



Warszawa, dnia 27.03.2023r.

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

Zamawiający:

Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH -
Państwowy Instytut Badawczy
ul. Chocimska 24, 00-791 Warszawa
e-mail: asmerd@phz.gov.pl
phz@phz.gov.pl
tel.: + 48 22 54 21 400, +48 22 54 21 200
platforma zakupowa: <https://nizp-pzh.ezamawiajacy.pl>

Osoba do kontaktów:

Agata Smerd
e-mail: asmerd@phz.gov.pl

Odwołujący:

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

Osoba do kontaktów:

Katarzyna Pograbska
tel.: + 48 669 892 309
e-mail: katarzyna.pograbska@porr.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utworzenie specjalistycznego Centrum Badawczo-Analitycznego Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie przy ul. Powsińskiej 61/63” (nr referencyjny: O.OZP.260.85.3.2023)

ODWOŁANIE

I. Zakres zaskarżenia.

Działając w imieniu PORR S.A. („Odwołujący”), na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27.03.2023r. w oparciu o art. 513 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2022.1710 ze zm.; „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

PORR S.A.

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

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

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu
27.520.000, 00 PLN

- **[Zarzut nr 1]** nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny poprzez ustalenie w formularzu oferty limitu za wykonanie prac projektowych nieadekwatnego do specyfikacji zamówienia i charakteru wynagrodzenia;
- **[Zarzut nr 2]** ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
- **[Zarzut nr 3]** prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności;

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utworzenie specjalistycznego Centrum Badawczo-Analitycznego Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie przy ul. Powsińskiej 61/63” (nr referencyjny: O.OZP.260.85.3.2023).

II. Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:
 - a) limitu wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych w sposób opisany w pkt III poniżej;
 - b) warunków przyszłej umowy w sposób opisany w pkt III poniżej.

III. Zarzuty i żądania Odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

[Zarzut nr 1]

art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłowe rozbicie w formularzu oferty i w pkt 17.2.2 SWZ wynagrodzenia za poszczególne części zamówienia, tj. ustalenie zaniżonego limitu (4%) za wykonanie prac projektowych;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- podwyższenia do 5,7% limitu ceny za wykonanie prac projektowych w formularzu oferty:

„ procentowa wartość etapu projektowania nie może wynieść więcej niż 4% 5,7% całości wynagrodzenia brutto. W przypadku rozbieżności Zamawiający będzie postępował zgodnie z wytycznymi określonymi w pkt 17.7 SWZ.”.*

- podwyższenia do 5,7% limitu ceny za wykonanie prac projektowych w pkt 17.7 SWZ:

„17.7. UWAGA: Zamawiający ustanowił limit cenowy dla ceny brutto za wykonanie części zamówienia dotyczącej wykonania prac projektowych, który wynosi 4% 5,7% całkowitej ceny oferty brutto. Wskazanie ceny za wykonanie tej części prac przekraczającej tę wartość będzie skutkowało dokonaniem przeliczenia ceny oferty Wykonawcy przez Zamawiającego, o ile Zamawiający będzie dysponował danymi umożliwiającymi dokonanie takiej rekalkulacji. W przeciwnym przypadku niewłaściwa kalkulacja zostanie uznana za błąd w obliczeniu ceny, ze skutkiem odrzucenia oferty Wykonawcy”.

[Zarzut nr 2]

- **art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp** poprzez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji za pomocą konkretnej daty kalendarzowej;
- **art. 433 pkt 3) i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp** - poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który powoduje nałożenie na Wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego wszelkich kosztów i prac, „*choćby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU*” (pkt 7.7 wzoru umowy), co spowoduje nieporównywalność składanych ofert oraz stanowi naruszenie zasady równowagi kontraktowej stron i zasady uczciwej konkurencji;
- **art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** - poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. przyznanie Zamawiającemu prawa do odmowy odbioru robót w przypadku ujawnienia się braków w dokumentacji;
- **art. 463 i art. 464 Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do ingerencji w treść umów podwykonawczych w zakresie wykraczającym poza określony ww. przepisach oraz przyznanie Zamawiającemu możliwości wielokrotnego zgłaszania zastrzeżeń do umów podwykonawczych;
- **art. 465 ust. 3 Pzp** poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do roszczenia regresowego obejmującego odsetki, podczas gdy ww. przepis wprost wskazuje, że bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie wynagrodzenie bez odsetek;
- **art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** - poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane oraz zasadą współdziałania stron przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ustalenie katalogu roszczeń i uprawnień przysługujących Zamawiającemu z tytułu gwarancji nie mających uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego oraz nie uzasadnionych przedmiotem zamówienia;

- art. 483 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 436 pkt 3 Pzp w zw. art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. i art. 16 Pzp - poprzez ustalenie wygórowanych stawek kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz absencji Kluczowego Personelu;
- art. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp - poprzez obarczenie Wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający poprzez ograniczenie podstawy naliczenia kosztów ogólnych w przypadku wydłużenia terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;
- art. 387 § 1 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp - poprzez nałożenie na Wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego obowiązku przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do wszystkich utworów wytworzonych w trakcie realizacji kontraktu z uwagi na wadliwą definicję utworu zawartą w 2.70 SWZ.

