

Warszawa, 2 czerwca 2017 r.

Do
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a (budynek Adgar Plaza),
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Polski Związek Pracodawców Budownictwa

ul. Kaliska 23 lok. U4

02-316 Warszawa

tel. 22 114-95-26

fax. 22 119-95-73

e-mail: sekretariat@pzpb.com.pl

Zamawiający:

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.

Ul. Obozowa 43

01-161 Warszawa

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonawstwo zadania p.n.: „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego przekształcania odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie” realizowanego w ramach Przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Zabranieckiej 2, w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy”, numer zamówienia: JRP.27.2.2017.MP (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późniejszymi

zmianami), zwanej dalej „ustawą”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz.U./S 98 193065-2017-PL z dnia 23 maja 2017 r.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonawstwo zadania p.n.: „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego przekształcania odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie” realizowanego w ramach Przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Zabranieckiej 2, w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy”.

3. Postanowieniom SIWZ Odwołujący stawia następujące zarzuty:
 - a) zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust.1 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
 - b) zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust.1 PZP w zw. z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
 - c) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, jak

również art.647 i 648 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 14 i art.139 ustawy, zgodnie z którymi projekt budowlany winien stanowić część składową umowy o roboty budowlane i na Zamawiającym ciąży obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonej w tym zakresie dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę.

4. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:
 - a) zmienił treść SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
 - b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy.
5. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 maja 2017 r., a zatem termin na wniesienie odwołania określony w art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy został dochowany.
6. Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości i przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.
7. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.
8. Odwołujący wskazuje, że jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r, przez Prezesa Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Już sama ta okoliczność w połączeniu z treścią art. 179 ust. 2 ustawy Pzp, przyznająca uprawnienie do kwestionowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt. 5

ustawy pzp, determinuje, że Odwołujący może skorzystać ze swoich uprawnień poprzez wniesienie odwołania o niniejszej treści.

W tym miejscu należy również wskazać, że Polski Związek Pracodawców Budownictwa to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy z branży infrastruktury i budownictwa, które wspólnie reprezentują ponad 70 procent potencjału rynku generalnego wykonawstwa inwestycji w Polsce. Jednym z najistotniejszych celów związku jest właśnie ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienie publiczne. Ponadto celem związku jest przyczynienie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej. W przekonaniu Związku, naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach niniejszego postępowania, godzą w interesy zrzeszonych w ramach związku członków, w szczególności postulowaną przez Związek zasadę **równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej**. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy i dowolny kształtują stosunek zobowiązaniowy, kształtując ciężar ryzyka, który obarcza w tym wypadku Wykonawcę w taki sposób i w takim rozmiarze, że niewątpliwie Zamawiający przekracza ustawowe upoważnienie do swobody umów, czyniąc tym samym niemożliwym ustalenie wszelkich okoliczności i ryzyk, umożliwiających sporządzenie rzetelnej i spełniającej wymagania Zamawiającego oferty.

Odwołanie jest bezwzględnie konieczne, aby nie doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy. Jako Związek reprezentujący interesy firm branży budowlanej podnosimy, że nie bez znaczenia są ogólnie przyjęte dobre obyczaje, które zdaniem Związku zostały pominięte lub zlekceważone. Co prawda, dobre obyczaje kupieckie są odbiciem swoistego zbioru norm pozaprawnych i stanowią jedynie zbiór zachowań społecznie pożądaných i praktykowanych, ale podnieść należy, że zgodnie z orzecznictwem sądów „dobre obyczaje to ogólne reguły uczciwości kupieckiej, pojawiające się w związku z prowadzeniem działalności handlowej przez przedsiębiorców. Obowiązują one wszystkich uczestników obrotu handlowego”

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 roku, sygn. akt III CSK 100/08). Ponadto „sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może być ona uznana za nieetyczną. Chodzi przy tym jednak raczej nie o ocenę z punktu widzenia etyki przeciętnego, uczciwego człowieka, lecz o oceny nastawione na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania spółki pod względem ekonomicznym” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2005 roku, sygn. akt IV CK 607/04). Sprzeczne z przepisami wskazanymi w odwołaniu oraz dobrymi obyczajami kupieckimi sformułowania zawarte w SIWZ godzą w interesy podmiotów zrzeszonych w Związku. Mogą one spowodować, że ubiegający się o zamówienie nie będzie w stanie albo w ogóle złożyć oferty (gdyż ryzyko związane z umową jest bardzo duże, a koszty wręcz trudne do oszacowania, skutkiem czego należy się spodziewać, iż przychody z umowy nie pokryją kosztów z nią związanych) albo - w przypadku decyzji o złożeniu oferty narazi się na realizację zamówienia na bardzo niekorzystnych warunkach, lub też chcąc uwzględnić wysoki stopień ryzyka w cenie - nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia - co poświadcza, iż może ponieść wymierną szkodę majątkową.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

UZASADNIENIE

Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, czego nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Podobnie jak każde inne postanowienie SIWZ (np. opis przedmiotu zamówienia), wzór umowy podlega ustaleniu z wykonawcami, także z punktu widzenia przestrzegania fundamentalnej zasady kodeksu cywilnego, jakim jest art. 5 Kc, który stanowi iż *„nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”*.

Postanowienia kodeksu cywilnego mają zasadnicze znaczenie dla ukształtowania każdego stosunku umownego i umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tego

punktu widzenia, nie stanowią jakiegokolwiek wyjątku. Dlatego też najczęściej w umowach w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza się odesłanie do stosowania, w zakresie nie uregulowanym umową, nie tylko przepisów ustawy, ale i Kc. Należy również zauważyć, że gdyby nie zamieszczono takiej regulacji, odesłanie o charakterze obligatoryjnym wynika wprost z przepisu art. 139 ust. 1 ustawy. Poprzez powyższe odesłanie przepis art. 353¹ Kc., będzie miał zastosowanie w każdej umowie o zamówienie publiczne.

