §14 ust. 5 IPU na poziomie 50% wartości umowy – co w ocenie Wykonawcy jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, limit kar umownych nie powinien przekraczać wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 lit. f IPU).

4. Naruszenie **art. 8 ust. 1 pzp w zw. 353[1] kc w zw. z art. 647 kc i art. 491 kc** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w §15 ust. 1 pkt 2 IPU możliwości odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia się ze sporządzeniem projektu budowalnego, o którym mowa § 2 ust. 1 IPU i/lub przekazaniem dokumentacji do uzyskania pozwolenia na budowę:

(i) W sytuacji, gdy opóźnienie przekroczy co najmniej 10 dni – w ocenie wykonawcy termin 10 dni jest terminem zbyt krótkim jako termin aktywujący uprawnienie do odstąpienia od umowy a odstąpienie od umowy powinno być poprzedzone wezwaniem do usunięcia uchybień i wyznaczenie dodatkowego terminu na usunięcie uchybień;

(ii) pozbawienie Wykonawcy prawa do wynagrodzenia za prace wykonane do dnia odstąpienia.

5. Naruszenie art. 353[1] kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1 i 2 pzp, w związku z art. 16 pzp poprzez ustalenie w § 17 ust. 8 IPU poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzacje wynagrodzenia na nierealnym do wystąpienia poziomie 10% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego). Zamawiający ustalając wskaźnik na tym poziomie wykorzystuje pozycję dominującej Zamawiającego jako organizatora postępowania i wbrew obowiązkom ustawowym (pzp) oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, przerzucenie na Wykonawcę ryzyka inflacyjnego oraz ryzyka wzrostu cen w zakresie nieuwzględniającym realiów rynkowych oraz aktualnych wskaźników inflacyjnych i gospodarczych, a tym samym wyłączenie możliwości wprowadzania adekwatnych zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

6. Naruszenie **art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w zw. z w związku z art. 16 pzp i art. 647 kc** poprzez ustalenie w § 17 ust. 1 IPU możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w podpunktach 1.1, 1.3, 1.4 i 1.5 IPU są przypadkami obciążającymi Zamawiającego zgodnie z art. 647 kc (obowiązek uzyskania odpowiednich pozwoleń, odpowiedzialność za przekazanie terenu budowy nadającego się do wykonania robót) lub są przypadkami niezależnymi od Wykonawcy i niemożliwymi do przewidzenia w chwili składania oferty (zmiana prawa).

7. Naruszenie **art. 131 pzp w zw. z art. 138 ust. 4 pzp** poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania ofert i ich złożenia.

Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 21.12.2021 r. zaś termin składania ofert został ustalony w pkt XIII pkt 12.3 SWZ na dzień 20.01.2022 r. Pomiędzy tymi datami upływa co prawda 30 dni jednak termin ten nie spełnia wymagań określonych w art. 131 pzp, gdyż:

(i) Dokumentacja zamieszczona na platformie zakupowej była niekompletna w chwili publikacji ogłoszenia. Pierwsza niekompletna dokumentacja została zamieszczona na platformie dopiero w dniu 27.12.2021 r. o godz. 20:41. Natomiast załącznik nr 4 – Istotne postanowienia umowne Zamawiający zamieścił na platformie w dniu 28.12.2021. PFU w zakresie części rysunkowej zostało uzupełnione w dniu 29.12.2021.

(ii) Termin składania ofert w znacznej części przypada na okres świąteczno-noworoczny, gdzie w tym okresie przypadają 4 dodatkowe dni ustawowo wolne od pracy (25.12, 26.12, 1.01, 6.01) jak również w tym czasie wiele osób korzysta z urlopów wypoczynkowych.

A tym samym wyznaczony termin nie uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania ofert i ich złożenia.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, zmiany treści SWZ oraz załącznika nr 4 do SWZ wzór umowy poprzez:

(i) wyeliminowanie z IPU odbiorów bezusterkowych i zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku braku wad istotnych, jednocześnie strony powinny sporządzić listę wad nieistotnych wraz z terminem ich usunięcia;

(ii) zmiana zapisów IPU dotyczących zabezpieczenia tak, aby wybór formy zabezpieczenia był po stronie Wykonawcy, zwolnienie zabezpieczenia po dokonaniu odbioru końcowego a nie po usunięciu wad odbiorowych, nie traktowanie wstrzymania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jako dodatkowego zabezpieczenia na poczet usunięcia wad odbiorowych;

(iii) zmiana zapisów IPU w zakresie kar umownych tak, aby kary nie były rażąco wygórowane, ustalenie kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji określonych zobowiązań proporcjonalnie do wielkości przekroczenia terminu (ustalenie kar za każdy dzień przekroczenia terminu), zmniejszenie limitu kar umownych, powiązanie kary umownej z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej, ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie, wyeliminowanie kar za naruszenie poszczególnych terminów określonych w harmonogramie;

(iv) Zmianę zapisów dotyczących odstąpienia od Umowy tak aby Wykonawca nie został pozbawiony wynagrodzenia za prace wykonane do dnia odstąpienia, wydłużenie czasu zwłoki wykonawcy dającej zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy, nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do usunięcia uchybień przed skorzystaniem z prawa do odstąpienia od umowy

(v) Ustalenie wskaźnika zmiany cen i kosztów (wskaźnik inflacji) na poziomie dającym wykonawcy realną możliwość domagania się waloryzacji wynagrodzenia;

(vi) Ustalenie możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku gdy dojdzie do zmiany terminu wykonania z przyczyn dotyczących Zamawiającego lub z powodu zmiany prawa.