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień projektu umowy w następujący sposób:

Postanowienia projektu Umowy	Proponowane zmiany postanowień Umowy
pkt 2.70	Utwór - każdy Dokumentacja Projektowa, dokumentacja powykonawcza i dokumenty o charakterze technicznym stanowiąca utwór w rozumieniu Prawa Autorskiego wytworzone w ramach realizacji Kontraktu;
pkt 2.72	Wada Istotna - Wada powodująca (bezpośrednio lub pośrednio) niezdatność Przedmiotu Kontraktu lub jego części (w tym Urządzeń lub Dokumentacji) do użytkowania lub wyłączająca normalne wykorzystanie Przedmiotu Kontraktu zgodnie z przeznaczeniem i celem określonym w Kontrakcie lub odbierająca mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w Kontrakcie lub ograniczająca możliwości bezpiecznej eksploatacji całości lub jakiegokolwiek samodzielnej funkcjonalnie lub organizacyjnie części Przedmiotu Kontraktu.
Pkt 5.2.2 + Pkt 7.2.2 SWZ	Budowa: okres 20 miesięcy od Dnia Roboczego następującego po uzyskaniu przymiotu ostateczności przez Pozwolenie na Budowę Obiektu Nowego, po wykonaniu wszelkich prac składających się na zakres Budowy, nie później niż do dnia 31 maja 2026 r.
pkt 7.5	Wykonawca, poza przypadkami określonymi w Kontrakcie, nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU.

pkt 10.1	Umowy o Podwykonawstwo nie mogą zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki Podwykonawcy, w szczególności w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących wypłaty wynagrodzenia, w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy.
pkt 10.8.2.5	W przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń do projektu Umowy o Podwykonawstwo lub zmiany Umowy o Podwykonawstwo, 14-dniowy termin, o którym mowa powyżej liczy się na nowo od dnia przedstawienia poprawionego projektu Umowy o Podwykonawstwo lub zmiany Umowy o Podwykonawstwo;
pkt 10.21	W przypadku, gdy Zamawiający zapłaci Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jakkolwiek kwotę z tytułu solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w Kodeksie Cywilnym lub PZP, jak również gdy dokona zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy i nie ma możliwości potrącenia lub zaspokojenia się z ZNW, Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego względem Wykonawcy w pełnej wysokości, tj. obejmującej zapłaconą należność główną oraz wszelkie inne koszty, w tym: odsetki, koszty procesu, koszty egzekucji.
pkt 17.5	Zamawiający przystąpi do odbioru Robót według stanu ich zaawansowania w terminie do 3 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia tych Robót do odbioru. Zamawiający może odrzucić zawiadomienie o osiągnięciu gotowości do odbioru według stanu zaawansowania Robót bez wyznaczenia terminu odbioru – w W przypadku złożenia dokumentów zawierających Wady Istotne lub gdy dokumenty te są niekompletne, ; w takim przypadku Zamawiający poinformuje weszwie Wykonawcę do usunięcia wad lub uzupełnienia braków dokumentacji w wyznaczonym terminie., że nie wyznaczy terminu odbioru, kierując do Wykonawcy uzasadnienie dla zaniechania tej czynności. Zamawiający – w przypadku nieprawidłowego zawiadomienia o gotowości, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym – nie jest obowiązany przyjąć wykonanych Robót.
pkt 19.8	Jeżeli Wada Przedmiotu Kontraktu ujawni się w odpowiednim okresie (Okres Gwarancji), Zamawiający może wedle swego wyboru, który wiąże Wykonawcę: 19.8.1. żądać wymiany na wolny od Wad albo usunięcia Wady lub wymianę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, jeżeli trzy poprzednie naprawy okazały się nieskuteczne , albo 19.8.2. złożyć oświadczenie o obniżeniu Wynagrodzenia, jeżeli wada ma charakter nieusuwalny , albo 19.8.3. złożyć oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu - w przypadku Wady Istotnej.
pkt 19.9	W przypadku, gdy Zamawiający wykonuje uprawnienie w zakresie obniżenia Wynagrodzenia albo odstąpienia od Kontraktu, uprawnienia Zamawiającego nie