Wskazać także należy, że przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest zatem dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki obu stron, w szczególności wykonawców, jakie ciążą na nich w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu. **Z tego względu specyfikacja powinna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego**¹. Jest to niezbędne do zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, które to obowiązki ustawodawca nałożył na Zamawiającego już na etapie przygotowania zamówienia publicznego. Co prawda, z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, co jednak już po takim przygotowaniu projektu nie wyłącza ułożenia stosunku prawnego przez strony w toku postępowania, np. poprzez pytania, odwołania, czy modyfikacje.

Wreszcie należy w sposób szczególny podkreślić, że przepisy Kc wprost przewidują równość stron stosunku cywilnego. Innymi słowy w treści Kc nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie Zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Także żaden przepis ustawy nie uprawnia zamawiającego do czynienia wyłomu w zasadzie równości stron stosunku umownego i prymatu regulacji zawartych w Kc przy

¹ Por. wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r. sygn.. akt KIO 1533/12

zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, które odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przesądzają o czysto cywilistycznym stosunku, jaki powstaje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego powinna być tak ukształtowana, by realizacja zamówienia była możliwa. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych ofert w przetargu. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.²

Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art.29 ust.1 i2 Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych zamianieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Co prawda przyjęło się, iż wszelkie wątpliwości, niejasności i nieprecyzyjności w **opisie przedmiotu zamówienia** tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy, jednak precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarantuje zarówno porównywalność ofert (wszyscy wykonawcy składają ofertę na „to samo”), jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Dlatego też **braki czy niejasności opisu** także na tym etapie będą miały zasadnicze znaczenie. Może bowiem powstać konflikt pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na tle sposobu wykonania zamówienia, rodzaju dostarczanych towarów, sposobu świadczenia usług czy realizacji robót budowlanych.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, Odwołujący pragnie wskazać na następujące kwestie.

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kc i art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy, ponieważ zawarte we wzorze postanowienia umowy świadczą o przekroczeniu przez Zamawiającego granic swobody umów poprzez naruszenie wskazanych w uzasadnieniu odwołania przepisów i kodeksu cywilnego, stwierdzić należy co następuje.

² Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r. , sygn..akt IVCa 508/05

Zamawiający we wzorze umowy (Część II do SIWZ) następujące postanowienia:

Klauzula 8 Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenia

8.7 Kary umowne

„Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Kontraktu Zamawiający może żądać od

Wykonawcy zapłaty następujących kar umownych:

[...]

- 8. za brak publikacji Modeli zgodnie z Załącznikiem BIM - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,*
- 9. za brak wydania Modeli zgodnie z Załącznikiem BIM - w wysokości 50.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,*
- 10. za brak prowadzenia Dokumentów Modelowania - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,*
- 11. za niestosowanie się przez Wykonawcę do zaakceptowanego planu komunikacji i Wymagań BIM w zakresie Platformy CDE zgodnie z wymaganiami klauzuli 1.3 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5.000 zł, za każdy taki przypadek,*

[...]

- 27. za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy (dalszemu Podwykonawcy), w tym także dostawcy lub usługodawcy, zgodnie z klauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych - w wysokości 10% wymagalnego łącznego wynagrodzenia brutto przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy jednak nie mniej niż 50 000 zł za każdy stwierdzony przypadek,*

[...]

- 29. za brak dostępności Kluczowych Specjalistów zgodnie z wymaganiami klauzuli 6.8 Warunków Kontraktowych za każdy dzień braku dostępności któregośkolwiek z Kluczowych Specjalistów w wysokości 20 000 zł za każdy dzień braku dostępności,*

[...]

- 42. za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - wysokości 50.000 zł. za każdy stwierdzony przypadek.*

Kara umowna to zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi

przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Z założenia kara umowna ma stanowić ułatwienie przy dochodzeniu roszczeń w przypadku, gdy druga strona nie wykona umowy lub wykona ją nienależycie. Jest zastrzeżenie nie jest niczym nadzwyczajnym w przypadku kontraktów, w szczególności kontraktów budowlanych. Nie mniej jednak już na podstawie wzoru umowy, gdzie zastrzeżono bardzo obszerny katalog sankcji i łączną sumę kar na poziomie 30% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, można zauważyć, że postanowienia dotyczące zastrzeżenia kar w wysokości znacznie wygórowanej zostały przewidziane tylko dla jednej ze stron, mianowicie dla Zamawiającego. Takie kształtowanie postanowień umowy poprzez jednostronne uprzywilejowanie należy uznać za sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego. Powyższe postanowienie w oczywisty sposób uprzywilejowuje Zamawiającego, a dyskryminuje Wykonawcę, któremu analogicznych uprawnień we wzorze umowy nie przyznano.