(vii) Wydłużenie terminu składania ofert tak aby Wykonawcy mieli realną możliwość przygotowania i złożenia ofert tj przedłużenia terminu składania ofert do dnia 18.02.022 r.

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

Ad. III.(i) i (ii)

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 12 ust. 7 lit a), § 12 ust. 9, § 12 ust. 13, IPU otrzymują brzmienie:

§ 12 ust. 7 Jeżeli w trakcie odbioru końcowego stwierdzone zostaną wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadają się do usunięcia – Zamawiający może wedle wyboru Zamawiającego:
   a) odmówić odbioru do czasu usunięcia wad – jeżeli wady mają charakter nieistotny,
   b) dokonać odbioru, jeżeli wady mają charakter nieistotny, w takim wypadku do protokołu odbioru końcowego zostanie załączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia,

§ 12 ust. 9 Termin dokonania odbioru końcowego określa się na 14 dni. Termin ten będzie przedłużony o okres wyznaczony Wykonawcy na usunięcie ewentualnych stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych wad istotnych.

§ 12 ust. 13 Po odbiorze końcowym umowy (tj. po zakończeniu odbioru końcowego) rozpoczynają swój bieg terminy zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 13 umowy.

§13 ust. 1 Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wartości brutto umowy tj. ……..zł, w formie ……. .

Ad. III.(iii) powyżej

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 14 ust. 1 i ust. 5, IPU otrzymują brzmienie:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach:

a) Za zwłokę w terminie wykonania projektu budowlanego, o którym mowa w §2 ust. 1 umowy w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki,

b) Za zwłokę w terminie sporządzenia harmonogramu, o którym mowa w §2 ust. 2 umowy w wysokości 5.000 zł za każdy dzień zwłoki,

c) skreślony,

d) za zwłoki w oddaniu całości przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §3 ust. 1 umowy, liczone za każdy dzień zwłoki,

e) za nie dotrzymanie terminu usunięcia wad stwierdzonych w okresie gwarancji w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki liczonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,

f) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, określonego w § 3 ust. 1 umowy,

g) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi w wysokości 1.000 zł, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego terminu do usunięcia wad,

h) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,2 % niezapłaconego lub nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia umownego brutto przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy za każdy dzień zwłoki,

i) z tytułu nie przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany w wysokości 5.000 zł,

j) za nie przedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 5.000 zł,

k) z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie zmiany terminu zapłaty w wysokości 5.000 zł.

2. Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wartości umowy brutto określonej w § 3 ust.1 umowy.

Ad. III.(iv) powyżej
Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 15 ust. 1 IPU otrzymuje brzmienie:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących sytuacjach:
   1) w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy w całości lub jej części nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia,
   2) z winy Wykonawcy, gdy Wykonawca opóźnia się ze sporządzeniem projektu budowalnego, o którym mowa § 2 ust. 1 umowy i/lub przekazaniem dokumentacji do uzyskania pozwolenia na budowę, a opóźnienie dotyczy co najmniej 10 dni, w tym wypadku Zamawiający może odstąpić od umowy po wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego terminu na sporządzenie projektu budowlanego i/lub przekazanie dokumentacji do uzyskania pozwolenia na budowę nie krótszego niż 7 dni, po odstąpieniu od umowy Wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone proporcjonalnie do zakresu przekazanego Zamawiającemu projektu budowlanego.

Ad. III.(v) powyżej
Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 17 ust. 8 IPU otrzymuje brzmienie:
Wykonawcy przysługuje prawo do zmiany wynagrodzenia w przypadku wzrostu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu umowy wskaźnik wykaże wzrost cen narastająco o więcej niż 5% od daty złożenia ofert. Wynagrodzenie będzie waloryzowane począwszy od pierwszego miesiąca, od kiedy wskaźnik wykaże wzrost cen o więcej niż 5% od daty złożenia ofert. Wartość wynagrodzenia wynikająca ze stanu zaawansowania robót będzie automatycznie powiększana o wartość waloryzacji, bez konieczności zawarcia aneksu do Umowy. Waloryzacji będzie podlegała ta część wynagrodzenia, która będzie podlegała zapłacie po powstaniu prawa do waloryzacji. Wynagrodzenie będzie waloryzowane o wartość wzrostu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej pomniejszonej o 5% (np. w przypadku, gdy wskaźnik wykaże wzrost o 7% wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane o 2%). Łącznie Wynagrodzenie zostanie zwaloryzowane o nie więcej niż 20% pierwotnej wartości.