	mogą zostać ograniczone poprzez dokonanie przez Wykonawcę wymiany elementu składającego się na Przedmiot Kontraktu na wolny od Wad albo usunięcie Wady.
pkt 20.1.1	odstąpienia od Kontraktu w całości lub w części przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 20 10% Ceny netto, określonej w pkt 7.1;
pkt 20.1.4	niezapewnienia osoby wchodzącej w skład Personelu Kluczowego w wysokości 10 000 000 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w zapewnieniu każdej takiej osoby;
pkt 27.3	Płatności za przedłużenie terminu realizacji w wyniku zdarzeń stanowiących ryzyko Zamawiającego, w zakresie obejmującym koszty ogólne Wykonawcy, będą uwzględniane w wysokości 0,007% Ceny netto, określonej w pkt 7.1 za każdy dzień wydłużenia terminu z uwzględnieniem zmian wynagrodzenia dokonanych na podstawie pkt 25 i indeksacji wynagrodzenia, o której mowa w pkt 26. Kwota wskazana w zdaniu poprzednim wyczerpuje roszczenia Wykonawcy w zakresie rekompensaty kosztów ogólnych. Niezależnie od postanowień Kontraktu możliwa jest jego zmiana w przypadkach określonych w przepisach PZP.

[Zarzut nr 3]

art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

- IV. Termin publikacji ogłoszenia.** Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 17.03.2023r. pod nr 2023/S 055-163681. Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zachowany.
- V.** Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia przyszłej umowy w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.

3. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia.
4. *„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. [...]. Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., sygn.akt: KIO 2036/10).

Uzasadnienie

I. [Zarzut nr 1; Limit prac projektowych].

1. W formularzu oferty Zamawiający dokonał rozbicia ceny na dwie części, tj. cena oferty za projektowanie i cena oferty za budowę. Zamawiający ustalił zbyt niski próg ceny za wykonanie prac projektowych. Limit ten pomija rynkowe ceny wykonywania tego typu usług. Natomiast przekroczenie tego progu może spowodować odrzucenie oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.
2. Przepisy Pzp nie regulują kwestii sposobu określania wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez Zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny. Jednakże sposób obliczenia ceny powinien być dostosowany do specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych oraz obowiązujących przepisów.
3. Natomiast powyższy limit jest sprzeczny z zasadami ustalania wartości prac projektowych określonymi w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.2021.2458).
4. Zgodnie z § 10 ust. 1 ww. rozporządzenia, planowane koszty prac projektowych oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów robót budowlanych, według wzoru: WPP

= $W\% \times WRB$, w którym poszczególne symbole oznaczają: WPP - planowane koszty prac projektowych; W% - wskaźnik procentowy; WRB - planowane koszty robót budowlanych.

5. Natomiast wysokość wskaźnika procentowego (W) ustalono w pkt 1 Załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia. Inwestycję będącą przedmiotem niniejszego zamówienia należy zaliczyć do kategorii VI (budynki centrów medycznych z zapleczem diagnostycznym, hospicja, budynki ośrodków rehabilitacyjnych, domy uzdrowiskowe z zapleczem rehabilitacyjnym) - klasyfikacja do kategorii wyższej w przypadku wymagań większych niż podstawowe, ponieważ projektowany obiekt łączy w sobie więcej niż jedną z funkcji opisanych w tabeli, w odniesieniu do której wskaźnik procentowy (W) wynosi 5,75%.
6. Ponadto ustalony przez Zamawiającego limit wartości prac projektowych całkowicie pomija fakt, że większość wykonawców nie posiada własnego biura projektowego i zmuszona jest do nabywania tego typu usługi na rynku zewnętrznym. W związku z tym z dużym prawdopodobieństwem niemożliwe będzie uzyskanie świadczenia o należytej jakości w ramach limitu ustalonego przez Zamawiającego.
7. Należy bowiem zauważyć, że w ramach niniejszego zamówienia konieczne będzie wykonanie kompletnej Dokumentacji Projektowej w zakresie Etapu I i Etapu II (pkt 4.3.1. wzoru umowy), tj. projektów budowlanych, specyfikacji technicznych, projektów wykonawczych o stopniu szczegółowości niezbędnym do prawidłowego wykonania robót budowlanych i innych prac w zakresie Etapu I i Etapu II i umożliwiających prawidłową ich weryfikację, projektów technicznych oraz Przedmiaru Robót, projektów aranżacji wnętrz, oraz kosztorysu ofertowego i inwestorskiego (pkt 2.5 wzoru umowy).
8. Z tych względów uzasadniony jest wniosek Odwołującego o podwyższenie limitu prac projektowych ustalonego przez Zamawiającego.