Wydaje się, że Zamawiający nie zauważa, że tego rodzaju postanowienia mogą okazać się niebezpieczne dla samego procesu inwestycyjnego, a tym samym dla Zamawiającego, bowiem Wykonawca, może nie udźwignąć finansowych kosztów tego ryzyka. Efektem może być np. zejście przez Wykonawcę z placu budowy i odwołanie realizacji inwestycji w czasie, a w skrajnym przypadku nawet upadłość trakcie inwestycji. Tak znacząco wygórowana wysokość kar w kierunku Wykonawcy może nie tylko utrudniać realizację inwestycji, ale też dodatkowo paraliżować i utrudniać współpracę stron stosunku zobowiązaniowego.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się zmniejszenia katalogu kar i wykreślenia punktów 8, 9, 10, 11, 27, 29 oraz 42 i zmiany wzoru umowy w pkt.8.7 poprzez nadanie mu następującej treści:

„Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Kontraktu Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty następujących kar umownych:

- 1. w razie niewykonania zobowiązania do zrealizowania Robót określonych w Programie lub Harmonogramie Modelowania w terminach w nich wskazanych - w wysokości 0,2 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w realizacji Robót określonych w Programie lub Harmonogramie Modelowania. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym dane Roboty powinny zostać wykonane zgodnie z Programem, Kontraktem, PFU lub*

Harmonogramem Modelowania aż do dnia stwierdzenia zakończenia ich realizacji. Zamawiający powstrzyma się z egzekwowaniem tak naliczonej kary umownej za zwłokę w wykonaniu Robót określonych w Programie, jeżeli Wykonawca przedstawi Zamawiającemu gwarancję bankową zapłaty tak ustalonej kary umownej w brzmieniu uzgodnionym wcześniej z Zamawiającym. Jeżeli Wykonawca wykona przedmiot Kontraktu w Czasie na Wykonanie wówczas na podstawie niniejszego punktu kara umowna zostanie uchylona.

- 2. za przekroczenie terminu usunięcia nieprawidłowości (w tym wad, usterek lub braków) stwierdzonych w Protokole Odbioru Końcowego Robót, Świadectwie Przejęcia Robót lub w Okresie Zgłaszania Wad w okresie Gwarancji dla Robót lub w Okresie Gwarancji dla Urządzeń wraz z montażem technologicznym lub w okresie Rękopis - w wysokości 0,005 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; Kara umowna za przekroczenie terminu do usunięcia nieprawidłowości, o których mowa powyżej naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym nieprawidłowość powinna zostać usunięta, aż do dnia stwierdzenia jej usunięcia stosownym protokołem,*
- 3. w razie zwłoki w wykonaniu całego przedmiotu Kontraktu w terminie wskazanym w Czasie na Wykonanie, o którym mowa w klauzuli 8.2 - w wysokości 0,2 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w realizacji przedmiotu Kontraktu. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym przedmiot Kontraktu powinien zostać wykonany zgodnie z klauzulą 8.2 lub na jej podstawie, aż do dnia stwierdzenia zakończenia jego realizacji potwierdzonego Świadectwem Przejęcia Robót,*
- 4. w razie zwłoki Wykonawcy w wykonaniu Projektu Budowlanego Ciepłociągu Północnego Zewnętrzny w terminie wskazanym w PFU tj. w terminie nie później niż 4 miesiące od dnia wejścia na Teren Budowy - w wysokości 0,005 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*
- 5. za każdy przypadek przerwania ciągłości pracy Linii nr 1 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 2.000 złotych, za każdą rozpoczętą godzinę braku / utrudnienia pracy Linii nr 1. Kara umowna naliczana będzie od godziny, w której zostanie stwierdzony przypadek przerwania ciągłości pracy Linii nr 1, aż do godziny, w której ciągłość pracy Linii 1 została w pełni przywrócona, co zostanie potwierdzone przez Zamawiającego stosownym protokołem,*
- 6. za każdy przypadek nieuzasadnionego wydłużenia przerwy technologicznej Linii nr 1 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 2.000 złotych, za każdą rozpoczętą godzinę ponad czas ustalonej i zaakceptowanej przez Inżyniera przerwy technologicznej Linii nr 1. Kara umowna naliczana będzie od godziny, w której zostanie stwierdzony przypadek nieuzasadnionego wydłużenia przerwy technologicznej Linii nr 1, aż do godziny, w której ciągłość pracy Linii nr 1 została w pełni przywrócona, co*

- zostanie potwierdzone przez Zamawiającego stosownym protokołem,*
7. *za nieprzystąpienie do serwisu zgodnie z zaleceniami producenta danej instalacji, materiału lub urządzenia i/lub zgodnie z wymaganiami Kontraktu lub PFU, lub nie przystąpienia do realizacji dostaw części zamiennych zgodnie z wymaganiami Kontraktu lub PFU - w wysokości 25.000 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu obowiązku przystąpienia do serwisu lub realizacji dostaw części zamiennych. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym serwis powinien zostać wykonany / części zamienne powinny zostać dostarczone i zamontowane, aż do dnia zakończenia realizacji w/w usług potwierdzonego stosownym protokołem,*
 8. *za niestosowanie się przez Wykonawcę do obowiązku korzystania z ustalonego w ramach Schematu Współpracy planu komunikacji - w wysokości 5.000 zł, za każdy taki przypadek,*
 9. *za każde naruszenie obowiązku zachowania poufności, o którym mowa w klauzuli 1.12 Warunków Kontraktowych - w wysokości 50.000 zł, za każdy taki przypadek,*
 10. *za nie zapewnienie w terminie wskazanym w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych rzecznika prasowego inwestycji - w wysokości 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w zapewnieniu rzecznika prasowego inwestycji. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym rzecznik powinien być zapewniony zgodnie z postanowieniami klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych aż do dnia faktycznego jego zapewnienia,*
 11. *za brak dyspozycyjności rzecznika, zgodnie z postanowieniami klauzuli 4.1, w godzinach od 9 do 17 każdego dnia roboczego - w wysokości 1.000 zł za każdą godzinę braku dyspozycyjności rzecznika,*
 12. *za nie utworzenie profilu przedsięwzięcia na portalu społecznościowym Facebook o którym mowa w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych w terminie określonym w klauzuli w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych w wysokości 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w utworzeniu profilu przedsięwzięcia na portalu społecznościowym Facebook,*
 13. *za przekroczenie czasu - 12 godzin - udzielenia odpowiedzi na pytania uczestników zgodnie z postanowieniami klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych, w wysokości 1.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę powyżej 12 godzinnego czasu na udzielenie odpowiedzi na pytania,*
 14. *za brak współpracy Wykonawcy z wykonawcą Kontraktu 7 lub Kontraktu nr 6 przy realizacji któregośkolwiek z obowiązków wynikających z niniejszego Kontraktu - w wysokości 50.000 za każdy taki przypadek,*
 15. *za brak uruchomienia elektronicznego systemu ewidencji wejść i wyjść na Teren Budowy (kart magnetyczne) zgodnie z pkt 2.3.6.3 Kontrola dostępu PFU w wysokości 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uruchomieniu w/w systemu,*
 16. *za nie uruchomienie w terminie wymaganym w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych oraz zapisami pkt 2.1.6. Centrum Informacyjne PFU Centrum Informacyjnego w*