Ad. III.(vi) powyżej
Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 4 do SWZ – § 17 ust. 1 IPU otrzymuje brzmienie:
Dodano pkt 1.7
§ 17 ust. 1 pkt 1.7 W przypadkach opisanych w podpunktach 1.1, 1.3, 1.4 i 1.5 może również ulec zmianie wynagrodzenie Wykonawcy, jeżeli zamiana terminu powoduje wzrost kosztów wykonawcy. Na koszty przedłużenia składać będą się uzasadnione, rzetelnie udokumentowane przez Wykonawcę oraz uzgodnione i zaakceptowane przez Zamawiającego koszty ogólne budowy poniesione w okresie przedłużenia obejmujące w szczególności:
   (i) media
   (ii) kontenery zaplecza budowy
   (iii) koszty dzierżawy terenu (o ile wystąpią)
   (iv) personel Wykonawcy
   (v) koszty finansowania
   (vi) ochrona budowy

Ad. III.(vii) powyżej
Po uwzględnieniu zmiany treść SWZ – pkt XIII ppkt 12.3 otrzymuje brzmienie:

12.2. Ofertę wraz z wymaganymi załącznikami należy złożyć w terminie do dnia **18.02.2022 r., do godz. 09:00.**

IV. 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 (IPU) będącym załącznikiem do nr 4 SWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy SWZ oraz wzoru umowy Zamawiający narusza swoje obowiązki, gdyż w sposób niezgodny z kc zastrzega rażąco wygórowane kary umowne oraz przewiduje możliwość uchylenia się od odbioru, jeżeli nie występują wady istotne. Zamawiający wyznacza również zbyt krótki termin na złożenie ofert a dokumentację potrzebą do sporządzenia oferty zamieścił na platformie z opóźnieniem. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, w szczególności odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów* ***prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia).*** *Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz."* – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17)

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do

zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

1. **Zamawiający wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nie istotne. Zapisy umowy wprowadzają odbiory bezusterkowe, które są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego.**

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.
Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.
Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony 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.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07
1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.
2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".
Z uzasadnienia
Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, ***że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie.*** *Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90),* ***jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora.*** *Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.*

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12
1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wywrzeć skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwne stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.
2. ***W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC).*** *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.* ***Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia 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.***

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

(i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że:
„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiejkolwiek, nawet drobnej usterki czy tez wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”

(ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, 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 KC). 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. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia 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."

Powyższe oznacza, że treść § 12 ust. 7 pkt 1 lit. a), ust. 9, ust. 13 IPU zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania właściwego odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych zamawiający powinien dokonać odbioru a do protokołu odbioru powinna zostać dołączona lista wad odbiorowych wraz z odpowiednim terminie ich usunięcia. Zapisy umowy powinny zapewnić odpowiednią elastyczność w ustalaniu terminu usunięcia wad tak aby termin ten był dopasowany do charakteru danej wady.

2. **W §12 ust. 7 lit. b) IPU, § 12 ust. 11 IPU, § 13 ust. 1 IPU Zamawiający powiązał płatność końcową z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru końcowego, czyli w istocie płatność końcowa ma stanowić zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych i tym samym naruszony zostaje art. 647 kc i art 654 kc przewidujący w przypadku odbioru końcowego obowiązek zapłaty wynagrodzenia, a w przypadku odbioru częściowego płatności częściowe za roboty częściowo wykonane. Art. 443 pzp przewidujący zapłatę części wynagrodzenia po wykonaniu części umowy, art. 447 ust. 1 pkt 1 pzp wskazuje na płatności wynagrodzenia za odebrane roboty, art. 452 ust. 2 pzp ustalający maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak też art. 450 ust. 1 pzp przyznający wykonawcy prawo do wyboru formy zabezpieczenia.**

Jak wskazano przy zarzucie nr 1 odbiór końcowy powinien nastąpić w przypadku braku wad istotnych. Przy takim założeniu wady nieistotne stwierdzone w trakcie odbioru końcowego są usuwane już po odbiorze końcowym. Skoro wystąpienie wad nieistotnych nie może blokować odbioru końcowego to jednocześnie aktualizuje się kolejny podstawowy obowiązek inwestora (zamawiającego) wynikający z art. 647 kc i art. 654 kc oraz art. 447 pzp do zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zastrzegając możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy Zamawiający w istocie traktuje płatność wynagrodzenia Wykonawcy jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Potraktowanie płatności jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w § 13 ust. 1 IPU stanowi naruszenie pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze zgodnie z art. 450 ust. 1 pzp to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność wynagrodzenia jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę

zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z ustawą pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy (a takiej sumy zabezpieczenie Zamawiający żąda w §13 ust. 1 IPU). Przy obecnych zapisach wzoru umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 13 ust. 1 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 5% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności wynagrodzenia, które będą przekraczać ustaloną wartość zabezpieczenia.