II. [Zarzut nr 2; Wzór umowy].

1. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
2. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.
3. „Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać” (wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019r.; sygn.akt: KIO 26/19).

4. W konsekwencji postanowienia umowy sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiającego) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawcę). *„Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)”* (wyrok KIO z dnia 30.10.2017 r., sygn.akt: KIO 2163/17).
4. Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego). *„Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.* (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2021 r.; KIO 3512/20).
5. Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
7. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
8. *„To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego”* (wyrok KIO z 30.10.2017r.; sygn.akt: KIO 2163/17).
9. Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

[pkt 2.70 wzoru umowy]

1. Zamawiający zdefiniował „utwór” w pkt 2.7 wzoru umowy jako *„każdy utwór w rozumieniu Prawa Autorskiego wytworzony w ramach realizacji Kontraktu”*.
2. Oznacza to, że powyższe pojęcie obejmuje swoim zakresem również oprogramowanie będące częścią robót, np. w myśl pkt 11.1 wzoru umowy, Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia platformy do zarządzania Kontraktem, w zakresie opisanym w pkt 6.1 PFU.
3. Wykonawcy w odniesieniu do oprogramowania nie będą w stanie nabyć i przekazać Zamawiającemu praw autorskich. Możliwe w tym zakresie jest bowiem uzyskanie wyłącznie licencji.

4. Zamawiający ma pełną świadomość występowania tego typu ograniczeń, ponieważ w pkt 11.1 wzoru umowy wymaga dostarczenia licencji w odniesieniu do platformy do zarządzania Kontraktem. Jednakże nie uwzględnił tego ograniczenia w definicji „utworu”. Postanowienia umowy są w tym zakresie sprzeczne.
5. Z uwagi na powyższe w pełni uzasadniony jest wniosek Odwołującego zmiany definicji „utworu”.

[pkt 2.72 wzoru umowy]

1. W myśl pkt 2.72 wzoru umowy, „Wada Istotna” to „wada powodująca (bezpośrednio lub pośrednio) niezdatność Przedmiotu Kontraktu lub jego części (w tym Urządzeń lub Dokumentacji) do użytkowania lub wyłączająca normalne wykorzystanie Przedmiotu Kontraktu zgodnie z przeznaczeniem i celem określonym w Kontrakcie lub odbierająca mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w Kontrakcie lub ograniczająca możliwości bezpiecznej eksploatacji całości lub jakiegokolwiek części Przedmiotu Kontraktu”.
2. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27.06.2018r. (sygn.akt: V ACa 1302/17) stwierdził, że wadą istotną jest wada, która uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość.
3. Definicja wady istotnej zawarta w pkt 2.72 wzoru umowy wykracza poza ten zakres. Kwalifikuje bowiem jako wadę istotną nieprawidłowości w wykonawstwie jakiegokolwiek części Przedmiotu Kontraktu, a więc także części których wadliwość nie wyłącza normalnego wykorzystania Przedmiotu Kontraktu zgodnie z przeznaczeniem i celem określonym w Kontrakcie oraz nie odbiera mu cech właściwych lub wyraźnie zastrzeżonych w Kontrakcie.
4. Z uwagi na powyższe uzasadniona jest modyfikacja zaskarżonego zapisu w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

[Pkt 5.2.2 wzoru umowy oraz pkt 7.2.2 SWZ]

1. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia do dnia 31 maja 2026r. Termin ten jest zachowany w przypadku przedstawienia w tej dacie do odbioru Przedmiotu Kontraktu bez Wad Istotnych po uzyskaniu Pozwolenia na Użytkowanie, pod warunkiem podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Budowy.
2. Termin wykonania inwestycji został zatem ustalony za pomocą daty dziennej.
3. Natomiast zgodnie z art. 436 Pzp, planowany termin zakończenia robót budowlanych powinien zostać ustalony w umowie w sprawie zamówienia publicznego w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. „Taki sposób oznaczenia terminu wykonania przedmiotu umowy powoduje, iż wykonawcy nie obciążają negatywne skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak ma to miejsce w przypadku oznaczenia terminu datą dzienną, gdyż termin rozpoczyna swój bieg

dopiero od zdarzenia następującego po rozstrzygnięciu postępowania” (W.Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2021).