- wysokości 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w uruchomieniu w/w Centrum,
17. za nieobecności osoby w Centrum Informacyjnym zgodnie z wymaganiami klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych oraz pkt 2.1.6. Centrum Informacyjne PFU w wysokości 5.000 zł za każdy rozpoczęty dzień nieobecności,
 18. za brak opracowania Planu BIOZ z załącznikiem graficznym oraz nie wykonanie jego aktualizacji (w tym aktualizacji załącznika graficznego) na każde polecenie Inżyniera zgodnie z postanowieniami klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5.000 zł, za każdy taki przypadek,
 19. za nie udostępnienie lub zwłokę w udostępnieniu zaplecza biurowego dla JRP w terminie wymaganym w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych i pkt 2.3.6 Zaplecze budowy PFU w wysokości 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
 20. za nie udostępnienie lub zwłokę w udostępnieniu zaplecza biurowego dla Inżyniera w terminie wymaganym w klauzuli 4.1 Warunków Kontraktowych i pkt 2.3.6 Zaplecze budowy PFU w wysokości 20 000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,
 21. za powierzenie wykonania części przedmiotu Kontraktu Podwykonawcom (dalszym Podwykonawcom) bez zgody Zamawiającego tj. nie zgodnie z klauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych lub powierzenie do podwykonania części, które Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez Wykonawcę - w wysokości 30.000 zł, za każdy taki przypadek,
 22. za nieprzedłożenie do zaakceptowania przez Zamawiającego lub Inżyniera projektu Umowy o podwykonawstwo (lub projektu jej zmiany) zgodnie z klauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych lub nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii Umowy z Podwykonawcą, której przedmiotem są dostawy lub usługi lub jej zmiany w terminie określonym w klauzuli 4.4 Warunków Kontraktowych, bądź też przedstawienie Umowy z Podwykonawcą niezgodnej z postanowieniami określonymi w klauzuli 4.4 Warunków Kontraktowych- w wysokości 10.000 zł, za każdy taki przypadek,
 23. za nieprzedstawienie w wyznaczonym terminie informacji lub dokumentów, o których mowa w klauzuli 6.1 Warunków Kontraktowych - w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przedstawieniu informacji lub dokumentów, o których mowa w klauzuli 6.1 Warunków Kontraktowych,
 24. za nieprzedstawienie programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1 w terminie 28 dni od dnia podpisania Kontraktu, nieusunięcie nieprawidłowości programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1 w terminie wyznaczonym przez Inżyniera lub niewykonanie aktualizacji programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1 na żądanie Inżyniera oraz w terminie przez niego wyznaczonym zgodnie z wymaganiami klauzuli 4.8 Warunków Kontraktowych w wysokości 5.000 zł za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1, w usunięciu nieprawidłowości programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1 lub wykonaniu aktualizacji programu utrzymania ciągłości pracy Linii nr 1 na żądanie Inżyniera,
 25. za nieprzedstawienie i/lub rozpoczęcie Robót bez Planu Zapewnienia Jakości w terminie