Jednocześnie brak jest podstaw do narzucenia formy zabezpieczenia w § 13 ust. 1 IPU tj., że zabezpieczenie ma mieć formę gwarancji ubezpieczeniowej. Wykonawca powinien mieć prawo do wniesienia zabezpieczenia w każdej z form określonych w art. 450 pzp.

Tym samym odwołujący wnosi o zmianę zapisów dotyczących płatności tak, aby nastąpiły one po podpisaniu protokołu odbioru, bez zastrzeżenia, że Zamawiający ma prawo powstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy.

3. W ocenie odwołującego kary zastrzeżone przez zamawiające we wzorze umowy są rażąco wygórowane i odbiegają od praktyki rynku zamówień publicznych.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:
Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Odnośnie kar umownych z tytułu niedotrzymania terminów na wykonanie określonych obowiązków umownych w wysokości 5% wynagrodzenia czy też terminu końcowego przewidzianych w § 13 ust. 1 IPU odwołujący wskazuje, że kara w wysokości czy to 5% wynagrodzenia czy to 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień jest rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynkowej, gdzie kary są zastrzegane na znacznie niższym poziomie 0d 0,02%-0,1% wynagrodzenia. Dla przykładu w innych postępowaniach dotyczących robot budowlanych związanych ze szpitalami:

(i) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia"; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020 r. pod numerem **2020/S 250-623159 – kara umowna z tytułu niedotrzymania terminu końcowego została ustalona w wysokości 0,05% za każdy dzień**

(ii) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.:„ Rozbudowa kompleksu Szpitalnego wraz z wykonaniem niezbędnych zadań inwestycyjnych na rzecz Szpitala Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 6 sierpnia 2019 r. pod numerem **2019/S 150-368540 -– kara umowna z tytułu niedotrzymania terminu końcowego została ustalona w wysokości 0,1% za każdy dzień**

(iii) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Budowa budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz lądowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR realizowanych w ramach inwestycji pn. „Wieloletni program medyczny – rozbudowa i modernizacja Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2020 r. pod numerem **2020/S 050-117703 - kara umowna z tytułu niedotrzymania terminu końcowego została ustalona w wysokości 0,03% za każdy dzień**

(iv) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja i rozbudowa Szpitala Bielańskiego im. ks. J. Popiełuszki, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej"; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 września 2019 r. pod numerem **2019/S 188-456435 - kara umowna z tytułu niedotrzymania terminu końcowego została ustalona w wysokości 0,02% za każdy dzień.**

(v) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj" zadania inwestycyjnego pn. „Budowa i wyposażenie Ośrodka Radioterapii na terenie Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku" (2). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2021 r. pod numerem **2021/S 118-309153 – kara umowna z tytułu niedotrzymania terminu końcowego została ustalona na poziomie 0,05% za każdy dzień a w przypadku niedotrzymania etapów w wysokości 0,02% za każdy dzień**.

Przytoczone powyżej przykłady dotyczące podobnych postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy pzp a mające za przedmiot umowy na roboty budowlane obiektów szpitalnych wskazują, że zastrzeżone w niniejszym postępowaniu kary umowne z tytułu niedotrzymania terminu końcowego są rażąco wygórowane i odbiegają od standardów rynku pzp.
Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że dla zapewnienie terminowej realizacji zobowiązania wystarczające jest ustalenie kar umownych za poszczególne etapy wykonywania zamówienia (np. opracowanie projektu budowlanego) oraz kary za termin końcowy. Brak jest uzasadnienia dla ustalenia kar umownych za uchybienie każdemu pojedynczemu (cząstkowemu) terminowi przewidzianemu w harmonogramie. Może dojść do sytuacji, że poszczególne terminy w harmonogramie nie zostaną dotrzymanego jednak kluczowe terminy realizacji zamówienia jak również termin końcowy zostanie dotrzymany pomimo uchybieniu cząstkowym terminom określonym w harmonogramie. W ocenie Odwołującego kara umowna przewidziana w § 14 ust. 1 lit. c) IPU jest nieuzasadniona a terminów realizacja przedmiotu zamówienia jest obwarowana karami określonymi w § 14 ust. 1 lit. a), b) i d) IPU.

Zwrócić należy uwagę, że kary umowne przewidziane w § 14 ust. 1 lit. h) do k) IPU związane są z art. 437 ust. 1 pkt 7 lit a) pzp, statuującym m.in. obowiązek zgłaszania podwykonawców do zamawiającego celem objęcia ich solidarną odpowiedzialnością oraz zapewnienie terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, a także nakazujących wprowadzenie w umowie o realizację zamówienia publicznego sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone do uprzednio obowiązującej ustawy pzp na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473) i w aktualnym pzp zostały powielone. Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych

oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: *„W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzenia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (…) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwiać zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców.”*. Dodatkowo odwołać należy się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: „*Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz* ***funkcję prewencyjną****, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia*.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).
Intencją unormowań zawartych w art. 437 ust. 1 pzp jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 447 pzp. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizacje tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego, ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