4. Powyższy przepis wyjątkowo dopuszcza wskazanie konkretnej daty wykonania umowy, jeżeli jest to uzasadnione obiektywną przyczyną, np. ramami czasowymi wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu.
5. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby ustalenie terminu wykonania zamówienia za pomocą daty dziennej.
6. W pkt 5 SWZ znajduje się jedynie informacja o źródle finansowania zamówienia - środki Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności. Komponent D 3.1.1. Inwestycje w utworzenie specjalistycznych centrów badawczych i analitycznych na potrzeby nauk medycznych, kamień milowy, D35G - Utworzenie specjalistycznego Centrum Badawczo - Analitycznego. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że na dzień wszczęcia postępowania poczynił wszelkie możliwe działania w celu uzyskania finansowania/prefinansowania inwestycji z ww. środków.
7. Co więcej w pkt II.2.14 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił datę początkową realizacji zamówienia na dzień 1.09.2023r. zastrzegając przy tym, że jest to termin orientacyjny, uzależniony od długości trwania procedury.
8. Z powyższych informacji wynika zatem, że Zamawiający w dacie wszczęcia postępowania nie pozyskał jeszcze ww. środków oraz nie zostały ustalone przez instytucję finansującą zasady i terminy ich wydatkowania. W niniejszym postępowaniu nie zachodzi zatem obiektywna przyczyna uzasadniająca ustalenie dziennej daty zakończenia inwestycji.
9. Natomiast analiza terminów ustalonych przez Zamawiającego wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie inwestycji nawet w terminie pierwotnie założonym przez Zamawiającego. Dodatkowo każde wydłużenie procedury udzielenia zamówienia (np. wskutek wnoszenia środków ochrony prawnej) skraca ten termin.
10. Zamawiający ustalił bowiem termin składania ofert na dzień 9.05.2023r., a termin związania ofertą na dzień 5.09.2023r. Orientacyjny termin zawarcia umowy to 1.09.2023r. W związku z tym przy założeniu, że umowa w sprawie realizacji niniejszego zamówienia zostanie zawarta w dniu 1.09.2023r., 12-miesięczny okres projektowania upłynie w dniu 5.09.2024r. W konsekwencji na realizację robót budowlanych i uzyskanie wymaganych pozwoleń (na budowę i następnie na użytkowanie) pozostanie 19 miesięcy. Termin ten jest zbyt krótki na wybudowanie budynku o powierzchni ponad 30 tys. m² wraz z wykończeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.
11. W konsekwencji terminu realizacji zamówienia ustalony przez Zamawiającego nie jest możliwy do dochowania. Natomiast przekroczenie tego terminu naraża Wykonawcę na kary umowne (pkt 20.1.2 wzoru umowy) oraz poważne konsekwencje wynikające m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.
12. Jednocześnie należy wskazać, że „określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt

wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych” (wyrok KIO z dnia 13.11.2018r.; sygn.akt: KIO 2177/18).

13. W niniejszym postępowaniu zbyt krótki termin realizacji inwestycji w istotny sposób ogranicza krąg podmiotów, które będą w stanie złożyć ofertę, co z dużym prawdopodobieństwem spowoduje złożenie wygórowanych oferty, przekraczających budżet Zamawiającego.
14. Zaskarżone postanowienie umownie ogranicza zatem konkurencyjności niniejszego postępowania. Natomiast jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza „zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (Przystępujący) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (podobnie w wyroku z 7 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 443/16 oraz wyroku z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 582/16)” (wyrok KIO z dnia 1.02.2022r.; sygn.akt: KIO 126/22).
15. Z uwagi na powyższe termin realizacji zamówienia powinien zostać zmodyfikowany, zgodnie z propozycją Odwołującego.

[pkt 7.5 wzoru umowy]

1. W myśl pkt 7.5 wzoru umowy, „Wykonawca, poza przypadkami określonymi w Kontrakcie, nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Kontraktu nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub prac koniecznych do zgodnego z Kontraktem wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU”.
2. Za pomocą powyższego postanowienia Zamawiający przerzuca zatem na Wykonawcę ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, które powinno obciążać Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 Pzp.
3. „Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu

zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia” (wyrok KIO z dnia 18.05.2015r.; sygn.akt: KIO 897/15).

4. W wyroku z dnia 8.07.2016r. (sygn. akt: XXIII Ga 675/16) Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, iż ewentualne zmiany w zakresie robót będące następstwem zdarzeń wykrytych w trakcie realizacji inwestycji zgodnie z doświadczeniem życiowym wpływają na koszt oraz na czas realizacji inwestycji.