- i zakresie, o którym mowa w klauzuli 4.9 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przedstawieniu Planu Zapewnienia Jakości lub za każdy rozpoczęty dzień wykonywania Robót bez zatwierdzonego Planu Zapewnienia Jakości,*
26. *za wykonywanie Robót bez zaakceptowanego przez Inżyniera Modelu Powykonawczego w dacie określonej w Harmonogramie Modelowania - w wysokości 5000 zł za każdy dzień zwłoki za każdy dzień wykonywania Robót bez zatwierdzonego Modelu Powykonawczego,*
 27. *za nieprzekazanie Raportu o Postępie w terminach i zakresie określonym w klauzuli 4.21 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przedstawieniu Raportu o Postępie zgodnie z wymaganiami klauzuli 4.21 Warunków Kontraktowych,*
 28. *za każdy przypadek niezastosowania się przez Wykonawcę do zaakceptowanego planu zarządzania Dokumentami Wykonawcy zgodnie z klauzulą 5.1 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5.000 zł, za każdy taki przypadek,*
 29. *w przypadku stwierdzenia przez Inżyniera wykonywania Robót w sposób zagrażający zdrowiu lub życiu ludzkiemu a także rażącego naruszenia przez Wykonawcę lub osoby pracujące w jego imieniu przepisów dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy a także ochrony p.poż., zawartych w przepisach Prawa zgodnie z postanowieniami klauzuli 6.7 Warunków Kontraktowych - w wysokości 50 000 zł za każdy taki przypadek,*
 30. *za nieprzedłożenie Programu prób w terminie określonym w klauzuli 7.4 Warunków Kontraktowych, jak również nieuwzględnienie wszystkich uwag Inżyniera w terminie zgodnie z wymaganiami klauzuli 7.5 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5.000 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w Kontrakcie dla tego typu czynności. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym obowiązek, o którym mowa powyżej miał być wykonany zgodnie z Kontraktem, aż do dnia wykonania tego obowiązku,*
 31. *za każdy przypadek niezastosowania się przez Wykonawcę do zaakceptowanego Programu prób na podstawie klauzuli 7.4 Warunków Kontraktowych - w wysokości 10.000 zł, za każdy taki przypadek ,*
 32. *za nieprzedłożenie Programu w terminie wymaganym klauzulą 8.3 Warunków Kontraktowych lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do Programu w terminie albo brak aktualizacji Programu w terminie ustalonym w klauzuli 8.3 Warunków Kontraktowych - w wysokości 1.000 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w Kontrakcie dla tego typu czynności. Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym obowiązek, o którym mowa powyżej miał być wykonany zgodnie z Kontraktem, aż do dnia wykonania tego obowiązku.*
 33. *za każdy przypadek nieuzasadnionej nieobecności któregośkolwiek kluczowego specjalisty Wykonawcy w miejscu i czasie uzasadnionym charakterem podejmowanych czynności zgodnie z Kontraktem lub na jego podstawie - w wysokości 5.000 zł za każdy*

taki przypadek liczony dla każdego specjalisty osobno,

- 34. z tytułu rozwiązania Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w tym z przyczyn wskazanych w Subklauzuli 15.2 Warunków Kontraktowych (niezależnie od formy lub podstawy prawnej w jakiej to rozwiązanie nastąpiło) - w wysokości 30 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej;*
- 35. za opóźnienie w przekazaniu dokumentu polisy ubezpieczeniowej lub dowodu opłacenia składki zgodnie z wymaganiami klauzuli 18 Warunków Kontraktowych - w wysokości 25.000 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przekazaniu polisy lub dowodu opłacenia składki; Kara umowna naliczana będzie od dnia następującego po dniu, w którym Wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu dokument polisy lub dowód opłacenia składki aż do zatwierdzenia przez Zamawiającego polisy lub potwierdzenia otrzymania dowodu opłacenia składki;*

Niezależnie, Odwołujący domaga się, z uwagi na charakter obiektu, jego wartość i liczne sankcje przewidziane w umowie zmiany łącznej sumy kar do poziomu 10 % i zmiany wzoru umowy w pkt.8.7 poprzez nadanie mu następującej treści:

[...]

Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z kar umownych wymienionych powyżej odrębnie i niezależnie od pozostałych. Łączna suma naliczonych kar w niniejszej klauzuli nie przekroczy łącznie 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej."

Niezależnie Odwołujący domaga się wprowadzenia katalogu kar dla Zamawiającego poprzez dodanie do wzoru umowy postanowienia:

„Zamawiający zapłaci karę umowną w następujących okolicznościach:

- a) Zamawiający zapłaci karę umowną 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,*
- b) za zwłokę w przeprowadzeniu odbioru, w wysokości 0,2% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od dnia następnego po terminie, w którym odbiór powinien zostać zakończony, ale nie więcej niż 10 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej,*
- c) za zwłokę w przekazaniu placu budowy, w wysokości 0,2% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od dnia*

następnego po terminie, w którym odbiór powinien zostać zakończony, ale nie więcej niż 10 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Niezależnie od kar umownych Wykonawca będzie mógł dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli poniesiona szkoda przekroczy wartość poniesionych strat."

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 14 i 139 ust.1 PZP w zw. z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzące do nadużycia własnego prawa podmiotowego stwierdzić należy, co następuje.

Zamawiający we wzorze umowy (część II do SIWZ) zawarł następujące postanowienia:

Klauzula 11 odpowiedzialność za wady

11.1 Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad

„Zamawiający nie ma obowiązku badania Robót oraz Dokumentów Wykonawcy lub Dokumentacji Projektowej przy odbiorze w celu wykrycia wad, a dokonanie Przejęcia przez Zamawiającego nie będzie zwalniało Wykonawcy z tytułu jego odpowiedzialności na podstawie przepisów o rękojmi i gwarancji w odniesieniu do wad, które mogły zostać wykryte przez Zamawiającego ani dokumentów gwarancyjnych. Zamawiający uprawniony jest do przeprowadzenia odbiorów zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU."

W stosunkach pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą warunkiem zachowania uprawnień z rękojmi jest dochowanie aktów staranności. W przypadku sprzedaży (umowy o roboty budowlane) między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, zawiadomienie o wadzie musi nastąpić niezwłocznie od momentu wykrycia wady. Zbadanie rzeczy powinno się dokonać w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju. Jeśli wada wyjdzie na jaw dopiero później,

zawiadomić należy sprzedawcę (Wykonawcę) niezwłocznie po jej wykryciu. Zatem w obrocie profesjonalnym wchodzi w rachubę dwa akty staranności: obowiązek zbadania rzeczy i obowiązek niezwłocznej reklamacji. Jeśli wada wyszła na jaw dopiero później, brak niezwłocznej reklamacji prowadzi do utraty uprawnień z tytułu rękojmi. Zatem, jeśli wady są jawne, to kupujący (Zamawiający) traci z mocy prawa uprawnienia z tytułu rękojmi, jeśli nie stwierdzi tych wad przy odbiorze.