W ocenie odwołującego kary zastrzeżone w § 14 ust. 1 lit. h)-k) wzoru w wysokości od 0,2% wynagrodzenia Wykonawcy za każdy dzień mają charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego ale charakter represyjny a w razie ich naliczenia prowadziłby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy dotyczących zgłaszania podwykonawcy nie ponosi szkody – szkodą nie są kwoty zapłacone podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności, gdyż wykonawca jest zobowiązany do zwrotu zamawiającemu takich kwot zgodnie z art. 376 § 2 kc. Odwołujący wskazuje, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary w wysokości od 0,2% wynagrodzenia brutto wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu umowy za każdy dzień jest zupełnie oderwana nie tylko od wysokości kwoty, jaka nie została zapłacona na rzecz podwykonawców, ale również od skali opóźnienia w zapłacie.
Dla przykładu wskazać należy, że nieterminowa zapłata o kilka dni kwoty 1.000 zł na rzecz podwykonawcy może skutkować kara umowną w wysokości kilkudziesięciu tysięcy złotych całego wynagrodzenia wykonawcy.
Analogicznie w przypadku nieprawidłowości w zgłaszaniu podwykonawców zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto wykonawcy za każdy dzień. Kara taka jest naliczana pomimo tego, że nie dojdzie do żadnych nieprawidłowości w realizacji zobowiązań w relacji wykonawca – podwykonawcy a jedynie na etapie zgłaszania podwykonawcy do zamawiającego. Kary na tym poziomie w wielu przypadkach mogą przekraczać wartość samej umowy podwykonawczej, która została nieprawidłowo zgłoszona. Kara w tej wysokości przestaje pełnić funkcję prewencyjną i jedyny skutek jakim się charakteryzuje to walor represyjny powiązany z bezpodstawnym wzbogaceniem zamawiającego. Wykonawca nie oczekuje zniesienia tych kar, ale oczekuje ich znaczącego zredukowania do takiej wysokości, aby pełniły rolę przewidzianą ustawą tj. funkcję prewencyjną.

W ocenie wykonawcy kary umowne uregulowane w § 14 ust. 1 lit. e) i g) związane z przekroczeniem terminu usuwania wad w okresie gwarancji i rękojmi są rażąco wygórowane. Zwrócić należy uwagę, że kary umowne przewidziane w § 14 ust. 1 lit e) i g) nie są przeznacza na koszty usuwania wad, ale mają rekompensować zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Istotne jest również to, że we wzorze umowy mnie został ustalony termin na usunięcie wady, ale termin ten będzie wyznaczany przez Zamawiającego jednostronnie. Oznacza to, że wykonawca nie będzie miał kontroli nad terminami wyznaczanymi przez Zamawiającego.
W tych okolicznościach kary umowne za przekroczenie terminu usuwania wad na poziomie 0,3% lub 0,03% wynagrodzenia umownego za każdy dzień są rażąco wygórowane, gdyż nie pozostają w jakimkolwiek związku z potencjalną szkodą grożącą zamawiającemu

W zakresie limitu kar umownych wskazane w § 14 ust. 5 Umowy ustalenie go na poziomie 50% wynagrodzenia wykonawcy jest ustalenie go na rażąco wysokim poziomie. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to 20% wynagrodzenia wykonawcy, który ewentualnie może zostać podwyższony w przypadku naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy ewentualnie ustalenie limitu kar umownych na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

WYROK 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.

WYROK 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 należytą wycenę oferty**.*

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 50% 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)*

4. W ocenie Wykonawcy przyznanie Zamawiającemu w § 15 ust. 1 pkt 2 IPU możliwości odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki wynoszącej 10 dni dotyczącej sporządzenia projektu budowalnego jest uprawnieniem nieuzasadnionym i nadmiernym z punktu widzenia celu umowy.

Odwołujący co do zasady nie kwestionuje możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, w sytuacji gdy Wykonawca nieterminowo realizuje swoje zobowiązania umowne jednakże odwołujący kwestionuje sposób, w jaki Zamawiający zastrzegł te uprawnienie.
W tym zakresie zwrócić należy uwagę na istotne kwestie:

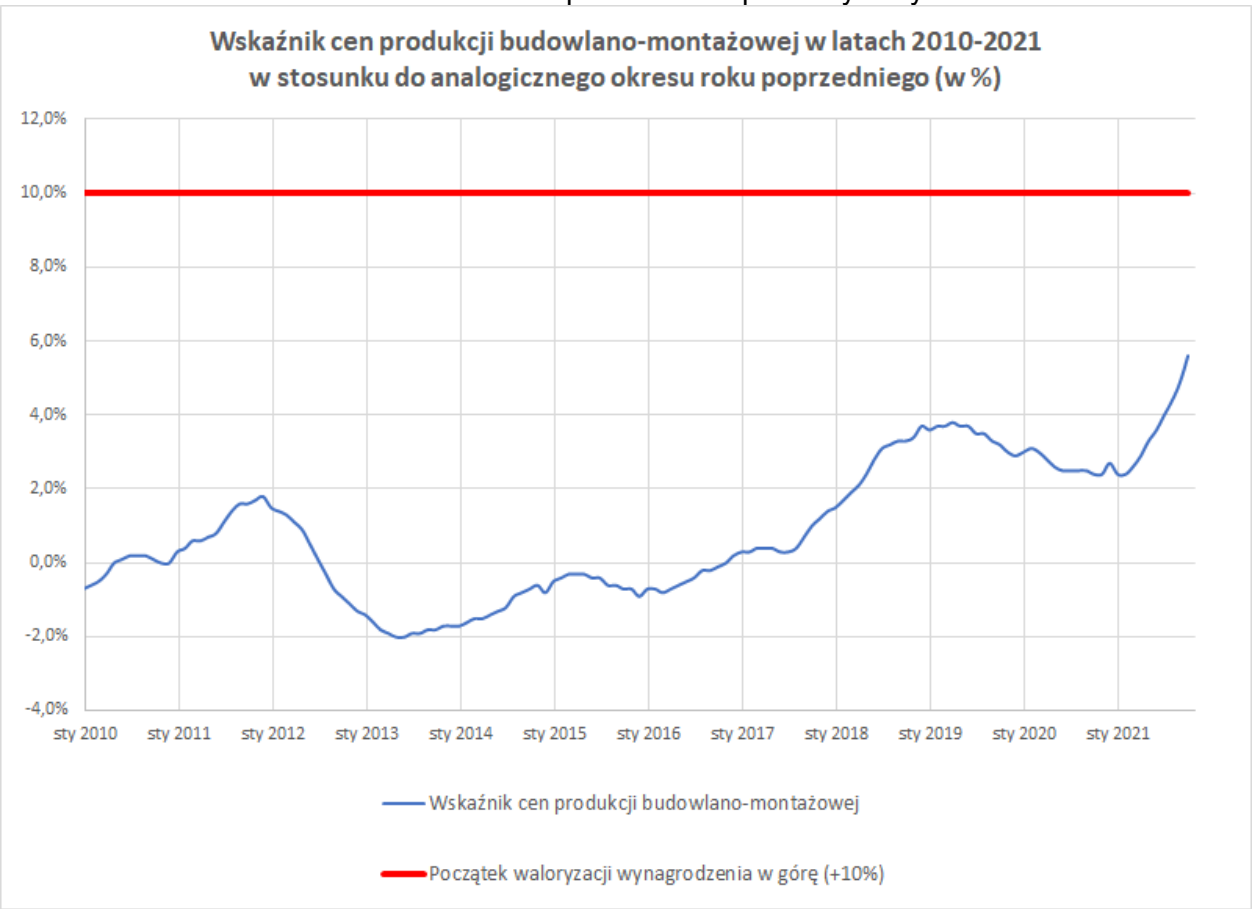
a) 10 dni w przekroczeniu terminu na przekazanie projektu budowlanego jako termin dający uprawnienie do odstąpienia od umowy – Odwołujący podnosi, że zgodnie z § 2 ust. 1 IPU termin realizacji całego przedmiotu umowy wynosi 36 miesięcy w tym 6 miesięcy na wykonanie projektu budowlanego. W kontekście tych terminów 10 dni zwłoki w realizacji pierwszego etapu, jakim jest opracowanie projektu budowlanego, nie jest przekroczeniem na tyle dużym, aby oznaczało brak możliwości dotrzymania terminu końcowego. Tego typu wielkość zwłoki najpewniej będzie możliwa do nadrobienia na etapie realizacji zamówienia w zakresie realizacji robót budowlanych. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że na okoliczność nieterminowego wykonania tego etapu zamawiający przewidział kare umowną, co jest czynnikiem mobilizującym do mitygowania ewentualnych opóźnień w tym zakresie
b) Zgodnie z art. 491 kc wierzyciel przed odstąpieniem od umowy powinien wezwać dłużnika do wykonania zobowiązania i wyznaczyć w tym zakresie odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem odstąpienia od umowy. Oznacza to, że ustawodawca jako preferowane działanie w przypadku nieterminowego wykonywania zobowiązania przez dłużnika wskazuje na dążenie do utrzymania umowy a nie do jej rozwiązania. Odwołujący stoi na stanowisku, że również w tym przypadku zmawiający przed odstąpieniem od umowy powinien wezwać wykonawcę do wykonania zobowiązania (przedłożenia projektu budowlanego) i wyznaczyć odpowiedni dodatkowy termin. Dopiero niedotrzymanie tego dodatkowego terminu powinno aktualizować uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy.
c) Brak jest podstaw do pozbawiania wykonawcy za prace wykonane do dnia odstąpienia, jeżeli zostały one wykonane prawidłowo. Odstąpienie od umowy zostało przewidziane na wypadek nieterminowego przekazania projektu budowlanego co nie oznacza samo przez się, że projekt został wykonany wadliwie. W sytuacji gdy do dnia odstąpienia od umowy wykonawca zrealizował prace projektowe prawidłowo to powinien otrzymać wynagrodzenie za zrealizowaną część prac projektowych.