[pkt 10.1 wzoru umowy]

1. Zgodnie z pkt 10.1 wzoru umowy, „umowy o Podwykonawstwo nie mogą zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki Podwykonawcy, w szczególności w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących wypłaty wynagrodzenia, w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy”.
2. Powyższe postanowienie wzoru umowy jest niezgodne z art. 463 Pzp, w zakresie w jakim przyznaje Zamawiającemu prawo ingerencji w treść umowy podwykonawczej wykraczającym poza kary umowne oraz postanowienia dotyczące wypłaty wynagrodzenia.
3. W myśl ww. przepisu „umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą”.
4. „Art. 463 ustawy Pzp dotyczy postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia. Przepis ten może być zastosowany do umów podwykonawczych w ramach wszystkich rodzajów umów o zamówienie publiczne (roboty budowlane, usługi lub dostawy). Ma on charakter bezwzględnie obowiązujący i stanowi wyjątek od zasady swobody umów uregulowanej w art. 353¹ k.c. Jednakże przepis odnosi się wyłącznie do uregulowań dotyczących kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia. Oznacza to również, że interpretacja zapisów tego przepisów winna odbywać się w sposób ścisły. Zakres zastosowania art. 463 p.z.p. jest ograniczony jedynie do materii kar i warunków wypłaty wynagrodzenia” (wyrok KIO z 26.11.2021r.; sygn.akt: KIO 3282/21).

[pkt 10.8.2.5 wzoru umowy]

1. W myśl pkt 10.8.2.5 wzoru umowy, „w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń do projektu Umowy o Podwykonawstwo lub zmiany Umowy o Podwykonawstwo, 14-dniowy termin, o

którym mowa powyżej liczy się na nowo od dnia przedstawienia poprawionego projektu Umowy o Podwykonawstwo lub zmiany Umowy o Podwykonawstwo”.

2. Zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, powinna m.in. określać termin na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany.
3. W konsekwencji w myśl art. 464 ust. 3 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do złożenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2.
4. Przywołane powyżej przepisy Pzp nie zezwalają na „odnawianie” terminu na zgłaszanie zastrzeżeń przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest do zgłoszenia wszystkich zastrzeżeń w terminie określonym w dokumentach zamówienia. Konsekwencje tego zaniechania określa art. 464 ust. 4 Pzp, w myśl którego zgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w art. 464 ust. 3, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego.

[pkt 10.21 wzoru umowy]

1. Zgodnie z pkt 10.21 wzoru umowy, *„w przypadku, gdy Zamawiający zapłaci Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jakkolwiek kwotę z tytułu solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w Kodeksie Cywilnym lub PZP, jak również gdy dokona zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy i nie ma możliwości potrącenia lub zaspokojenia się z ZNW, Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego względem Wykonawcy w pełnej wysokości, tj. obejmującej zapłaconą należność główną oraz wszelkie inne koszty, w tym: odsetki, koszty procesu, koszty egzekucji”.*
2. Powyższe postanowienie wzoru umowy jest niezgodne z art. 465 ust. 3 Pzp, w myśl którego bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
3. Zgodnie w ww. przepisem odpowiedzialność zamawiającego wobec podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu płatności bezpośrednich za wykonanie robót budowlanych jest ograniczona do wysokości kwoty należności za wykonanie robót budowlanych wynikającej z umowy. Brak zatem podstaw do obejmowania roszczeniem regresowym odsetek, kosztów procesu i kosztów egzekucji.

[pkt 17.5 wzoru umowy]

1. Zgodnie z pkt 17.5 wzoru umowy, *„Zamawiający przystąpi do odbioru Robót według stanu ich zaawansowania w terminie do 3 Dni Roboczych od dnia zgłoszenia tych Robót do odbioru. Zamawiający może odrzucić zawiadomienie o osiągnięciu gotowości do odbioru według stanu zaawansowania Robót bez wyznaczenia terminu odbioru - w przypadku złożenia dokumentów zawierających Wady Istotne*

lub gdy dokumenty te są niekompletne; w takim przypadku Zamawiający poinformuje Wykonawcę, że nie wyznaczy terminu odbioru, kierując do Wykonawcy uzasadnienie dla zaniechania tej czynności. Zamawiający - w przypadku nieprawidłowego zawiadomienia o gotowości, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym - nie jest obowiązany przyjąć wykonanych Robót”.