Przytoczone powyżej postanowienia wzoru umowy w punkcie 11.1 w zakresie rękojmi i odpowiedzialności Zamawiającego naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy i na tej podstawie Odwołujący domaga się ich wykreślenia.

11.12 Rękojmia za wady

Upływ okresu rękojmi, w tym wypełnienie zobowiązań Wykonawcy z tytułu rękojmi zostanie potwierdzone podpisaniem przez Inżyniera oświadczenia o upływie okresu rękojmi”.

Konsekwencje prawne wynikające z terminów rękojmianych następują z mocy prawa, nie wymagają dla swej ważności potwierdzenia przez Inżyniera.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się wykreślenia tego postanowienia wzoru umowy.

Klauzula 11.13 Gwarancja dla Robót i gwarancja dla Urządzeń wraz z montażem technologicznym

[...]

„W przypadku niedotrzymania w okresie 24 miesięcy od daty wydania Świadectwa Przejęcia dla Robót, jednak w terminie nie później niż do dnia 31.10.2023r., Parametrów Technicznych grupy C, Inżynier będzie mógł wydać Świadectwo Wykonania jednak z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy tytułem kary umownej kwotę stanowiącą równowartość 7% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej i potrącić ją z Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej Wykonawcy według klauzuli 2.5”

Odwołujący podnosi, że z punktu widzenia płatności kontraktowanych zapis jest nieskoordynowany z pozostałymi klauzulami umownymi. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o jego wykreślenie.

11.14 Skutki niedotrzymania Parametrów Gwarantowanych

„W przypadku stwierdzenia w Okresie Zgłaszania Wad lub okresie Prób, iż Roboty nie spełniają Parametrów gwarantowanych, Wykonawca:

a) *w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy A - wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) lub żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej o której mowa w klauzuli 8.7 pkt 3 Warunków Kontraktowych.*

b) *w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonaniu robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) lub żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych zgodnie z poniższymi wzorami w sytuacji niedotrzymania któregośkolwiek z Parametrów Gwarantowanych grupy B zgodnie z wymaganiami PFU. Poniższe kary zostaną naliczane do czasu osiągnięcia wymaganych Parametrów Gwarantowanych.”*

Ze względu na podwójny reżim sankcyjny względem Wykonawcy i tym samym skrajną nierówność stron Umowy Odwołujący wnosi o zachowanie jednego reżimu sankcyjnego i wprowadzenie zmiany w punkcie 11.14 poprzez wykreślenie sformułowania „lub żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej” i nadanie nowego następującego brzmienia:

a) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy A - wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”).

Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej o której mowa w klauzuli 8.7 pkt 3 Warunków Kontraktowych.

b) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”). Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych zgodnie z poniższymi wzorami w sytuacji niedotrzymania któregokolwiek z Parametrów Gwarantowanych grupy B zgodnie z wymaganiami PFU.

3. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, jak również art.647 i 648 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 14 i art.139 ustawy, zgodnie z którymi projekt budowlany winien stanowić część składową umowy o roboty budowlane i na Zamawiającym ciąży obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonej w tym zakresie dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę, stwierdzić należy, co następuje.

Zamawiający we wzorze umowy (Część II do SIWZ) zawarł następujące postanowienia:

Klauzula 1 Postanowienia ogólne

1.1.6.13 Definicje

„Pozwolenie na Budowę” - oznacza decyzję administracyjną uzyskiwaną przez Wykonawcę zezwalającą na rozpoczęcie i prowadzenie budowy uzyskaną zgodnie z postanowieniami rozdziału 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo Budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.)Prawo Budowlane wydaną na podstawie Projektu Budowlanego. Pozwolenie na Budowę oznacza także odpowiednio inną akceptację wydaną w formie decyzji administracyjnej przez właściwy organ administracji.

We wzorze umowy brakuje definicji projektu budowlanego, który winien być elementem składowym umowy o robotę budowlane i ma niezwykle istotne znaczenie dla wykonania przedmiotu umowy . Jest to również istotne w kontekście dużej ilości powiązanych definicji (np. „Projekt Budowlany ZUSOK”, „Pozwolenie na Budowę ZUSOK”, „Pozwolenie na Budowę Ciepłociągu Północnego Zewnętrzny”, „Projekt Budowlany Ciepłociągu Północnego Zewnętrzny”) i nieprecyzyjnego sformułowania zakresu rzeczowego i pozostałych zapisów Kontraktu.

Wobec powyższego Odwołujący domaga się wprowadzenia w SIWZ definicji Projektu Budowlanego.

1.8. Przechowywanie i dostarczanie dokumentów

[...]

Wszelkie Dokumenty Wykonawcy będą nadto przekazywane, przechowywane i archiwizowane na Platformie CDE wykonanej zgodnie z Wymaganiami BIM i pozostaną pod opieką i dozorem Wykonawcy, dopóki nie zostaną przejęte przez Zamawiającego, co zostanie potwierdzone odpowiednim protokołem. Wykonawca ponosi pełną i niczym nieograniczoną odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa wszelkich Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca dostarczy Inżynierowi ilość egzemplarzy każdego z Dokumentów Wykonawcy również w formie „papierowej” zgodnie z postanowieniami PFU, z zastrzeżeniem, że Wykonawca

zobowiązany jest dostarczać dodatkowe egzemplarze Dokumentów Wykonawcy na żądanie Inżyniera. Koszt dodatkowych egzemplarzy jest wliczony w Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową.

[...]