5. Sposób waloryzacji wynagrodzenia przewidziany w § 17 ust. 8 IPU pozbawia wykonawcę realnej szansy na waloryzację wynagrodzenia.

Zgodnie z § 17 ust. 8 IPU wynagrodzenie należne Wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający we wzorze Umowy przewidział następujące warunki, w których waloryzacja wynagrodzenia może zaistnieć:

- Poziom cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego Wskaźniki wzrośnie w stosunku do roku poprzedniego o więcej niż 10 %.
- Pierwsza zmiana może nastąpić po 12 miesiącach od dnia zawarcia umowy.

Jako wskaźnik stanowiący podstawę zmiany wynagrodzenia Zamawiający wskazał wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej określany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.
Z powyższego wynika, że waloryzacji nie będą mogły podlegać roboty wykonywane w pierwszych 12. miesiącach od podpisania Umowy, gdyż pierwsza zmiana może nastąpić dopiero po 12 miesiącach od dnia jej podpisania,
Termin związania ofertą zgodnie z pkt. 10 ppkt 10.1SWZ wynosi 90 dni, co równa się około trzem miesiącom. Oznacza to, że ewentualna zmiana wynagrodzenia będzie dotyczyć robót budowlanych wykonywanych w ostatnich 24 miesiącach. Powyższe nastąpi przy założeniu, że termin realizacji nie zostanie wydłużony w wyniku jakichkolwiek okoliczności zgodnie z § 18 Umowy.
Z badania historycznej zmienności wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rok do roku zmiany nie przekroczyły 5% w całym okresie dostępnych danych (lata 2010-2021). Zmienność wartości wskaźnika rok do roku pokazano na poniższym wykresie:



Na wykresie wskazano również dwie linie. Czerwoną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zwiększenie wynagrodzenia oraz niebieską obrazującą zmianę wskaźnika cen rok do roku. Pomimo wykorzystania maksymalnego okresu danych historycznych za ponad 10 lat, w żadnym momencie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej nie zmienił się o więcej niż 6 % rok do roku.
Powyższe dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z § 17 ust. 8 IPU ma charakter pozorny. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania

warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

6. **W § 17 ust. 1 IPU Zamawiający przewidział możliwości zmiany terminu realizacji bez możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy przypadki opisane w podpunktach 1.1, 1.3, 1.4 i 1.5 IPU są przypadkami niezależnymi od wykonawcy bądź obciążającymi Zamawiającego.**

Zamawiający w § 17 ust. 1 przewidział okoliczności, które mogą spowodować zmianę terminu realizacji. Takie sfomułowanie zapisu § 17 ust. 1 IPU oznacza, że może dojść jedynie do zmiany j terminu zaś wynagrodzenie wykonawcy pomimo zmiany terminu nie ulegnie zmianie. Mając na względzie takie ograniczenie należy wskazać, że zgodnie z;
- Pkt 1.1 dochodzi do wstrzymania wykonywania robót przez organy administracji. Zamawiający zastrzegł, że wstrzymanie ma nastąpić z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy co oznacza, że przyczyny te musza leżeć po stronie Zamawiającego lub osób trzecich za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. W takim wypadku brak jest uzasadnienia dla pokrywania kosztów przedłużenia przez Wykonawcę;
- pkt 1.3 odkrycie pod powierzchnią gruntu nieprzewidywalnych znalezisk (materiały wybuchowe, materiały niebezpieczne, znaleziska archeologiczne). Posłużenie się sformułowaniem „odkrycie" oznacza, że wystąpienie tych znalezisk jest nieprzewidywalne w chwili składania oferty i tym samym wykonawca składając ofertę nie zakłada występowania tych znalezisk, kosztów związanych z ich usunięciem oraz kosztów przedłużenia terminu. Zwrócić należy uwagę, że to obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia również w zakresie terenu budowy, który ma być przekazany wykonawcy. Zgodnie z art. 647 do podstawowych obowiązków inwestora (zamawiającego) należy przekazania terenu budowy, przy czym prawidłowo realizacja tego obowiązku zakłada, że wykonawca na przekazanym terminie będzie miał możliwość wykonania robót budowlanych. W konsekwencji to zamawiający odpowiada bądź za poinformowanie wykonawcy o znaleziskach, jakie występują pod powierzchnią gruntu tak aby wykonawca wycenił koszt ich usunięcia oraz czas potrzebny na dokonanie tych czynności bądź przekazanie terenu budowy, gdzie takie przeszkody w wykonywaniu robót nie występują. W związku z tym wystąpienie podpowierzchniowych znalezisk stanowiących przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych jest ryzykiem zamawiającego, który z jednej strony powinien wydłużyć termin realizacji umowy a z drugiej strony pokryć koszty przedłużenia realizacji umowy oraz koszty usunięcia znalezisk, które były nieprzewidywalne dla wykonawcy w chwili składania oferty;
- 1.4 wykonawca składa ofertę z uwzględnieniem przepisów obowiązujących w chwili jej składania. W tym kontekście wycenia koszty realizacji przedmiotu umowy w umówionym terminie. W sytuacji gdy w trakcie realizacji przedmiotu umowy dojdzie do zmiany przepisów prawa i skutkuje to wydłużeniem realizacji przedmiotu umowy to dla wykonawcy jest to okoliczność nieprzewidywalna, której nie mógł uwzględnić i tym samym wycenić w składanej przez siebie ofercie. Oznacza to, że koszty wykonywania przedmiotu umowy w przedłużonym terminie powinien pokryć Zamawiający.
- 1.5 dochodzi do zmiany terminu z powodu opóźnień powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W sytuacji, gdy opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy generuje Zamawiający poza zmianą terminu powinno ulec również zmianie wynagrodzenie wykonawcy o koszty związane z realizacją robot w przedłużonym terminie.