2. Katalog dokumentów przedkładanych w celu odbioru Robót podlegających odbiorowi według stanu ich zaawansowania określa pkt 17.4 SWZ. Są to m.in. książka obmiarów, instrukcje obsługi czy certyfikaty i aprobaty techniczne.
3. Braki ww. dokumentach nie mogą stanowić przyczyny wstrzymania lub odmowy odbioru wykonanych robót. Tego typu uchybienia podlegają walidacji poprzez wyznaczenie dodatkowego terminu na ich poprawę czy uzupełnienie.
4. Natomiast Zamawiający na podstawie zakwestionowanego zapisu może odmówić odbioru robót wykonanych prawidłowo pod względem technicznym z uwagi na jakiegokolwiek uchybienia w dokumentacji ich dotyczącej. Konwencją powyższego będzie odmowa zapłaty za tę część robót.
5. Jednocześnie Zamawiający formułując zapis w ten sposób nie określa metod naprawy zaistniałej sytuacji. W konsekwencji zaskarżone postanowienie umowne może w istotny sposób zaburzyć proces realizacji i rozliczania inwestycji.

[pkt 19.8 wzoru umowy]

1. W myśl pkt 19.8 wzoru umowy, „jeżeli Wada Przedmiotu Kontraktu ujawni się w odpowiednim okresie (Okres Gwarancji), Zamawiający może wedle swego wyboru, który wiąże Wykonawcę:
 - 19.8.1. żądać wymiany na wolny od Wad albo usunięcia Wady lub wymianę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, albo
 - 19.8.2. złożyć oświadczenie o obniżeniu Wynagrodzenia, albo
 - 19.8.3. złożyć oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu - w przypadku Wady Istotnej”.
2. Przepisy kodeksu cywilnego przyznają pełną swobodę w określeniu treści gwarancji. Obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać, zgodnie z dyspozytywnym art. 577 § 2 k.c., na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy lub jej naprawie albo zapewnieniu innych usług. Obowiązki gwaranta mogą być ograniczone (np. wyłącznie do napraw) albo rozszerzone (np. na umowne prawo odstąpienia).
3. Z uwagi na powyższe Zamawiającemu co do zasady przysługuje prawo do ukształtowania treści gwarancji w umowie o zamówienie publiczne. Jednak zbytne rozszerzenie obowiązków gwaranta w stosunku do standardowych zapisów automatycznie przekłada się na wzrost cen otrzymanych ofert, a w trakcie okresu gwarancyjnego może wywołać skutek odwrotny do zamierzonego, którym jest podstawowym celem gwarancji, tj. przywrócenie pełnej sprawności rzeczy objętej gwarancją.

4. Z uwagi na powyższe uzasadniona jest modyfikacja uprawnień Zamawiającego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

[pkt 19.9 wzoru umowy]

1. W myśl pkt 19.9 wzoru umowy, „w przypadku, gdy Zamawiający wykonuje uprawnienie w zakresie obniżenia Wynagrodzenia albo odstąpienia od Kontraktu, uprawnienia Zamawiającego nie mogą zostać ograniczone poprzez dokonanie przez Wykonawcę wymiany elementu składającego się na Przedmiot Kontraktu na wolny od Wad albo usunięcie Wady”.
2. Zaskarżony zapis powinien zostać usunięty w całości. Podstawowym celem gwarancji jest bowiem zapewnienie pełnej sprawności rzeczy. W związku z tym usunięcie nieprawidłowości przedmiotu zamówienia poprzez wymianę elementu składającego się na Przedmiot Kontraktu na wolny od Wad albo usunięcie Wady, powinny mieć pierwszeństwo przed zastosowaniem przez Zamawiającego uprawnień kształtujących.

[pkt 20.1.1 i pkt 20.1.4 wzoru umowy]

1. Zamawiający w pkt 20.1.1 i pkt 20.1.4 wzoru umowy ustalił wygórowane stawki kar umownych z tytułu odstąpienia od Kontraktu w całości lub w części przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (20 % Ceny netto) oraz z tytułu niezapewnienia osoby wchodzącej w skład Personelu Kluczowego. w wysokości (10 000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki).
2. Zamawiający ukształtował zaskarżone zapisy w oderwaniu od zakresu i rodzaju naruszenia obowiązków umowy oraz wielkości i specyfiki przedmiotu zamówienia, a także pominął obowiązujące na rynku budownictwa kubaturowego standardy ustalania wysokości kar umownych.
3. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
4. W myśl art. 436 pkt 3 Pzp, obligatoryjnym postanowieniem umownym jest maksymalna wysokość kar umownych. Przepisy Pzp i przepisy k.c. nie określają jednak wysokości kar umownych ani ich limitów. W praktyce zamówień publicznych określenie górnego limit kar umownych dokonywane jest samodzielnie przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy.
5. Ustalając wysokość kar umownych Zamawiający powinien uwzględnić funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 maja 2022 r., sygn.akt: I AGa 144/21).
6. Kara umowna, w polskim systemie prawnym stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania. Podstawową funkcją kar umownych jest zatem naprawienie szkody wyrządzonej

Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. W związku z tym nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku Zamawiającego.