Na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne Wykonawcy nie mają możliwości określenia dokładnej ilości dodatkowej dokumentacji, jakiej będzie żądał Zamawiający. Nieprawidłowym i naruszającym przepisy ustawy PZP jest odwoływanie się do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający przerzuca w tej części na Wykonawcę ryzyko. Informacje te powinny być dookreślone, jasne i skonkretyzowane, poprzez podanie konkretnej ilości dodatkowych egzemplarzy Dokumentów, czego wprowadzenie do SIWZ domaga się Odwołujący.

1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego

„Uważa się, że Wykonawca przed złożeniem Oferty wnikliwie zapoznał się z całością SIWZ, a w szczególności z:

Programem Funkcjonalno-Użytkowym w tym Załącznikiem BIM;

Warunkami Umowy;

Dokumentami Zamawiającego, w tym w szczególności z Projektem Budowlanym ZUSOK, i uzyskał od Zamawiającego wszelkie wymagane wyjaśnienia i uzupełnienia do dokumentów SIWZ oraz, że zaakceptował je w złożonej Ofercie.

W szczególności dotyczy to, lecz nie ogranicza się do wszystkich wymiarów i parametrów, wzajemnej zgodności poszczególnych rozwiązań branżowych oraz zapewnienia bezpieczeństwa eksploatacji.

Wykonawca oświadcza, iż:

- 1. na etapie postępowania przetargowego zapoznał się z SIWZ;*
- 2. na etapie postępowania przetargowego zgłosił każdy błąd, nieprawidłowości, lub inną wadę znaną w SIWZ;*
- 3. Zamawiający na etapie postępowania przetargowego wyraził swe stanowisko w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę błędów, nieprawidłowości, wad i dokonał ich ewentualnego usunięcia lub poprawienia w terminie wynikającym z ustawy pzp;*
- 4. Wykonawca oświadcza, iż akceptuje SIWZ, w tym Dokumenty Zamawiającego;*

5. Wykonawca oświadcza jednocześnie, że przed zawarciem Kontraktu otrzymał kompletny Projekt Budowlany ZUSOK pozwalający na zrealizowanie Robót zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego, oraz że technologia wykonania przedmiotu Kontraktu 5 zaproponowana przez Wykonawcę będzie zgodna z Projektem Budowlanym ZUSOK i w związku z tym Wykonawca nie będzie występował z jakimikolwiek roszczeniami w stosunku do Zamawiającego, jednocześnie Zamawiający wyraża zgodę na wykorzystanie Projektu Budowlanego ZUSOK przez Wykonawcę wyłącznie w celu realizacji Kontraktu 5;

6. Wykonawca zobowiązuje się do stosowania Projektu Budowlanego ZUSOK;

7. Wykonawca oświadcza, że uzyskał od Zamawiającego niezbędne dokumenty, informacje i wyjaśnienia konieczne do sporządzenia rzetelnej, kompleksowej i kompletnej wyceny dla Kontraktu 5.

Wykonawca odpowiada za zmiany zakresu Robót wynikające z błędów, niejasności, nieścisłości lub innych wad Projektu Budowlanego ZUSOK, które Wykonawca jako profesjonalny podmiot powinien zidentyfikować i zgłosić do Inżyniera i Zamawiającego.

Wszystkie zmiany, naprawy, uaktualnienia etc. dla swej ważności powinny odbyć się pod nadzorem Inżyniera oraz Zamawiającego i za ich uprzednią pisemną zgodą. Okoliczności wskazane powyżej nie będą stanowiły podstawy do przyznania Wykonawcy dodatkowego Kosztu lub przesunięcia Czasu na Wykonanie, a prace lub roboty niezbędne do wykonania nie będą stanowiły prac lub robót dodatkowych. Przyjmuje się, że Wykonawca uwzględnił ryzyko wykonania takich prac lub robót w cenie Oferty oraz Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej.

Wykonawca w składanej Ofercie zobowiązany jest do uwzględnienia wszelkich kosztów realizacji przedmiotu Kontraktu, w tym kosztów: (i) opracowania Dokumentów Wykonawcy, jak również ewentualnych (ii) zmian Dokumentów Zamawiającego, jeśli tylko taka zmiana będzie konieczna, co ostatecznie potwierdzi Inżynier, po konsultacji z Zamawiającym / Personelem Zamawiającego, (iii) zmian lub uaktualnień wszelkich uzgodnień, opinii, warunków, decyzji, w tym decyzji administracyjnych etc. w przypadku, gdy dokumenty te straciły ważność lub aktualność, (iv) uzyskania niezbędnych decyzji, w tym decyzji administracyjnych."

Klauzula 5 Projektowanie

5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

[...]

„Wykonawca odpowiada za zmiany zakresu Robót wynikające z błędów, niejasności, nieściśłości lub innych wad Projektu Budowlanego ZUSOK, które Wykonawca jako profesjonalny podmiot powinien zidentyfikować i zgłosić do Inżyniera i Zamawiającego.

Wszystkie zmiany, naprawy, uaktualnienia etc. dla swej ważności powinny odbyć się pod nadzorem Inżyniera oraz Zamawiającego i za ich uprzednią pisemną zgodą. Okoliczności wskazane powyżej nie będą stanowiły podstawy do przyznania Wykonawcy dodatkowego Kosztu lub przesunięcia Czasu na Wykonanie, a prace lub roboty niezbędne do wykonania nie będą stanowiły prac lub robót dodatkowych. Przyjmuje się, że Wykonawca uwzględnił ryzyko wykonania takich prac lub robót w cenie Oferty oraz Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie ma prawa obciążać Wykonawcy konsekwencjami błędów w dokumentacji projektowej. Wykonawca oczywiście ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego, jeśli dostarczona dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót. Nie mniej jednak nie można uznać, że obowiązek ten dotyczy szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować wiedzą specjalistyczną w zakresie projektowania. Jest on obowiązany do znajomości technologii i kwestii technicznych rozwiązań w budownictwie. W zakresie projektu budowlanego do Wykonawcy należy zaś jedynie obowiązek umiejętności odczytywania projektu, realizowania inwestycji zgodnie z projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na Wykonawcę dotyczy tylko takich nieprawidłowości projektowych, które są oczywiste.