Odnośnie wszystkich powyższych przypadków wskazać należy, że przedłużenie terminu realizacji umowy nie pozostaje neutralne kosztowo dla wykonawcy. Wykonawca w przedłużonym czasie musi pokrywać koszty ogólne budowy, na które składają się koszty takie jak
(i) media
(ii) kontenery zaplecza budowy
(iii) koszty dzierżawy terenu (o ile wystąpią)
(iv) personel Wykonawcy

(v) koszty finansowania (koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przedłużenia ubezpieczeń)
(vi) ochrona budowy

Wykonawca kalkuluje koszty ogólne budowy przy zakładanym terminie realizacji. W sytuacji, gdy termin realizacji ulega przedłużeniu, skutkuje to zwiększonymi kosztami ogólnymi budowy w okresie przedłużenia.

7. Zamawiający przewidział minimalny termin na składanie ofert przewidziany w pzp, który jest niewystarczający dla prawidłowego przygotowania oferty.

Odwołujący wskazuje, że ustalenie 30 dniowego terminu składania ofert od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do publikacji odbyło się bez uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich okoliczności a zamawiający pozbawił wykonawców możliwości przygotowania prawidłowych ofert. W tym zakresie podnieść należy, że:

(i) Pomimo przekazania ogłoszenia do publikacji w dniu 21.12.2021 r. to zamawiający w tej dacie nie udostępnił wykonawcom wszystkich dokumentów potrzebnych do sporządzenia oferty. Udostępnienie tych dokumentów nie nastąpiło również w chwili publikacji ogłoszenia. Zamawiający dopiero w dniu 27.12.2021 godz. 20:41 (to jest poza godzinami pracy wykonawców) zamieścił na platformie niekompletną dokumentację postępowania; załącznik nr 4 – Istotne postanowienia umowne Zamawiający zamieścił na platformie w dniu 28.12.2021, zaś PFU w zakresie części rysunkowej zostało uzupełnione w dniu 29.12.2021. Oznacza to, że już tymi działaniami Zamawiający skrócił czas przygotowania ofert o 7 dni;
(ii) Zamawiający ogłosił postępowanie w okresie świąteczno-noworocznym w którym to okresie, aż do 10.01.2022 występuje znaczna ilość dodatkowych dni wolnych od pracy (25.12, 26.12, 1.01, 6.01). Z uwagi na specyfikę tego okresu a także znaczną ilość dni wolnych od pracy w tym okresie przedsiębiorstwa ograniczają znacznie swoją aktywność z uwagi na liczne urlopu wśród pracowników. Ogłaszając postępowanie w tym okresie roku zamawiający powinien przewidzieć dłuższy czas na sporządzenie ofert z uwagi na specyfikę tego okresu i znaczną ilości dni wolnych od pracy tym samym konieczność przewidzenia dłuższego czasu na przygotowanie ofert;
(iii) W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z prostym przedmiotem zamówienia czy też prostymi robotami budowalnymi, ale postępowaniem na wykonanie robót w systemie „zaprojektuj i wybuduj". Mając to na względzie wskazać należy, że PFU przekazane przez Zamawiającego ma charakter mocno poglądowy, a możliwość wyceny robót względem przedstawionej dokumentacji musi zostać poprzedzona przez Wykonawcę wykonaniem bardziej szczegółowego opracowania i bardziej skomplikowanych kalkulacji. Taki przedmiotu zamówienia bardzo komplikuje opracowanie rzetelnej wyceny inwestycji i złożenie konkurencyjnej oferty. Opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w szczególności na czas potrzebny do przygotowania oferty. Istotnym jest, że opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego, który musi go wykonać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, funkcjonalności jakich oczekuje. W przypadku rozbudowy realizowanej w systemie zaprojektuj i wybuduj konieczne jest zawarcie w PFU niezbędnych informacji dla przygotowania oferty. Wobec braku projektu sporządzenie oferty na podstawie PFU jest znacznie trudniejsze i wymaga znacznie większego nakładu pracy po stronie wykonawcy.

Przytoczne okoliczności wskazują, że zamawiający wyznaczając minimalny 30 dniowy termin na sporządzenie oferty nie uwzględnił wytycznych zawartych w art. 131 pzp to jest wyznaczył termin składania ofert bez uwzględnienia złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia.

Z uwagi na powyższe wnoszę 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