7. Należy zwrócić uwagę, że restrykcyjne lub nieproporcjonalne do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kary umowne, w sposób bezpośredni wpływają na konkurencyjność postępowania. Powodują bowiem, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.
8. Jednocześnie „z art. 7 ust. 1 p.z.p. wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadą proporcjonalności, która pozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego“ (wyrok KIO z dnia 30.10.2020r.; sygn.akt: KIO 2652/20).
9. W niniejszym przypadku Zamawiający określając wysokość zaskarżonych kar umownych skupił się na ich funkcji represyjnej.
10. Jak podkreśla się w judykaturze „katalog kryteriów branych pod uwagę przy ocenie wysokości zastrzeżonej kary umownej jest katalogiem otwartym i badanym in casu w odniesieniu do każdego stanu faktycznego. W myśl wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 października 2015 r., I ACa 502/15: „do kryteriów oceny rażącego wygórowania kary umownej zaliczyć należy: nieponiesienie przez wierzyciela żadnej szkody, nikły bądź umiarkowany rozmiar doznanej szkody, wygórowaną wysokość zastrzeżonej kary umownej w stosunku do wartości szkody doznanej przez wierzyciela, wygórowaną wysokość zastrzeżonej kary umownej w stosunku do kwoty należnego wynagrodzenia oraz brak winy lub niewielki stopień winy dłużnika; jeżeli bowiem brak winy nie wyłącza odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania to wina i jej stopień ma znaczenie przy miarkowaniu kary umownej”. (vide także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 14 kwietnia 2015 r. V ACa 738/14, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi - I Wydział Cywilny z dnia 27 kwietnia 2015 r. I ACa 1608/14)” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXV Wydział Cywilny z dnia 31 maja 2016 r.; sygn.akt: XXV C 1270/13).
11. W przypadku obydwu zakwestionowanych kar umownych ich stawki są wygórowane w stosunku do kwoty należnego wynagrodzenia. Wskazać przy tym należy, że Urząd Zamówień Publicznych w

opracowaniu dotyczącym dobrych i negatywnych praktyk kontraktowych wskazał jako przykłady dobrej praktyki kontraktowej (rekomendowany kierunek regulacji) ustalenie kary za odstąpienie od umowy nie wyższej niż 10% wartości wynagrodzenia.

12. Z powyższych względów wysokość zaskarżonych kar umownych nie powinna przekraczać kwot zaproponowanych przez Odwołującego.


[pkt 27.3 wzoru umowy]

1. Zgodnie z pkt 27.3 wzoru umowy, „płatności za przedłużenie terminu realizacji w wyniku zdarzeń stanowiących ryzyko Zamawiającego, w zakresie obejmującym koszty ogólne Wykonawcy, będą uwzględniane w wysokości 0,007% Ceny netto, określonej w pkt 7.1 za każdy dzień wydłużenia terminu. Kwota wskazana w zdaniu poprzednim wyczerpuje roszczenia Wykonawcy w zakresie rekompensaty kosztów ogólnych. Niezależnie od postanowień Kontraktu możliwa jest jego zmiana w przypadkach określonych w przepisach PZP”.
2. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3 Pzp).
3. Natomiast zaskarżone postanowienie dotyczy sytuacji, w których przedłużenie terminu realizacji jest następstwem zdarzeń stanowiących ryzyko Zamawiającego. W związku z tym obowiązkiem Zamawiającego jest pełna rekompensata dodatkowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z zaistniałą sytuacją.
4. Z tego względu wynagrodzenie stanowiące kwotę bazową do naliczenia wysokości kosztów ogólnych w przypadku przedłużenia terminu realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego powinno uwzględniać podwyżki wynagrodzenia dokonane na podstawie pkt 25 (zmiany umowy) i pkt 26 (indeksacja), które nastąpiły po dacie zawarcia umowy.

[Zarzut nr 3; podstawowe zasady udzielania zamówień]

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

Za PORR S.A.


Tomasz Pająk
Kierownik Działu

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;
- odpis z KRS PORR S.A.;
- pełnomocnictwa z dnia 27.03.2023r. wraz dowodem wniesienia opłaty skarbowej.