Powyższe stanowisko Odwołującego jest zgodne z ukształtowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego. Przykładowo, w wyroku Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, wskazano, iż Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art.651 kc). Do podobnych wniosków Sąd Najwyższy doszedł również w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., III CSK 59/2008. Analogiczne stanowisko w tej kwestii zajmuje również Krajowa Izba Odwoławcza. Tytułem przykładu wskazać można na wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11, w którym: *Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z*

dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1698/10, iż: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż nie zgłoszenie jakiś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 roku (sygn. III CKN 629/98), z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji w punkcie 1.13 SIWZ w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym przez strony wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasookresem (np. terminem składania ofert). Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ poprzez chociażby wykreślenie oświadczeń, które wskazywałyby na konieczność zapoznania się z niedookreślonym katalogiem dokumentów bądź też weryfikacji prawidłowości przekazanej dokumentacji projektowej.

Do podobnych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1698/10.

W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie obowiązków wykonawcy powoduje nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego, sprzeczne nie tylko z art. 647 Kc, ale również z właściwością (naturą) stosunku umownego i zasadami współzycia

społecznego. Tym samym taki stosunek zobowiązaniowy kształtuje **niemożliwe do oszacowania po stronie Wykonawcy ryzyko, które uniemożliwia również właściwej rzetelnej oferty.**

Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art.29 ust.1 i2 Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych zamienieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Nałożenie na Wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ona mieścić się w Kwocie Kontraktowej stanowi wyraz przerzucenia **całego ryzyka kontraktowego** z tym związanego na wykonawców.

Wykonawca zidentyfikował powyższe postanowienia jako naruszające również zasady opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca na etapie składania oferty nie ma możliwości oszacowania całego ryzyka gospodarczego, co pośrednio powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić ceny ofertowej. W sytuacji w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu zmiany klauzuli 1.9 oraz 5.1. wzoru umowy w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasem.³

Klauzula 13

Procedura wprowadzania zmiany punkt 13.3

[...]

³ Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. , sygn.. akt KIO 2949/13

„W przypadku konieczności wykonania Robót nie ujętych w Kontrakcie (w tym w szczególności Robót dodatkowych lub Robót zamiennych) Zamawiający może wykonanie takich robót powierzyć Wykonawcy zgodnie z przepisami Ustawy Pzp, a także zgodnie z odpowiednimi wytycznymi dla realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020.

W takim przypadku podstawą do wyceny Robót nie ujętych w Kontrakcie są:

Stawki przyjęte w Formularzu Cenowym albo aktualne normatywy z katalogów nakładów rzeczowych (KNR i KNNR) i średnie ceny materiałów budowlanych, sprzętu i robocizny z informacji o cenach zawartych w publikacjach Sekocenbudu lub równoważnych, za ostatni kwartał.

Prawo wyboru podstawy ustalenia wielkości wynagrodzenia Wykonawcy przysługuje wyłącznie Zamawiającemu. W przypadku stawek, o których mowa powyżej Zamawiający zastrzega sobie możliwość prowadzenia negocjacji z Wykonawcą w celu ustalenia stawek, jakie zostaną przyjęte dla ewentualnie zleconych Robót nie ujętych w Kontrakcie.”

W ocenie Odwołującego Wykonawca został pozbawiony możliwości negocjacji ceny i nie ma wpływu na jej kształtowanie. Powyższe znajduje także potwierdzenie w art. 72 ust. 1 Kc, mającym tutaj zastosowanie na mocy odesłania z art. 14 ustawy, zgodnie z którym umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu wykreślenie zdania „Prawo wyboru podstawy ustalenia wielkości wynagrodzenia Wykonawcy przysługuje wyłącznie Zamawiającemu” i nadanie postanowieniu nowego brzmienia:

[...]

„W przypadku konieczności wykonania Robót nie ujętych w Kontrakcie (w tym w szczególności Robót dodatkowych lub Robót zamiennych) Zamawiający może wykonanie takich robót powierzyć Wykonawcy zgodnie z przepisami Ustawy Pzp, a także zgodnie z odpowiednimi wytycznymi dla realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020.

W takim przypadku podstawą do wyceny Robót nie ujętych w Kontrakcie są:

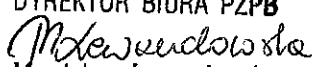
Stawki przyjęte w Formularzu Cenowym albo aktualne normatywy z katalogów nakładów rzeczowych (KNR i KNNR) i średnie ceny materiałów budowlanych, sprzętu i robocizny z informacji o cenach zawartych w publikacjach Sekocenbudu lub równoważnych, za ostatni kwartał.

W przypadku stawek, o których mowa powyżej Zamawiający zastrzega sobie możliwość prowadzenia negocjacji z Wykonawcą w celu ustalenia stawek, jakie zostaną przyjęte dla ewentualnie zleconych Robót nie ujętych w Kontrakcie."

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi jak w *petitum* odwołania

WICEPREZES ZARZĄDU

Rafał Sebastian Bałajka

DYREKTOR BIURA PZPB

Magdalena Lewandowska

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) kopia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.